



seminario

IGUALDAD  
*Sin discriminación*

ESTÁNDARES Y MECANISMOS PARA LA IGUALDAD REAL

14 y 15 de julio, 2011





**SEMINARIO INTERNACIONAL IGUALDAD  
Y NO DISCRIMINACIÓN: ESTÁNDARES Y  
MECANISMOS PARA LA IGUALDAD REAL**

**MEMORIA**



c/ Instituto Nacional de Derechos Humanos

**Directora:**

Lorena Fries Monleón

**Edición:**

Unidad de Estudios INDH

**Diagramación e impresión:**

Message Producciones

[www.message.cl](http://www.message.cl)

**Instituto Nacional de Derechos Humanos**

[www.indh.cl](http://www.indh.cl)

[contacto@indh.cl](mailto:contacto@indh.cl)

ISBN: XXX

Registro de propiedad intelectual: N° XXX

Primera Edición: 1000 ejemplares

Santiago de Chile

Diciembre 2011



# INDICE

INTRODUCCION .....	7
--------------------	---

## PANEL 1

El principio de igualdad y no discriminación; estándares internacionales y medidas de acción afirmativa 11

<b>Igualdad y no discriminación en Chile, principales desafíos .....</b>	<b>11</b>
--	-----------

Lorena Fries, Directora del INDH

<b>Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa.....</b>	<b>16</b>
---	-----------

Cecilia Medina, Directora del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

<b>PREGUNTAS AL PANEL .....</b>	<b>23</b>
---------------------------------	-----------

## PANEL 2

Igualdad real; legislación, políticas públicas y medidas especiales en Chile..... 27

<b>Igualdad real como punto de partida.....</b>	<b>27</b>
---	-----------

Sonia Montaña Virreira, CEPAL

<b>Igualdad real: legislación, políticas públicas y medidas especiales en Chile desde la perspectiva de la acción del poder ejecutivo .....</b>	<b>33</b>
---	-----------

Sebastián Valenzuela, Ministerio de Justicia

<b>Igualdad real: legislación y medidas especiales en Chile desde la perspectiva del Poder Legislativo.....</b>	<b>40</b>
---	-----------

Guido Girardi, Presidente del Senado

<b>PREGUNTAS AL PANEL .....</b>	<b>49</b>
---------------------------------	-----------

## PANEL 3

Importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados..... 53

<b>La luchas de las mujeres por nuevos derechos y el cambio de las instituciones .....</b>	<b>53</b>
--	-----------

Virginia Guzmán, investigadora máster en Ciencias Sociales

<b>Las demandas de la igualdad y los pueblos indígenas: el caso de la acción afirmativa.....</b>	<b>65</b>
Jorge Contesse, Centro de Derechos Humanos UDP	
<b>La importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados. Análisis desde la perspectiva de la diversidad sexual.....</b>	<b>78</b>
Pablo Cornejo Aguilera, Libertades Públicas	
 <b>PANEL 4</b>	
Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile .....	88
<b>Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales .....</b>	<b>98</b>
Carlos Carmona Santander, Ministro del Tribunal Constitucional	
<b>Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile. ....</b>	<b>136</b>
Haroldo Brito, Ministro de la Corte Suprema de Justicia	
<b>Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile .....</b>	<b>140</b>
Javier Couso, Director del Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales	
 <b>PREGUNTAS AL PANEL.....</b>	 <b>145</b>
 <b>PANELISTAS .....</b>	 <b>150</b>
 <b>PROGRAMA .....</b>	 <b>153</b>

## INTRODUCCION

Uno de los principales desafíos que enfrenta la democracia chilena dice relación con la consagración de mayores niveles de igualdad real entre las personas y la erradicación de la discriminación en los diferentes ámbitos de la vida nacional. Diversos hechos a lo largo del año 2011 han puesto de manifiesto tanto el creciente rechazo por parte de la ciudadanía a las condiciones de desigualdad social que enfrentan ciertos grupos y personas, como la persistencia de prácticas que discriminan a las personas por razones como su situación socioeconómica, su opción sexual, su identidad de género, o su origen étnico, entre otras, y que terminan por relegarlas a una ciudadanía “de segunda” inaceptable.

En el trabajo de promoción y protección de los derechos humanos en Chile que realiza el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), el principio de igualdad y no discriminación constituye un pilar que atraviesa transversalmente todo su quehacer. Existen desafíos concretos en este ámbito. Según la Primera Encuesta de Derechos Humanos del INDH realizada en marzo de 2011, un 47% de las personas percibe la discriminación como algo normal y un 25,5% se percibe a sí misma como discriminadora y muy tolerante con la discriminación.

Dada la importancia central que tiene este tema para mejorar las condiciones de vida de las personas y garantizar el respeto a sus derechos fundamentales, en el mes de julio de 2011 el INDH realizó el Seminario Internacional “Igualdad y no discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real”, con el objeto de promover un debate amplio e informado sobre los estándares de derechos humanos en la materia, y reflexionar críticamente sobre la necesidad de establecer medidas de acción afirmativa temporales en ciertos ámbitos como herramientas efectivas para favorecer la igualdad real entre las personas. En el Seminario participaron especialistas del ámbito académico, político y judicial, quienes desde sus diversas experiencias debatieron acerca de la relevancia de fortalecer la igualdad entre las personas mediante la modificación de normas jurídicas, la incorporación de medidas afirmativas en las políticas públicas, el desarrollo de campañas públicas contra la discriminación, y el establecimiento de instituciones que fiscalicen al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Esta publicación recoge las presentaciones realizadas en el seminario.

Existen persistentes demandas de grupos históricamente desaventajados en Chile cuyo fundamento de fondo apela a la falta de igualdad y a la discriminación que impide el acceso y goce de los derechos en iguales condiciones. Esta situación se repite en el caso de los pueblos indígenas, de las mujeres en diferentes ámbitos, de las parejas de un mismo sexo, o de las personas migrantes. Estos son algunos casos donde la discriminación constituye un problema estructural que se manifiesta de múltiples maneras y que debe ser erradicada.

Estas demandas por igual trato se sustentan en que la titularidad de los derechos fundamentales está dada únicamente por el hecho de ser una persona y, por tanto, toda distinción que implique negar el acceso o goce de derechos a un grupo determinado de personas debe estar fundamentado razonablemente. La Constitución Política de la República establece en su artículo 1 que las personas “nacieron libres e iguales en dignidad y derechos”, para luego agregar en su artículo 19 que no hay persona ni grupo privilegiados y que hombres y mujeres son iguales ante la ley.

No obstante lo anterior, si bien se ha avanzado en asegurar una igualdad formal entre todas las personas al establecer en la Constitución y en normas específicas la igualdad y la prohibición de discriminar, la realidad muestra que existen prácticas discriminatorias en la sociedad. Además de fiscalizar e implementar medidas para prevenir y sancionar la discriminación, el Estado tiene la obligación de garantizar la igualdad sustantiva. Una forma de hacerlo es mediante la adopción de medidas afirmativas de carácter temporal con el objeto de erradicar los obstáculos fácticos que impiden el libre e igualitario ejercicio de derechos. Es justamente este tema uno de los principales de preocupación para la presente publicación.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado especialmente por que los Estados aseguren la igualdad entendiendo que el concepto de discriminación no es neutro, sino que conlleva una carga negativa dada por la arbitrariedad y falta de razonabilidad de la distinción que se realiza. Por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos se han referido a la prohibición de discriminación.

Además de estos tratados, existen un conjunto de tratados internacionales específicos los que sin crear nuevos derechos, especifican como garantizar los derechos establecidos en los tratados generales para cada grupo vulnerable específico. Dentro de estos se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), donde se especifican las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos de las mujeres; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), entre otros instrumentos internacionales.

A su vez, el Comité de Derechos Humanos ha dedicado especialmente una Observación General en materia de no discriminación. En ella señala que “todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones

políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”<sup>1</sup>.

Por su parte la Corte IDH ha establecido que “el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”<sup>2</sup>. Asimismo, enfatizó el carácter de norma *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”<sup>3</sup>.

Distintos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile han reconocido como parte importante de la solución a este problema la adopción de medidas afirmativas. “El principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”<sup>4</sup>. Tal como se ha señalado, “el principio de igualdad exige [...] un esfuerzo especial por parte del Estado para superar la situación de marginación o exclusión en la que se encuentran [las personas] respecto del goce de sus derechos”<sup>5</sup>.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en su artículo 1.4 reconoce que “las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

Del mismo modo, la CEDAW establece en su artículo 4 que “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, 1989, párrafo 1.

2 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párrafo 88.

3 Corte IDH, ibídem.

4 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre No Discriminación, 1989, párrafo 10.

5 Palacios, Patricia, La No discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006, pág. 40.

discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en los párrafos 3 y 4 del artículo 5, establece que “3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables; 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

Confiamos en que este libro será un útil material de consulta para todas las personas que trabajan y debaten sobre medidas concretas para avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria en nuestro país.

## PANEL 1

# EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN; ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA

### **Igualdad y no discriminación en Chile, principales desafíos.**

**Lorena Fries, Directora del INDH**

**M**e interesa contextualizar el tema que nos convoca en lo que está pasando hoy día en Chile. Nadie podría decir que este no es el momento propicio para reflexionar sobre lo que significa igualdad y no discriminación en nuestra sociedad. El último año, y particularmente en los últimos meses, la ciudadanía ha participado o ha sido testigo de una serie de demandas ciudadanas que han sido puestas sobre el tapete: la legítima demanda por el territorio, tierras, recursos naturales y derechos políticos de los pueblos indígenas; la situación de indignidad en que vive la población penitenciaria; la demanda ciudadana por la protección de nuestro recurso natural en el caso de Hidroaysén; las movilizaciones de los estudiantes en pro de una educación más equitativa y de calidad; y la demanda de reconocimiento de derechos civiles en el caso de la población de diversidad sexual. Todo ello pareciera estar recordándonos que hay un tema pendiente. Que hay una segunda reflexión que hacer en torno a la idea de igualdad.

Lo cierto es que en estos dos últimos años las demandas ciudadanas no pueden explicarse sólo desde la contingencia política, y más bien habría que plantearse que la sociedad chilena está cambiando o que hay una consciencia distinta hoy a la de ayer en el campo de lo que es posible para la sociedad chilena. Los umbrales a los que estábamos acostumbrados en términos de acceso y garantía de derechos, parecen comenzar a desplazarse para exigir al Estado más garantía y más respeto. Hemos podido constatar que la percepción de la ciudadanía es de incumplimiento de derechos, de frustración frente a la exigencia de los mismos, incluso de naturalización de la discriminación, como lo refleja una encuesta nacional realizada entre los meses de enero y marzo por el Instituto Nacional de

Derechos Humanos en la que se busca en parte, conocer la opinión que tienen chilenos y chilenas sobre los derechos humanos y su cumplimiento en Chile.

Nos encontramos con algo bastante sorprendente y que motivó buena parte de la realización de este seminario: 47% de las personas percibe la discriminación como algo normal; casi 26% se percibe así misma como discriminadora y muy tolerante con la discriminación; 77% cree que la desigualdad social en Chile tiene que ver con la baja calidad de la educación; 75% considera que en Chile no se aplica la ley a todas las personas por igual; 85% concuerda que la posibilidad de tener una atención de calidad en salud depende de cuánto se puede pagar; 80% de las personas considera que los jóvenes confunden demasiado fácilmente libertad con libertinaje; 57% cree que muchas personas son pobres porque no se esfuerzan lo suficiente para surgir; y 40% considera que un problema importante en su comuna es que ha llegado mucha gente de otras partes que tienen malas costumbres.

El vínculo que hay entre democracia y derechos humanos es insoslayable. Son los ciudadanos y ciudadanas los/las que a través de un conjunto de reglas claras y aceptadas activan procesos de reconocimiento y defensa de derechos que el Estado debe primero instituir, y luego respetar y garantizar en un continuo debate de construcción y reconstrucción de la vida en común. Quizás, la mejor representación del vínculo entre democracia y derechos humanos se resumen en el postulado de Hannah Arendt: el derecho a tener derechos. Simboliza, justamente, no solo la idea de participación sino de un camino que se inicia pero no tiene fin en términos de la lucha por la institucionalización de derechos.

La democracia y los derechos humanos visto como la generación de reglas y contenidos centrados en el desarrollo de las personas, tienen a su base la noción de igualdad. Su contracara es el principio de no discriminación, tal como se evidencia desde los inicios formales del sistema de derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos de derechos civiles y políticos, económicos sociales y culturales. También por cierto, en la Constitución chilena. Sin embargo, la noción de igualdad no es estática y responde a distintos consensos epocales que van reflejando el contenido de esa idea de igualdad y no discriminación.

El primer consenso en torno a la igualdad dice relación con la noción de recibir el mismo trato o trato idéntico. Sin embargo, tras ese enunciado está la pregunta por ¿quiénes son los que pueden ser tratados idénticamente? O, ¿quiénes son iguales en un determinado momento histórico? Claramente las respuestas a estas dos preguntas han cambiado en el devenir histórico y permiten decir hoy que no son suficientes para responder a la complejidad y diversidad del mundo actual. El juicio comparativo entre dos situaciones que opera como supuesto del trato idéntico, por ejemplo, no era aplicable antes de los años sesenta en Estados

Unidos a la población afro descendiente, o décadas anteriores a las mujeres en relación con el voto.

Un segundo enunciado que cambió la lógica del trato idéntico por otro que es el de igualdad de oportunidades se hace cargo, justamente, de que no en todas las situaciones debe darse un trato idéntico. Al revés, se requiere un trato diferenciado. De acuerdo a este segundo consenso, se trataría de garantizar en el punto de partida condiciones reales de igualdad que permitan a personas en situación de menos cabo alcanzar sus metas de vida sin que condiciones que están fuera de su control afecten dicho desarrollo. Se reconoce, por tanto, en este consenso que existe una desigualdad real que impide la concreción de una igualdad formal que estaría marcada por el primer consenso.

Bajo esta lógica, las medidas especiales de carácter temporal operan como herramientas con las que cuenta el Estado, a través de normas y políticas públicas en cualquiera de los niveles de gobierno, para superar en el inicio la desigualdad real de ciertos colectivos o sectores de la sociedad. Si bien constituyen un trato diferenciado, no son consideradas discriminación.

En concreto, para dar fuerza a la idea de igualdad, ha sido necesario en este segundo consenso, reconocer por un lado las diferencias biológicas y culturales, y por otro, aquellas diferencias que constituyen discriminación. Los tratados de derechos humanos después de los pactos de derechos civiles y políticos, económico, sociales y culturales lidian con esta realidad, la de la diferencia. Por tanto, definen lo que se entiende por discriminación señalando que se refiere por tal toda distinción que tenga por intención, o por resultado, menoscabar, limitar o anular el ejercicio de los derechos que se reconocen y esto será lo que se entenderá como discriminación.

Las políticas públicas en las democracias liberales contemporáneas se han regido por este segundo consenso de igualdad de oportunidades que está presente también en la política chilena. Sin embargo, cabe decir también que hoy día nos abrimos a lo que podría ser un tercer consenso en lo que es el significado de la igualdad. Bajo este consenso se alude a una igualdad sustantiva o de resultados, y parte de una crítica en relación con la idea de igualdad de oportunidades; no basta con asegurar el punto de partida para el desarrollo de los planes de vida, sino también, se requiere asegurar que en el camino hacia las metas las personas no se vean afectadas por barreras u obstáculos de carácter estructural o sistémico. Así, se requiere que los grupos y sectores que sufren de este tipo de discriminación tengan las mismas oportunidades desde el primer momento, durante el trayecto y hasta llegar al resultado buscado. En ciertas circunstancias, será necesario que haya un trato no idéntico para igualar las diferencias y para que ellas no se constituyan en discriminación, y exigirá también una estrategia eficaz encaminada a una redistribución de los recursos y de poder en la sociedad.

En el caso del Instituto Nacional de Derechos Humanos hemos querido recoger la reflexión que de aquí salga para efectos de modelar nuestra acción a futuro. En ese campo, el Instituto ha venido realizando algunas acciones que me parece importante destacar y que hacen parte de la necesidad de ir avanzando y plasmando este tercer consenso sobre la igualdad.

Por una parte, para avanzar en materia de igualdad y no discriminación a la luz del contexto actual, se requiere de una primera labor que tiene que ver con la promoción de los estándares internacionales en esta materia en el ámbito de las políticas públicas y de la legislación. En concreto, hay dos iniciativas de ley que surgen de este reclamo ciudadano y que han tenido cierta difusión en los medios de comunicación en las que el Instituto ha tenido participación: el proyecto de ley antidiscriminación y, la propuesta que busca regularizar la situación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo.

En el campo de la ley de anti discriminación, hemos promovido la incorporación del conjunto de categorías sospechosas reconocidas por los sistemas de protección de los derechos humanos. En ese sentido, junto con el consenso inicial logrado con el gobierno respecto a la necesidad de una ley antidiscriminación, hemos presentado a la autoridad las categorías –como, por ejemplo, la orientación sexual e igualdad de género- que debiesen ser parte de este cuerpo normativo, considerando además que están contenidas en resoluciones internacionales que ha adoptado el gobierno.

En segundo lugar, hemos sugerido la necesidad de que Chile cambie su mirada respecto de la igualdad y no discriminación. De una idea ligada al trato idéntico y a una lógica de asimilación al parámetro dominante que informa el juicio de comparación en materia de igualdad, pasar a aproximación donde las diferencias per se sean valoradas en el campo político y de las políticas públicas. En ese sentido, para avanzar en términos de igualdad real, el Instituto ha planteado la necesidad de diseñar y adoptar acciones afirmativas que permitan a los colectivos históricamente discriminados avanzar en la garantía y protección de sus derechos humanos.

Junto a la necesidad de contar con una normativa y políticas públicas adecuadas a los estándares de derechos humanos, esto es, que contengan medidas de acción afirmativa, se debe lograr una adecuada práctica institucional. No basta con tener una legislación que no discrimine explícitamente o haber removido las normas discriminatorias. Ese es el primer paso y lo han realizado todos los Estados en América Latina. Tampoco es suficiente que la normativa y sus enunciados sean universales en términos que no distingue a qué población directamente se dirige. Lo que se requiere es la explicitación de aquellas categorías que demandan un cuidado especial de la política estatal. Una vez que se cuenta con normativa y políticas públicas, corresponde al Instituto y a la ciudadanía vigilar que estas

merezcán una adecuada práctica institucional. Muchas veces adoptadas las normas, éstas no se aplican como debiesen.

En tercer lugar, y más desafiante para el Instituto, está la urgente necesidad de promover en Chile una cultura de derechos humanos que desnaturalice la discriminación existente. La encuesta que realizamos muestra que nos enfrentamos a una sociedad mucho más individualista e individualizada y que requiere, por lo tanto, mayor formación en derechos humanos de manera que su ejercicio sea parte de la cultura democrática y alimente los planes que las personas en su diversidad de códigos éticos quiere desarrollar.

Uno de los aspectos que resalta la encuesta es que aquellos temas que han sido parte del debate público -por ejemplo, los derechos del pueblo mapuche o los derechos de las mujeres- logran romper con los prejuicios y estereotipos a la base de las conductas discriminatorias. De allí que para el Instituto la promoción de una cultura de derechos humanos no se verifica solo a partir de la información concreta en el campo de los derechos, sino también, a través de la promoción de debates sin censuras, con la concurrencia de todas las posiciones y actores en relación al tema en discusión. Este seminario pretende iniciar este debate en torno a la igualdad y no discriminación.

Un segundo elemento dentro de la promoción de una cultura de derechos humanos tiene que ver con la educación en derechos humanos. Los procesos de cambio cultural son lentos y de largo aliento. Por ello, la educación en derechos humanos es uno de los ejes que trabaja el INDH en una apuesta de largo plazo. La educación formal en derechos humanos, de la mano de buenas normas y prácticas rigurosas, cumple un rol crítico. Las personas podremos no gustarnos, entendernos o compartir los modos de vivir y pensar. Esto es algo respetable y la complejidad de cómo los Estados y los gobiernos administran las tensiones de estas diferencias forman parte de los desafíos de una democracia. Lo que no puede ocurrir, bajo ninguna circunstancia, es que el Estado a través de sus instituciones y políticas pase por alto o permita que ocurran hechos de discriminación arbitraria a personas o grupos.

En el informe anual de año 2010, en materia de igualdad y no discriminación, el Instituto fue enfático en señalar que la igualdad que se exige hoy en Chile ya no es de trato y que debe apuntar a superar las situaciones de discriminación que afectan a numerosos sectores de la población y a grupos o colectivos específicos de personas. Las medidas de acción afirmativa y de protección especial pueden constituir una forma de avanzar hacia dicha igualdad. Por eso, hemos querido que el primer seminario de Instituto convoque a la reflexión sobre igualdad y no discriminación, y en concreto, sobre la eficacia e impacto que pueden tener las medidas de acción afirmativa.

## **Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa.**

**Cecilia Medina, Directora del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile**

**L**a discriminación es un problema en toda nuestra región que debemos enfrentar para que sea posible a todas las personas gozar de los derechos humanos. Quisiera brevemente mostrar algunas dificultades que plantea el principio de no discriminación, y proponer una mirada un tanto diferente que puede ser útil para el propósito de combatir la discriminación con fundamentos más sólidos.

Parto del hecho cierto de que la sociedad no es homogénea, sino que está formada por personas con más o menos talento, más o menos educación, más o menos riqueza. Desde ahí es posible examinar qué debe hacerse con el fin de igualar el goce de los derechos humanos a todos. Lo curioso es que la regulación del problema de la no discriminación parte de la base de que algunas personas son iguales y otras son diferentes. Las que se dice son iguales, se rigen por la norma general; son quienes constituyen el modelo que sirve de parámetro para elaborar la norma. Los otros, los diferentes, deben tener normas especiales. Pero ¿cómo se decide quiénes constituyen la norma general?

¿Quiénes somos los desiguales, nosotros o ellos? ¿Somos nosotras las mujeres y son ellos los hombres o es exactamente lo contrario? ¿Somos nosotros los de raza mezclada? ¿Somos nosotros los caucásicos o los indígenas o los de raza negra? ¿Quiénes somos nosotras y nosotros? ¿Somos los niños o son los adultos? ¿Los pobres o los ricos? ¿Los aristócratas o los no aristócratas? Es decir, en la primera definición de quiénes somos iguales para hacer la norma y, después, quiénes somos desiguales para hacer la excepción, nos encontramos con esto que no parece tener parámetros claros para tomar la decisión. ¿En qué podría basarse la decisión salvo en los deseos, intereses y percepciones de la realidad de aquellos que formulan la norma y de aquellos que la aplican? Y dado como históricamente se han estructurado las regulaciones, puede sostenerse que, en general, es mejor pertenecer al campo de los iguales que al de los desiguales.

Otra pregunta que debemos hacernos es, si determinamos que hay personas diferentes, ¿cómo llegamos a hacer realidad la igualdad respecto de ellas? ¿Qué camino seguimos? A este respecto se han ensayado variadas respuestas, como por ejemplo sostener que la igualdad se produce cuando se da a todas las mismas oportunidades. Está claro, sin embargo, que hay personas que, aunque tengan las mismas oportunidades que otros, no van a ser igualmente beneficiados, precisamente por su características personales; no van a poder aprovechar las oportunidades del mismo modo que los que no tengan las desventajas que ellos sí tienen. Una persona ciega no va a poder hacer cosas que puede hacer una

persona vidente; el que tiene un problema mental no va a poder utilizar las oportunidades de la misma manera que aquél que no tiene ese problema.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de donde debemos partir en tanto juristas, nos muestra, sin embargo, que la igualdad que consagra no admite hacer distinciones respecto de los derechos. Los titulares de los derechos humanos son todos los seres humanos, sin excepción y la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que lo son en dignidad y derechos. Por tanto, estos derechos en su formulación deben ser concedidos a todos sin diferencias.

Creo que el problema es que a veces se habla de la no discriminación como si ella permitiera otorgar derechos diferentes a algunas personas, o propiamente hablando, a algunos grupos. Parece evidente que si todos somos iguales en dignidad y derechos, la prohibición de discriminación no se dirige a los derechos, sino que consagra una obligación que deben cumplir aquellos que tienen que respetarlos y garantizarlos, es decir, los Estados. La norma que impone la igualdad en dignidad y derechos se dirige a los Estados, tanto para que emprendan acciones como para se abstengan ellos mismos de discriminar. Tan básicas y esenciales son esas obligaciones que la prohibición de discriminar, por acción o por omisión, forma parte de las normas imperativas del derecho internacional; son *ius cogens*.

La discriminación está definida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde hace muchos años. Ya en 1958 hay convenios de la OIT que definen la discriminación en el empleo. Están también las definiciones de la convenciones contra la discriminación racial y contra toda forma de discriminación a la mujer, entre otras. La adopción de normas específicas, prohibiendo discriminaciones en razón de la pertenencia a un grupo también específico, muestra que la existencia de un principio general de no discriminación jamás obtuvo el resultado esperado. El incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales en el plano interno, así como la ausencia de control y de percepción por parte de los órganos de supervisión internacionales de cómo las acciones u omisiones de un Estado -en la medida que no se adecuaban al objetivo de asegurar el goce sin discriminación - no llevaban al logro de este objetivo, hizo imprescindible poner las obligaciones para cada tipo de discriminación en tratados específicos, en blanco y negro, para que todos los Estados – y los órganos de control internacional - se percataran de qué debían hacer.

Esto ocurrió, por ejemplo, cuando la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) estableció los mismos derechos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pero detalló las obligaciones del Estado con respecto a las mujeres. De ese modo, llamó la atención de éste a violaciones que jamás habían sido consideradas por los que aplicaban el derecho y, de este modo, las visibilizó. Doy un ejemplo: las mujeres en ciertos países musulmanes africanos no podían salir de sus casas sin el permiso del marido. En el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - adoptada ya y

en vigencia la CEDAW y estando el tema de la discriminación de las mujeres en la agenda internacional - se preguntó a la delegación de un país donde se aceptaba de jure esta situación, por qué ello no se consideraba una violación de la libertad personal. Hasta entonces, nadie había considerado que la privación de libertad personal podía darse por particulares y en el ámbito de la familia; el hábito interpretativo restringía la privación de libertad personal a la acción del Estado, y en una cárcel u otras situaciones similares. Esta forma de violación no se veía antes.

Todas las definiciones de discriminación tienen en común el hecho de que se impone una distinción entre personas que tiene por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho humano. Esto significa que se puede discriminar tanto con la intención de hacerlo como sin esta intención. No se necesita la intención de discriminar; basta que una norma haga una distinción que resulta en un menoscabo o anulación de un derecho para que esa norma sea discriminatoria, y por lo tanto contravenga el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La prohibición de discriminar no se aplica sólo estrictamente al campo de los derechos humanos. Una protección adicional, establecida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana, se confiere a todos con el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley, interpretado por la Corte Interamericana y por el Comité de Derechos Humanos como la igualdad frente a todo aquello que esté regulado por el Estado. El Comité tuvo un par de casos contra Holanda en los años setenta por las diferencias desfavorables para las mujeres en los montos y extensión de los subsidios de cesantía. El Estado rechazó la existencia de una discriminación, argumentando que la diferenciación era razonable, primero, porque el sueldo de la mujer era siempre una adición al sueldo principal, por lo que el subsidio era sólo para permitir a la familia acomodarse a la nueva realidad en un lapso corto; y segundo, porque el derecho a esas prestaciones no era un derecho humano del Pacto de Derechos Civiles y Políticos sino que del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de cuyo cumplimiento se daba cuenta ante otro órgano y cuyas obligaciones estaban supeditadas a "la medida de lo posible". El Comité, utilizando el derecho a la igualdad ante la ley, decidió que efectivamente ese órgano no podía examinar la existencia de un subsidio, pero que, si éste existía, tenía el deber de examinar que se diera sin discriminación.

Hemos dicho que la sociedad no es homogénea; es imprescindible, en consecuencia, que las medidas necesarias que un Estado tome para garantizar a todos sus derechos humanos a menudo sean diferentes, porque el propósito final de la tarea es asegurar a todos el goce de sus derechos. La pregunta siguiente es, naturalmente, ¿qué bases puedo tener para hacer distinciones de manera legítima? Cuando se adoptaron los dos Pactos internacionales en el marco de las Naciones Unidas, el principio de no discriminación estaba normativamente

consolidado. Sin embargo, desde un punto de vista histórico, como ya se ha dicho, la no discriminación no se aplicó como está concebida. Es posible observar que se fueron asentando, poco a poco y como peldaños, diversas categorías que no podían ser invocadas como razones para hacer diferencias. Un primer peldaño fue la raza; cuando se produce la descolonización de África, estos nacientes Estados se integraron a las Naciones Unidas y aportaron otras miradas que las que hasta entonces existían respecto de lo racial. Producto de otros acontecimientos mundiales, impulsados significativamente por variados movimientos sociales, se agregó también la religión, la condición política, la condición social y naturalmente el sexo.

Se dice que en el derecho convencional estas categorías son *sospechosas* y exigen, en consecuencia, un máximo cuidado para ser usadas como base de una diferenciación, so pena de transformar la diferenciación en una discriminación. Sin perjuicio de reconocer que representan un avance y una ayuda para ir extendiendo en los hechos el principio general, las categorías pueden generar dos problemas: el primero es que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1) – así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1) – la lista de categorías termina con la expresión “y cualquier otra condición social”. No constituyen, pues, una lista exhaustiva, a menos que se interprete que las categorías sospechosas no incluyen a la última, otra condición social. Lo segundo es que los juristas sostienen que el efecto principal de distinguir teniendo como base una de estas categorías hace más difícil al Estado probar que la distinción es válida y obligan a los órganos que aplican la norma a ser más cuidadosos. Estaría de acuerdo en que el aumento de las pruebas que el Estado debe presentar para legitimar el uso de una categoría sospechosa es efectivo. No puedo estar de acuerdo en el otro efecto, es decir, en sostener que los órganos de supervisión deben ser más cuidadosos cuando se invoca una de ellas. Desde mi experiencia personal, habiendo estado seis años en la Corte Interamericana y ocho años en el Comité de Derechos Humanos, puedo expresar que hay que tener el máximo de cuidado con toda discriminación, independientemente de la razón que se invoca para hacer la diferencia. El principio, el básico e importante, nunca se puede romper: cualquier discriminación debe examinarse rigurosamente.

En suma, nacen las categorías sospechosas y ellas pasan a constituir un hito en el sentido que el Estado, en principio, no puede tomar medidas diferentes basándose en el sexo o en la raza, por ejemplo (con lo difícil que sería determinar quien es quien en un mundo en que estamos todos mezclados, como decía Nicolás Guillen, y donde el avance de la ciencia nos depara cada vez más sorpresas). Yo veo la mención de estas categorías en los tratados más bien como un paso hacia un progreso cuya finalidad es llegar a sostener que, en principio, toda distinción está prohibida, a menos el Estado demuestre que tiene razones poderosas, objetivas y razonables, compatibles con los derechos humanos, para hacer la distinción de la manera en que la ha hecho.

Ha habido otro avance desde que se empieza a sostener de manera cada vez más firme que no importa tanto lo que diga la ley como su aplicación, porque esta es frecuentemente sesgada y eso impide que todos puedan gozar de igual manera de todos los derechos. En realidad, en lo normativo, la afirmación deriva del propio texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana, pero los Estados no la habían aplicado por de manera adecuada.

La evolución en materia de los derechos humanos de las mujeres es pionera en este campo. La CEDAW incorpora la idea al señalar la necesidad de que los Estados adopten medidas afirmativas para *acelerar* la marcha hacia la igualdad de las mujeres. Su artículo 4, en una forma elíptica, establece que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer *no se considerará discriminación* en la forma definida en la presente Convención”. Esto dio pie para insistentes debates, que se reproducen hasta ahora, sobre la naturaleza discriminatoria de las medidas afirmativas y su incompatibilidad con un principio esencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no puede modificarse por tratado alguno. ¿Por qué hay una cuota para entrar a la universidad para los afroamericanos en circunstancias de que tengo mejores notas que él? ¿Por qué va a haber una cuota para que las mujeres vayan al congreso, cuando eso no asegura la calidad de los representantes? Siempre recuerdo a Virginia Woolf que dijo que el día que haya tantos malos escritores mujeres como hombres, recién habremos llegado a la igualdad. Por supuesto, eso pasa también con otros grupos vulnerables.

El artículo 4 de la CEDAW dispuso también, que la adopción de estas medidas “de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas” y “deberán cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. Esta disposición, mirada a la luz de todo el desarrollo que ha habido podría ser criticada ¿Impone una obligación a los Estados? ¿Todas las medidas deben cesar en algún momento? ¿Sobre qué bases se toma la decisión de ponerles fin?

La extensa discusión sobre esta materia me ha llevado a pensar que hay otra manera de fundamentar la necesidad y legitimidad de las acciones afirmativas. Para eso, parto de manera muy general: las obligaciones que asumen los Estados que ratifican tratados de derechos humanos. Cuando un Estado ratifica tratados de derechos humanos tiene algunas obligaciones, dos de ellas muy importantes para este análisis. Una, la obligación de respetar: no pueden los Estados mismos, a través de sus agentes, violar directamente los derechos humanos. La otra obligación es fundamental en términos de los efectos que produce: Los Estados se obligan a garantizar el goce efectivo de los derechos humanos. Si oigo esta expresión, el goce, tengo que pensar que su alcance no puede resolverse únicamente con una norma escrita. Esta no soluciona el problema, porque el goce está frecuentemente impedido por condiciones sociales, políticas, de sexo, físicas y económicas, entre

otras. Entonces, el propio tratado, por su naturaleza, nos está diciendo desde un comienzo que los Estados tienen obligación de emprender acciones positivas. Estas acciones positivas deben permitir el goce de los derechos sin discriminación.

Mirado el asunto de esa manera, las acciones afirmativas no son más que modalidades del cumplimiento de deber de garantizar el goce de los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación, por parte de los Estados. La necesidad de emprender acciones positivas está dispuesta desde el momento que corresponde a los Estados garantizar el goce de los derechos. Ningún tratado de derechos humanos tiene como objetivo sólo la igualdad formal; también se exige la igualdad de facto.

Sin embargo, la desigualdad de facto existe en la vida real. ¿Por qué? Creo que la cultura y los hábitos son los primeros responsables. Quizás – y esto a manera de hipótesis – parece haber en las personas un ansia de pertenecer a un “nosotros” y tener “otros” que a sus ojos no merecerían tener el “derecho de tener los mismos derechos”. Está demás decir que el derecho por sí solo no puede superar este tipo de dificultades y obstáculos; el derecho ayuda a dar una base legítima para demandar la igualdad, pero son precisos otros medios y otras disciplinas para poder alcanzar este objetivo. En términos de los aplicadores del derecho, por excelencia los tribunales, el problema parece provenir también de la cultura, que por supuesto permea a todas las personas, incluyendo los jueces. Además, en ellos hay una tendencia a construir un modelo ideal de cómo se asegura el goce de los derechos a todos independientemente de sus circunstancias. Mis años de experiencia, tanto en el Comité como en la Corte, me han mostrado esto: uno tiene una imagen de cómo debe comportarse una persona. Para los abogados o estudiantes de derecho la imagen del buen padre de familia para determinar la culpa es típica; la culpa se determina según lo que se estima que debe hacer un buen padre de familia. En el campo de los derechos humanos, esa imagen normalmente es un hombre con ciertas características, generalmente un hombre “blanco” que pertenece a la cultura denominada occidental. En algunos países también tiene cierta religión. Estos presupuestos culturales pueden, también, influir en la manera en que los jueces reaccionan frente a la decisión de si una forma de tratamiento de personas puede o no ser calificada de discriminatoria. Así funcionamos los seres humanos, obviamente algo contra lo cual se debe luchar.

¿Cuál puede ser el papel del derecho en esto? Lo que puede hacer el derecho, y lo hace en el campo internacional o en el nacional, es imponer a los Estados deberes para combatir esa cultura: deberán hacer campañas educativas y con los medios de comunicación; enseñar a los periodistas el efecto que producen a menudo sus noticias sesgadas; enseñar a los profesores cómo se debe tratar a los niños (si se observa un colegio, es posible darse cuenta de la enorme discriminación que existe, entre alumnos, y entre alumnos y profesores); entrenar a los jueces.

Se debe educar a los órganos en la idea, primera, de que la sociedad no es homogénea. La sociedad está compuesta por una gran diversidad de personas. Las diferencias se pueden agrupar y ello lleva de inmediato a advertir que hay grupos que están en una situación desmedrada respecto a otros. Los jueces, en particular, no deberían tener como modelo a un personaje ideal. Algo que he dicho bastantes otras veces respecto a hombres y mujeres, pero ahora estoy llegando más allá. El juez lo que debe tener como modelo es la realidad del grupo en que está inserta esa persona y si la acción del Estado le permite o no gozar de sus derechos humanos. Si no los está gozando, el juez debe decidir que hay discriminación y que el Estado debe emprender acciones, tomar medidas adecuadas, eficaces, para que pueda la persona y el grupo gozar de los derechos humanos. Por esto, no es apropiado que se sostenga que el Estado cumple con su obligación de garantizar emprendiendo para todo acciones iguales; las medidas para que el Estado cumpla su obligación deberán ser necesariamente variadas. Tiene que haber tanta diferencia en las medidas como sea necesario para que todos los grupos puedan gozar los derechos humanos.

La ventaja de enfocar el tema de esta manera es que las acciones afirmativas, como modos de acelerar la igualdad de facto de todos los grupos que están en una situación de desventaja, provienen de la obligación de garantizar los derechos humanos sin discriminación; no conceden derechos especiales, sino que obligan a los Estados a tomar medidas diferentes. Por lo tanto, no clasifica a ciertos grupos como “especiales”; podrá haber medidas temporales o, quizás permanentes, si el grupo así lo requiere. Este enfoque va ciertamente más allá de las acciones afirmativas. Para dar un ejemplo de la jurisprudencia de la Corte, cito un caso: Yatama contra Nicaragua. Los Yatama son un grupo indígena en Nicaragua que tenía un modo diferente de elegir sus candidatos para las elecciones municipales, aceptado por el Estado; era un modo muy participativo para designar a los candidatos y presentarlos a la elección. En el gobierno de Ortega se decidió establecer una norma única que incluía el requerimiento de que todos se agruparan en partidos políticos, incluyendo este grupo indígena. Además, para poder competir, los partidos políticos tenían que tener un cierto porcentaje en una serie de municipios en circunstancias que los grupos indígenas están solamente en uno o dos municipios, que es donde ellos residen. Como resultado, no pudieron elegir a nadie; ni siquiera pudieron presentarse a la elección. La Corte decidió que cada Estado tiene derecho a elegir su sistema electoral, como le parezca, pero lo que no puede hacer es tener un sistema electoral que no permita la participación de todos, que no les dé la posibilidad a todas las personas de participar con su voto o tener representantes para que se elijan o no se elijan, porque eso es una violación del artículo 23 de la CADH. A eso me estoy refiriendo.

Lo que he expuesto me parece útil para producir más reflexión y debate, que es una buena manera de avanzar.

## PREGUNTAS AL PANEL

**Pregunta 1:** ¿Cuáles serían dos, tres, cuatro ejemplos de la realidad chilena en donde no exista igualdad ante la ley o donde exista discriminación en la ejecución de las leyes?

**Lorena Fries:** Creo que el régimen de la sociedad conyugal en Chile –uno de los acuerdos patrimoniales al que generalmente optan las personas cuando se casan- que entrega al marido la administración de los bienes de esa sociedad y los propios de la mujer es un caso concreto de desigualdad ante la ley.

Otra situación se produce en esta tercera fase, que mencioné anteriormente, con las normas neutras que reemplazaron a las discriminatorias, donde estamos revisitando la idea incorporar específicamente a los actores discriminados. Me parece que hay un tema con los derechos políticos, y en particular con la participación consagrada en términos neutros en la Constitución y en tratados internacionales. En el caso de Chile, estas normas no fortalecen ni promueven la idea de que ciertos colectivos -por ejemplo, los pueblos indígenas o las mujeres- accedan a espacios de poder en el Parlamento, cuestión que se ha resuelto en otros países a través de las candidaturas y, en el caso de los pueblos indígenas, asegurando escaños para representantes.

En el caso del acceso a los derechos de las poblaciones LGTB, cuando se trata de parejas no pueden ser carga en los planes de la salud o tienen limitaciones en el acceso de la previsión social.

Estos casos muestran distintos niveles de desigualdad ante la ley y en la ley.

**Pregunta 2:** ¿Qué sucede con la aplicación de medidas afirmativas cuando los recursos son escasos y cuando la realidad de esta sociedad es que la gente no tiene recursos independientemente de su color de piel o de su condición sexual?

**Cecilia Medina:** Los países que tienen recursos escasos los distribuyen equitativamente en su escasez. Para hablar desde un derecho que por lo general no tiene objeciones, el debido proceso, yo no puedo pensar que en Chile tendremos la misma cantidad de tribunales que hay en Suecia o en Holanda y que vamos a tener los mejores edificios y las mejores ayudas porque no tenemos la misma situación económica. Pero una cosa es escasez y otra es la discriminación. Lo que estamos haciendo aquí es acentuar la discriminación. Dentro de los recursos escasos siempre hay que tener presente que hay que distribuir sin discriminación también. No es tan fácil como lo estoy diciendo, pero eso es lo que se pide.

**Pregunta 3:** Soy una persona transexual y soy activista. He escuchado todo lo que no tenemos las personas transexuales en este país. Lamentablemente somos constantemente violentadas y violadas en todos nuestros derechos, inclusive violadas físicamente cuando el Instituto Médico Legal hace el examen para los

tribunales. ¿Cómo enfrentaría el Instituto esta situación? ¿Cuál sería la injerencia directa?

**Lorena Fries:** Para el Instituto, el tema de las diversidades sexuales es fundamental y, dentro de las poblaciones LGTB, diría que quienes más sufren las indignidades de la discriminación son justamente el mundo Trans. El caso de Sandra Iturra, hace un par de semanas atrás, muestra la cara más violenta de la discriminación. Así como en las luchas de los movimientos de mujeres, la violencia fue uno de los primeros temas en torno a los cuales se activó el trabajo, me parece que en el campo Trans es uno de los temas con los que se empieza. En la medida que el gobierno, este y el anterior, se ha sumado y ha sido activo en las resoluciones encaminadas a resolver materias de orientación sexual e identidad de género, existe un punto de partida para el Estado chileno que requerirá hacer cambios en la legislación que permitan romper la hetero-normatividad del derecho. El derecho, cuando no es nuestro, está puesto en términos heterosexuales y no da respuesta a los sujetos masculinos y femeninos Trans. Ahí hay un largo camino que hacer y el Instituto, en compañía de la fuerza que tengan las organizaciones Trans para promover e instituir sus derechos, está poniendo esta mirada en los informes ante Naciones Unidas y en el informe anual de derechos humanos.

**Pregunta 4:** Respecto de las resoluciones apoyadas y firmadas por Chile en la OEA y en Naciones Unidas, ¿cómo podemos hacerlas un instrumento válido y una herramienta valida en nuestra lucha diaria por la igualdad y la dignidad de todas las personas?

**Cecilia Medina:** La verdad es que es un proceso imposible de hacer rápidamente porque para eso la gente tiene que conocer los derechos humanos, internalizarlos y saber que tiene derecho a tener derechos. Hablo desde las mujeres, porque es lo que más conozco, y yo veo que a menudo no tienen la percepción íntima de que estos son derechos. Seis años en la Corte Interamericana me mostraron que la inmensidad de las que van a reclamar son las mujeres. ¿Por quienes reclaman? Por los hombres. No hablan de su caso ni de lo que les pasó a ellas, porque no tienen internalizado que tienen derechos. He estado años de años en esta lucha; esa es una tarea que pasa por uno mismo y en la que el Instituto puede ayudar mucho con campañas de promoción y de cambios de cultura.

Segundo, hay que tener conciencia de que lo mejor para que los derechos humanos se apliquen es insistir dentro del país. No hay ningún órgano regional o universal que reemplace a los jueces locales, a las prácticas locales o a la administración local. Hay que tener claro que el órgano regional o universal sirve mucho más si se usa para precedentes: si uno encuentra un caso emblemático y lo lleva para que se sienta el precedente, con este precedente luchar adentro de nuevo. Esa es la manera más efectiva de usar los derechos humanos, e invocarlos consistentemente en el propio país. Este es un derecho humano, como están diciendo los niños ahora, yo tengo derecho a la educación y no es que tenga la

libertad de elegir donde me educó, yo tengo derecho a la educación que es otro tema.

**Pregunta 5:** En 2009 Chile pasó su Examen Periódico Universal frente al Consejo de Derechos Humanos y me interesa mucho conocer la eficacia de ese mecanismo en relación con la implementación de las recomendaciones que Chile aceptó para la vigencia de una mejor igualdad y reducción de la discriminación.

**Lorena Fries:** Hagamos una distinción entre el EPU y el Consejo de Derechos Humanos y lo que era la Comisión de Derechos Humanos. ¿Por qué quiero hacer la distinción? Porque para muchos defensores de derechos humanos (incluso en Chile), el Consejo de Derechos Humanos es un resultado peor que el que había con la Comisión de Derechos Humanos. Yo difiero, y difiero justamente porque en el Consejo de Derechos Humanos lo que más se ha levantado son los temas de igualdad y no discriminación, cuestión que no estaba presente en la Comisión de Derechos Humanos donde, finalmente, se terminaban relevando las violaciones graves a los derechos humanos perpetradas de manera sistemática y generalizada. Hoy día, en cambio, los temas de desigualdad entre hombres y mujeres, los temas de desigualdad LGTB, los asuntos que tienen que ver con población carcelaria, niños, niñas y adolescentes, entre otros, han sido una prioridad relevante.

Por alguna razón que no conozco, los Estados han dado una relevancia fuerte al EPU. ¿Cómo se ve eso? Simplemente por las delegaciones que envían. Así como con la CEDAW, hace un tiempo los países ni siquiera enviaban un delegado porque el propio representante de la embajada podía ir y ese era el nivel de importancia que le daban. Al Consejo de Derechos Humanos, en cambio, van Ministros de Estado y representantes de los mismos temas a ser abordados. Esto le sube el peso político al Consejo de Derechos Humanos. Por lo tanto, esto hace que el compromiso que pone el Estado sea un compromiso de primer orden. Chile está preparando un informe EPU de avance respecto a las 78 recomendaciones que el Estado aceptó en la reunión del EPU 2009.

Creo que el EPU es una buena herramienta que puede ser utilizada por la ciudadanía, en la medida en que no se refiere a un tema particular sino a todos los asuntos que tienen que ver con derechos humanos. Además, las recomendaciones son el producto de una síntesis que antes ha pasado por los órganos de supervisión de tratados, es decir, incluye todas las recomendaciones que se hicieron en los comités sobre la eliminación de la discriminación racial, de la mujer, niños, niñas, etc. La Oficina del Alto Comisionado hace esta síntesis que hace parte del análisis que va a hacer el Consejo de Derechos Humanos. Es una herramienta políticamente fuerte que apunta a los temas de igualdad y discriminación, y que puede constituirse en una buena guía de trabajo para la sociedad civil y el adelanto en estas materias.

**Pregunta 6:** En la sociedad chilena que está muy cargada por lo religioso, siempre se habla de Dios padre y nunca se habla de Dios madre. Aceptamos que todo tiene que ser hombre. Así, dejamos pasar muchas discriminaciones. Mi consulta es frente a los colegios que son privados y no aceptan a alumnos por razones de raza, o que no aceptan a alumnos por ser hijos de padres separados. ¿Qué sucede?

**Cecilia Medina:** No voy a entrar en lo de Dios padre o Dios madre porque yo no tengo creencias, entonces me es indiferente. Honestamente creo que no debería ser de ninguna influencia para la sociedad porque estimo que si vivo en un Estado laico, lo que espero es la laicidad del Estado. Podría enumerar más discriminaciones en ese sentido. Que hayan sacerdotes que hagan clases o que sean vicarios castrenses pagados por el Estado me parece incompatible desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. El Estado se ha comprometido a no privilegiar ninguna religión, es más, se ha comprometido a no tener ninguna religión o creencia. Se puede ser agnóstico, ateo o budista, musulmán, evangélico o católico y el Estado debe ser neutro frente a eso y en nuestro país eso no se da.

En cuanto a los colegios, cualquier institución que ofrece un servicio que es público no puede discriminar, eso dice la norma internacional. El responsable es el Estado que lo permite, pero no creo que en Chile esto vea una solución demasiado temprana. Cuando digo esto, incluso en mi propio curso, es motivo en general de escándalo. Hay una cultura católica muy fuerte; tengo mucho respeto por las religiones, pero no soy religiosa y no me gusta que me lo impongan. No me gusta que la Cámara de Diputados, cuando abre la sesión, la abra en nombre de Dios. Eso no es del Estado, es de la religión o de varias religiones que invocan a Dios.

## PANEL 2

# IGUALDAD REAL; LEGISLACIÓN, POLÍTICAS PÚBLICAS Y MEDIDAS ESPECIALES EN CHILE

### Igualdad real como punto de partida

Sonia Montañó Virreira, CEPAL

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) recoge la necesidad de que todos los Estados tomen acciones en las esferas políticas, económicas y culturales, entre otras.

#### **Convención contra la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:**

##### **Artículo 1**

*A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*

##### **Artículo 3**

*Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y **cultural**, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre*

La mención a lo cultural es muy importante porque en toda política pública, y en especial en los países del mismo sistema jurídico, la cultura se entiende como algo que cambia de manera muy lenta. Muchas veces se tienen las leyes pero no se puede cambiar la conducta, pues la cultura es subjetiva y, aunque cambia, no se puede imponer. Frecuentemente la cultura es considerada un dato de la realidad que no se puede cambiar. Lo que están diciendo las convenciones

de derechos humanos es que la cultura es una construcción social y que se ha desarrollado políticamente.

Para poner un ejemplo, supuestamente ajeno a los derechos humanos, podemos citar la lógica del mercado. La idea es que todos somos consumidores y tenemos que comprar y vender. No nacimos sabiendo eso; nosotros aprendimos culturalmente que somos consumidores y que tenemos que consumir, comprar, vender recursos. Esa lógica del siglo XX o del XIX fue construida.

Los conceptos o nociones así como la idea de igualdad son también una cuestión cultural. Por lo tanto, la no discriminación tiene que ser resultado de acciones jurídicas, políticas, sociales y de todo tipo de medidas. Esto es muy importante porque cuando los países se comprometen a cumplir una convención, no se están comprometiendo solo a dictar una ley sino a adoptar todo tipo de medidas asociadas.

Lo que aquí se mira es la idea de igualdad, los resultados logrados y el horizonte futuro. ¿Qué es lo que está pasando en América Latina respecto de la CEDAW? América Latina es uno de los continentes que ha suscrito y ratificado la convención prácticamente desde sus orígenes, cuando en los años noventa esta se dictó y también cuando se adoptó el protocolo facultativo, siete años más tarde.

El Protocolo fortalece el cumplimiento de la Convención en la medida que permite la presentación de comunicaciones al Comité por parte de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW. Se trata de una herramienta importante ante el bajo cumplimiento las disposiciones del tratado por parte de los Estados.

Cuando finalmente contamos con el protocolo facultativo tenemos la lamentable noticia de que Chile no lo suscribe. Esto es muy interesante, porque hay otros países, como México, que si lo han hecho. Los países en general pueden congratularse de firmar un tratado de libre comercio; suscribir un tratado de libre comercio es como el signo de la modernidad. No hay país que no se precie de entrar a la OECD, y mientras más tratados de libre comercio suscriben, más moderno son. Resulta que el Protocolo Facultativo, que no trae divisas ni inversión extranjera, puede postergarse porque no entra en esta tratativa del mercado y porque es cultural, y requiere de medidas específicas para que los compromisos internacionales se traduzcan en política pública. Entonces, los países que no han suscrito el Protocolo Facultativo están dando una señal. Así como en política internacional firmar un tratado de libre comercio es una señal de civilización comercial, desde el punto de vista de los derechos humanos no firmar el Protocolo es una mala señal frente a los derechos humanos como se ven en la comunidad internacional.

Volviendo al tema de la igualdad real, como ya se ha mencionado, Chile ha hecho esfuerzos muy importantes por tener una legislación que se ha beneficiado mucho de la idea de los derechos humanos universales. Aquí quiero hacer una pequeña digresión antes de entrar al caso específico de la violencia contra la mujer. Los derechos humanos como se entienden hoy, no son posibles de comprender en el marco de los Estados Nacionales. Los derechos humanos universales hoy, no son los derechos humanos de la revolución francesa donde los límites estaban marcados por la soberanía y el Estado Nacional. Lo interesante de los derechos humanos hoy es que se han ido, en esta dinámica de evolución, extendiendo y universalizando.

La pregunta que hay que hacerse es: ¿quiénes somos “todos”? Antes, “todos” eran los hombres blancos que pagaban impuestos y tenían tierras. Esos eran todos, el “otro” eran los demás. “Todos” se ha ido transformando lentamente desde que se abolió la esclavitud, la servidumbre, desde que se instauró el voto de la mujer, etc.; es decir, los avances en los derechos ciudadanos han ido expandiendo la noción de universalidad. Ahora tenemos países más igualitarios y civilizados, como Suecia y Holanda, donde el “todos” termina en la frontera. La migración es un buen ejemplo para identificar quienes son “todos” y quienes “lo otro”: si eres un “todos” chileno y llegas a Francia, ya no eres “todos” sino un “otro”; las peruanas en Chile no son “todas”, sino las “otras”. Entonces, el tema del reconocimiento del otro y la otra es un proceso histórico y sociológico que se ha ido produciendo, qué duda cabe, por las luchas sociales y políticas. Es decir, la expansión del concepto jurídico es el resultado de movimientos políticamente construidos y que han ido ampliando la idea de quiénes somos “todos”.

Antes los Estados se preguntaban cuánto costaba el “derecho de una persona”; preguntémonos cuánto cuesta el derecho de un indígena a obtener educación frente a cuánto cuesta un avión para las Fuerzas Armadas. Esta decisión de los derechos que un Estado se puede permitir, nunca ha estado basada en la doctrina sino en las relaciones de poder que hacen la construcción de la sociedad. En algún momento se decide que es más importante, protegerse del enemigo o invertir en educación. Es una decisión que forma parte, otra vez, de esta construcción cultural.

Entonces, respecto de los derechos humanos de las mujeres, el caso de las muertes de mujeres o femicidio, es ciertamente una puerta de entrada para visibilizar los derechos de las mujeres y hoy es la punta del iceberg de la violación de sus derechos. Y esto ha sido posible, sin duda, porque hubo la Convención, porque hubo la Plataforma de Acción de Beijing. Los Estados dijeron que esto era una importación externa de las feministas que se sacaban los sostenes y mostraban sus pechos desnudos y obscenos. O sea, la deslegitimación del movimiento de mujeres en defensa de sus derechos fue un arma cultural y simbólica muy fuerte desde los Estados.

La violencia contra las mujeres fue una lucha que empezó cambiando las palabras, cambiando los símbolos, denunciando lo que estaba ocurriendo y, lamentablemente, ha terminado hoy en un debate jurídico donde hemos empezado a nombrar el femicidio como una muerte que se nombraba en la crónica roja de crímenes pasionales: la mató por amor.

Para el año 2009, se contabilizaron 52 femicidios en Chile, 117 en Perú (el sistema de contabilización peruano Perú es muy bueno, probablemente el mejor de América Latina), 79 en Dominicana y 20 en Uruguay. Son la punta del iceberg, porque no muestran la verdadera magnitud de los femicidios, pero nos están diciendo que estamos frente a un tema de igualdad real. Se están muriendo mujeres por el hecho de ser mujeres., por el hecho de no cumplir el mandato social; no se están muriendo porque cruzaron la calle o porque fueron a la guerra. El femicidio es la muerte de la mujer que se puso lápiz rojo cuando al marido no le gustaba que se ponga lápiz labial. Aquí estamos hablando de la más crítica forma de discriminación, en que las mujeres se mueren simplemente por el hecho de ser mujeres y eso se le llama femicidio.

Otra dimensión de la desigualdad real está en el hecho de que en la mayoría de América Latina las mujeres adolecen de autonomía económica. En América Latina, en la población entre 19 y 60 años, las mujeres superan a los hombres en la falta de ingresos propios; en Chile, casi el 30% de las mujeres carecen de ingresos propios frente al 12% de los hombres. Este dato es muy interesante porque la proporción de mujeres sin ingresos en Chile hace dos años era más alta, ha disminuido significativamente con la reforma previsional. Los subsidios del gobierno anterior han permitido de alguna manera que las mujeres sin ingresos propios laborales puedan tener algún tipo de servicio previsional y de subsidio directo.

El que exista un 30% de mujeres sin posibilidad de trabajar -y estén en la edad para hacerlo- refleja una desigualdad, una discriminación que tiene su origen en muchos factores, entre otros, la cultura: la señora tiene que cuidar a los niños. Ese factor es cultural-a todos les parece muy lindo el día de la madre porque la señora cuida a los niñitos y todas recibimos flores ese día-y solo se resuelve con política pública proveyendo servicios de cuidado para hombres y mujeres, extendiendo la maternidad a hombres y mujeres, porque la maternidad es social. Lo que se necesita es extender los permisos parentales para los cuidados de los niños, en particular las políticas de cuidado que significan remover la noción cultural de que es a las mujeres -por buenas- a las que nos toca hacer eso, y convertirlo en un servicio público, en una política que habilite una red que permita a hombres y mujeres, por igual, incorporarse al trabajo. Implica, además, otra serie de políticas públicas como el igual trabajo por igual salario porque, obviamente, si la señora gana menos y el hombre gana más, se va a preferir que el hombre trabaje.

Entonces, hay un conjunto de medidas de política pública que tienen que ver con: desmontar la idea cultural que legitima el cuidado como un trabajo gratuito para las mujeres y abrir servicios, creando condiciones materiales para que hombres y mujeres asuman esta oportunidad y esta responsabilidad. Por lo tanto, eso significa, colocar en la agenda política la igualdad de oportunidades como resultado.

Cuando Lorena Frías decía igualdad de resultado, no se refería a poner “Se busca señorita o señor para call center”. Se necesita que esa señorita o señor pueda tener un lugar donde cuidar a sus hijos, una escuela que los atienda en un horario compatible con el horario laboral, que a ambos les permitan ir a cuidar al niño sin que esto penalice su carrera laboral. Estamos hablando de otra construcción cultural que es la política pública para desmontar los valores y los prejuicios, pero además, que provea un conjunto de servicios.

En relación a la participación de las mujeres en el poder legislativo, quiero decir que la discriminación positiva refiere a medidas temporales que sirven para corregir desigualdades de origen. Los países que no llevaron a cabo políticas de cuotas, con ese nombre concreto, y reformas en el sistema electoral, no han avanzado como aquéllos que sí lo hicieron. No hay otra cosa inventada en la ciencia política que permita la igualdad de participación de las mujeres en los poderes legislativos. He hecho muchas veces la apuesta: “Me corto la oreja si me muestran un solo país que haya sido capaz de tener igualdad de participación en el parlamento sin medidas de acción afirmativa”.

En el caso de las alcaldesas es peor, fíjense que en la década de los noventa se decía: el poder local está más cerca de las mujeres, y con esta idea de la maternalización como la casa era lo nuestro, lo más cercano a la política era el poder local. Pero en el momento que al poder local llegaron los recursos, se volvió masculino. Esto es muy interesante porque es también una construcción cultural. Cuando hablamos de construcción cultural hay algo claro que tenemos que entender y es que esto no es algo que va a suceder con mi futuro nieto. La construcción cultural es algo de hoy día, este es el tema.

Quiero terminar con un hecho que desde el punto de vista de la legislación y el derecho comparado es francamente sorprendente: la anticoncepción en Chile. Este es un país que inspiró a otros -cuando se hablaba de planificación familiar, Chile era un país ejemplo- en el primer acceso de las mujeres al derecho básico de controlar, no su cuerpo (el cuerpo controlado significa no violencia, es mucho más que la pura anticoncepción), pero sí su reproducción.

En América Latina el tema del aborto se ha convertido en tema de debate cultural-ideológico, que es algo de esta posmodernidad. Todas nuestras abuelitas o madres abortaron legal o ilegalmente sin ir a la cárcel en la mayoría de los países. Hubo un momento que tuvo que ver con los fundamentalismos, particularmente el

religioso, que logró que el aborto fuese penalizado, satanizado, criminalizado y convertido en un tema que no permite su discusión en salud pública. No estamos hablando de la interrupción del embarazo como existe en los países de la OECD, sino de América Latina: El Salvador, Honduras, Nicaragua y lamentablemente República Dominicana han abolido el aborto terapéutico. Este es también el caso de Chile. Por eso es importante poner el tema sobre la mesa. ¿Acaso, como señaló Cecilia Medina, no estamos en Chile en un Estado laico? Los derechos humanos se garantizan en el Estado laico; este es el garante de los derechos de todas y todos en la oportunidad de elegir.

¿Cómo llegar a la igualdad real? Creo que entre las ideas que podemos discutir es convertir esa ficción jurídica que es la igualdad, no en un objetivo u horizonte, sino en un punto de partida. Como la igualdad no es un horizonte sino una partida, pongámosla en la base.

Como la ficción jurídica es el principio simbólico, démosle el derecho a elegir a todo el mundo, que es el derecho a la igualdad. Teniendo conquistado el derecho a la igualdad, universal, podemos ser diferentes: podemos abortar o no abortar, casarnos o no, ir a la escuela o no ir a la escuela. El principio básico del derecho formal, de la ficción jurídica de la igualdad, tiene que ser entregado no a cuenta gotas como ocurre en la mayoría de los países, sino como un piso que sea la traducción en el sistema jurídico legal de las políticas públicas y la desigualdad de origen.

Creo que ahí podemos empezar a dar pasos importantes porque lo otro es entrar en un debate sobre quiénes son sujeto de derechos. ¿Hasta dónde le vamos a dar derechos a los migrantes? Si los migrantes pagan impuestos, ¿por qué no pueden votar? ¿Quiénes son los sujetos de estos derechos? Esto viene de la ciudadanía global y hay una serie de temas que tenemos que ir discutiendo, pero ciertamente en el caso de la igualdad de género el planteamiento final con el que quisiera nos quedemos es que entendamos que la universalidad de los derechos es un proceso histórico generado por los movimientos sociales. Que el piso de igualdad que hoy requerimos, así como que existan derechos iguales para todos, conlleva que todos tenemos derecho a que como sociedad podamos discutir si la plata se va a educación o a defensa. Pero si uno no tiene igualdad de derechos, entonces no puede decir: quiero dejar de comprar tanques para construir escuelas.

Es a partir de la igualdad básica en que tú me reconoces a mí con legitimidad, que yo puedo decir éste es el tipo de sociedad que quiero construir y estos son los sacrificios que voy a hacer. En Chile, como en muchos otros países ciertamente, hay una paradoja y tensiones que son, por un lado, la modernidad y, por otro, las pulsiones del fundamentalismo, que cuesta mucho resolver. Como decía Cecilia Medina, que suerte que no somos nosotras las que tenemos que resolverlas.

## **Igualdad real: legislación, políticas públicas y medidas especiales en Chile desde la perspectiva de la acción del Poder Ejecutivo.**

**Sebastián Valenzuela, Ministerio de Justicia**

**E**n primer lugar, me gustaría señalar que en coincidencia con lo que ha expresado la Directora del INDH, el principio de igualdad que es el tema que convoca este seminario constituye un parámetro ético, político y jurídico. Por lo tanto, es un horizonte que debe plasmarse en todas las políticas públicas que produzca la acción estatal. Algo también se esbozó que no hay que olvidar: efectivamente el principio de igualdad originariamente nace con una concepción exclusivamente formal, es decir, mediante acciones legislativas se garantiza el trato igualitario ante la ley. Sin embargo, si bien esto ya constituye un gran avance, esta concepción meramente formal resulta insuficiente. Se requiere y se exige que este principio contenga un mayor desarrollo, y esto hace que ya se hable de una igualdad fáctica.

Considerando esto, también resulta pertinente relevar la importancia de las acciones afirmativas. Medidas temporales que traduzcan en el plano de la realidad la igualdad y el mejoramiento de oportunidades y de las condiciones para que la ciudadanía pueda acceder a esas oportunidades.

Dicho esto, en la exposición me gustaría referirme precisamente a aquellas medidas políticas, proyectos legislativos y medidas afirmativas propiamente tales que desde la perspectiva del Ministerio de Justicia, y particularmente de la División de Defensa Social que me toca dirigir, se están desarrollando para plasmar este horizonte normativo que es el principio de igualdad. La presentación está dividida en dos grandes temas. Por un lado, me centraré en aquellas acciones que buscan asegurar un trato efectivo igualitario para las personas como es el acceso a la justicia. En la segunda parte de la exposición, me referiré a aquellas políticas que están destinadas a poblaciones o grupos de personas históricamente discriminadas relevadas en el Informe 2010 del INDH: la población penal, las y los niños y adolescentes, los pueblos originarios y a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

Respecto al acceso a la justicia, me parece que hay tres o cuatro puntos que merecen la pena destacar. En primer lugar, una nueva política que se está implementando desde el año 2010 que constituye la justicia vecinal. Una de las garantías que por cierto debe asegurar el Estado para cumplir con el principio de igualdad es brindar un acceso igualitario a las personas con la justicia.

Claramente en la actualidad existe la percepción en los ciudadanos que, para resolver los conflictos que se generan en la vida diaria, no todo se encuentra con una respuesta institucional. Respecto de lo que afecta cotidianamente su calidad de vida hay una mala percepción de las respuestas que es capaz de entregar el sistema

judicial. A su vez, la ausencia de una respuesta estatal aumenta la conflictividad y las vías auto tutelares, no pacíficas en muchos casos, para la resolución de este tipo de conflicto. Por ello, constituye un desafío implementar un modelo de justicia vecinal cuyo objetivo principal es mejorar el acceso de las personas y comunidades por medio de la implementación de unidades de justicia vecinal. Estas promueven la solución de conflictos locales o comunitarios a través de diversas vías, ya sea al interior de estas propias unidades o buscando mecanismos eficientes de deliberación cuando el conflicto supera a la competencia de estas unidades. Con esto lo que se espera es disminuir las barreras de entrada que impone la justicia tradicional a la solución de esta clase de conflicto. De sistema, durante el 2010 se ha desarrollado la implementación en cuatro comunas a manera de proyecto piloto: Paine, Cerrillos, Macul y Renca, todas de la región metropolitana.

Uno de los principales ejes que tiene esta implementación es, por supuesto, buscar la atención de todos los usuarios que lo requieran. Aquí se tratan distintos conflictos como son, por ejemplo, los derivados de arrendamiento, materias de copropiedad, servidumbre, ruidos y olores molestos, tenencia de mascotas, bienes comunes de uso público, situaciones referidas a aseo y ornato, cobro de deudas entre vecinos. Pueden parecer problemas menores, pero muchas veces están a la base de las causas que escalan la violencia, precisamente, entre vecinos. Se establece además en estos ejes un sistema multipuertas, es decir, cuando los usuarios se acercan a estas unidades vecinales se les ofrece una serie de alternativas y distintas vías de solución donde se empodera al usuario para que él mismo decida cuál alternativa escoger. Hay un acercamiento territorial también, pues estas unidades vecinales se insertan en las mismas comunas, en lugares estratégicamente planificados de fácil acceso. Por cierto también se ofrece una amplia cobertura, no discriminando por niveles socioeconómicos. Lo importante es que se busca actualmente poder levantar la información suficiente para llevar su implementación este año a una política de nivel nacional.

Hay experiencia comparada en otros países en Europa, Estados Unidos y América Latina también. Pero no hay una buena sistematización de estas experiencias, lo que ha llevado a la decisión de una implementación gradual.

Otro aspecto también relevante del acceso a la justicia es el proceso de homologación que se encuentran realizando las corporaciones de asistencia judicial. Estas dependen del Ministerio de Justicia y tienen como principal función proveer de asistencia jurídica a personas que no cuentan con los recursos suficientes para contratar servicios jurídicos profesionales. Actualmente, estas corporaciones básicamente se dedican a competencias en materias civiles y de justicia de familia. Sin embargo, existen cuatro corporaciones distribuidas a lo largo del país que toman grupos de estudiantes de derecho en las regiones, con criterios bastante disimiles, y eso afecta un trato igualitario porque la calidad el servicio proveído por estas corporaciones depende de la zona donde se encuentre la población usuaria o beneficiaria.

Por eso, dentro de este proceso de homologar la actuación de las corporaciones de asistencia judicial se ha establecido un manual único obligatorio y un protocolo de manera que se utilicen los mismos criterios al momento de saber si cuando los estudiantes de derecho que realizan su práctica profesional en estas corporaciones están o no capacitados para representar en una audiencia a la ciudadanía, porque esto afecta al principio de igualdad. Además se establecen criterios para la derivación de las corporaciones cuando no son competentes para poder resolver por completo los casos.

Un tercer punto referido al acceso a la justicia es el proceso de mediación familiar. Hace un tiempo se estableció, como un proceso previo y obligatorio para determinados conflictos familiares, recurrir al sistema de mediación con la finalidad de solucionar el conflicto sin necesidad de judicializarlo. Dentro de los ejes que marcan la mediación familiar está el acceso gratuito a la mediación, trámite previo y obligatorio básicamente relacionado con materias de alimentos, cuidado de los hijos, tuición y la relación directa y regular que tienen que tener los padres cuando no ejercen ese cuidado. Se les asegura la gratuidad como una regla general y se evalúa la procedencia en todos los casos, una vez que están definidos previamente por la ley y el reglamento. Con esa finalidad se hace una evaluación socioeconómica y se consideran una multiplicidad de factores, no solamente de orden económico, entre ellos la pertenencia a una etnia indígena, antecedentes anteriores de violencia intrafamiliar, casos especiales para adultos mayores, y jefes y jefas de hogar monoparentales.

En cuanto a la prestación de los servicios, en los casos de mediación se establece como principio básico la igualdad de condiciones de las partes para poder negociar entre ellas y adoptar acuerdos que puedan sustentarse a lo largo del tiempo. Para garantizar esto, el mediador debe evaluar constantemente y tomar las medidas pertinentes para corregir una eventual desigualdad. Por eso, por ejemplo, si el mediador advierte antecedentes de violencia intrafamiliar que impide que haya una posición igualitaria entre las partes para llegar a acuerdo, no es procedente continuar con la mediación porque no se asegura la legitimidad de ese acuerdo por más que intervenga el mediador.

Por razones de tiempo solo quisiera nombrar otras medidas que han influido también en el fortalecimiento del acceso a la justicia, particularmente a través de las experiencias de dos defensorías. Una de larga data, más de diez años, la Defensoría Penal Pública que toma una competencia que anteriormente tenían las corporaciones de asistencia judicial. En efecto, las personas que no contaban con recursos para enfrentar un proceso penal eran asistidas por las corporaciones de asistencia judicial. El problema que tenemos en nuestro país es que, como ya había esbozado anteriormente, este servicio es proveído por estudiantes de derecho -no por abogados- que se encuentran realizando su práctica profesional. La Defensoría Penal Pública toma la competencia entonces en materia penal y se provee un staff de abogados que puedan sostener una defensa de calidad. Lo mismo

ha pasado hace poco tiempo con la Defensoría Laboral, es decir, proporcionar a los trabajadores una defensa de calidad donde claramente en el sistema procesal en materia de conflictos laborales hay una relación de desigualdad entre el empleado y el empleador. Por eso, se busca fortalecer mediante esta defensoría y restablecer dicha igualdad.

Ahora bien, me gustaría referirme más en detalle a los grupos que históricamente han sido discriminados. Quisiera comenzar con las medidas y acciones que se están llevando a cabo respecto a lo que es la población penal, población penitenciaria privada de libertad, pero también algunas medidas para la población que cumple medidas alternativas. Cuando uno enfrenta estos temas, claramente no existen dos lecturas respecto al diagnóstico que hoy día se puede tener sobre nuestro sistema penitenciario. Históricamente este grupo de personas ha estado en condiciones por debajo de los estándares mínimos de dignidad y respeto de los derechos humanos. En los últimos años, el nivel de hacinamiento en la población penal nos ha llevado con que nos encontremos con un 60% de sobrepoblación a nivel nacional y, en algunos establecimientos penitenciarios el nivel de hacinamiento es superior al 100%, es decir, el doble de la capacidad del recinto. Acá hay una paradoja, una de las causas que explica el nivel de hacinamiento es el éxito que ha tenido la reforma procesal penal instalada hace diez años en nuestro país. Es un sistema eficaz, rápido y legitimado pero que obviamente ha traído como consecuencia el aumento en el número de condenas, provocando un aumento explosivo de nuestra población penal. Hoy tenemos 55.000 personas aproximadamente que se encuentran privadas de libertad. Sin embargo, como decía, históricamente ha habido un déficit en cuanto al respeto y la dignidad. Lo que sucede es que hoy en día está agravado por esta expansión de la población.

Quizás la mejor manera de explicar o ejemplificar cómo ha sido discriminada esta población (pido disculpas por ser autorreferente pero es un buen ejemplo) es el nombre que lleva la división que dirijo y que está a cargo del sistema penitenciario, la División de Defensa Social. ¿Por qué menciono esto? Porque la teoría de la defensa social es una teoría criminológica de finales del siglo XIX que aborda el fenómeno de la delincuencia desde la perspectiva del positivismo italiano. ¿Qué significa esto? Que la delincuencia y el delincuente, en ese entonces, eran considerados como un agente patógeno que contaminaba y enfermaba a la sociedad, y esta tenía que proveerse de mecanismos que pudieran atacar las causas de esta enfermedad. Desde la relación médico-paciente, donde la persona debe ser habilitada, se ve al delincuente como alguien que es enemigo de la sociedad. Hoy el enfoque es distinto en materia de reinserción. En esto Chile y otros países de América Latina tienen el desafío cultural importante de concebir el proceso de reinserción no como algo que necesariamente va a operar desde un organismo del Estado versus la persona condenada, sino que tiene que comprometer a toda la sociedad porque es corresponsable de un proceso de reinserción efectivo respecto de una persona que ha sido condenada. Un ejemplo de ello es la amplia aceptación que ha tenido en otros países penas como las prestaciones de servicios

en beneficio de la comunidad, que hoy en Chile están en etapa germinal. En estas penas, es la propia sociedad la que participa del proceso de inserción y se ve beneficiada con su cumplimiento, y también participa en la ejecución de esta pena. Por lo tanto, si hay un fracaso en la reinserción, que en términos muy sencillos se trata de reincidencia, no solo hay un fracaso de la propia persona, sino también de la sociedad. Este es un desafío bastante importante, por algo que comentare en minutos, de instalar esta pena a nivel general en nuestro país.

Ahora bien, las condiciones de encierro obviamente son bastante deficitarias y ya el año pasado el Ministerio estableció un plan de once medidas que no pretendían solucionar de raíz el problema penitenciario, sino simplemente establecer estándares mínimos de corto plazo que podrían resolver, en alguna medida, la situación de las personas que se encontraban cumpliendo las penas. Dentro de estas medidas cabe destacar, por ejemplo, mejoras en los procedimientos de registro corporal a las personas privadas de libertad. Se establecieron protocolos para que personal del mismo género efectuara los registros tratándose de un hombre o mujer condenada, reduciendo al máximo posible el control físico en este registro y posibilitando el uso de nuevas tecnologías que lo disminuyen. También se ha avanzado en la capacitación de los funcionarios de gendarmería para poder realizar bien estos registros.

Otra de las medidas dice relación con mejorar el sistema de visitas que hacen familiares a los establecimientos penales y las dependencias donde se realizan las visitas. Les comento por ejemplo que si una visita tiene derecho a estar tres horas en el establecimiento, normalmente en los procedimientos de registro, tanto al ingreso como al egreso, ocupan cerca de hora y media o dos horas. Por lo tanto, dispone de menos del 50% del tiempo para estar con la persona que visita. Por lo tanto, uno de los elementos que pretende abordar este plan es mejorar los tiempos y mejorar las dependencias en infraestructura para no demorar en este tipo de procedimientos.

Quizás una medida importante es el fortalecimiento del trabajo al interior de las cárceles. Naturalmente por temas de infraestructura, hoy es bastante difícil pensar que en todos los establecimientos penales se pueden desarrollar actividades de reinserción laboral. Sin embargo, este año se publicó hace un par de meses un nuevo estatuto para regular el trabajo dentro de los establecimientos penales y se allí establecen derechos laborales mínimos que no estaban regulados. Por ejemplo, todo interno que trabaja tiene derecho a la remuneración. Se aplican los mismos derechos laborales, con las limitaciones propias de la seguridad, del sistema de previsión y de remuneraciones, no distinguiendo por su calidad jurídica, el tipo de delito y el tiempo de condena que tenga la persona, que era lo que sucedía hasta hace algunos años atrás.

Existen otro tipo de medidas que tienen impacto como, por ejemplo, que las condenas se terminan de cumplir a las doce de la noche, y gendarmería liberada a esa hora a la persona quedando esta fuera de la cárcel sin ningún tipo de dinero para

la locomoción. Obviamente ahí se mejoraron los procedimientos y se conversa con las familias previamente para ver el mejor horario con el consentimiento de los internos.

Otra medida que vale la pena destacar es la implementación de trabajos comunitarios. Básicamente, lo que se propone en un proyecto que actualmente está en tramitación en el Congreso es cambiar lo que hoy sucede en materia de multas con el sistema penal. En Chile, a la persona que no tiene dinero para pagarla o simplemente no la paga se le aplica un sistema proporcional según la cantidad de dinero que debe por días de privación de libertad. Actualmente tenemos cerca de 3 mil personas privadas de libertad por esta causa. Claramente esa es una norma discriminatoria, si bien hay una pequeña acepción que puede atender las dificultades económicas de la persona, en la práctica no tiene una mayor operatividad. Por lo tanto, se propone reemplazar este sistema por trabajos comunitarios. Si la persona no es capaz de cumplir con un sistema de multa y con otros parámetros que la pueden eximir de pagarla, en vez de la reclusión tiene la opción de prestar servicios comunitarios.

Si ya la población penal es una población que históricamente ha sufrido discriminación, el caso de las mujeres privadas de libertad es quizás más grave aún. Todos los modelos de intervención y la infraestructura penitenciaria han sido considerados desde el punto de vista del hombre. No había programas de intervención con enfoque de género. Otro dato bastante interesante es que las mujeres tienen, mayormente, menores visitas en comparación a los hombres. En fin, hay una serie de aspectos que claramente demuestran estas desventajas. ¿Por qué explico esto? Porque se está tramitando a través del congreso una ley de indulto general para mujeres privadas de libertad bajo ciertos requisitos de condena y delitos. Aunque es una medida temporal que beneficiará únicamente a un grupo de personas, permite sentar el trabajo con más espacio para el resto de las mujeres que continúan privadas de libertad.

En el caso de las mujeres que sufren violencia intrafamiliar, que también es un aspecto que destaca el Informe de Derechos Humanos de 2010, un gran avance que vale la pena destacar es la modificación de la norma de parricidio donde se inserta el femicidio que refiere a la muerte de una mujer en manos de su pareja. Hay un par de medidas que me gustaría destacar; una de ellas es que se encuentra en desarrollo piloto, en el Ministerio de Justicia en conjunto a gendarmería, una intervención especializada para agresores de violencia intrafamiliar. Es un programa piloto que está en cuatro regiones y lo ideal es expandirlo. Otra, que el Instituto ha realizado bastante, es que existen medidas de protección para de las víctimas de este tipo de violencia.

Se está discutiendo aplicar la tecnología disponible para controlar a los agresores sexuales y agresores de violencia intrafamiliar mediante el uso de dispositivos electrónicos que permitan controlar efectivamente la medida de protección

como la prohibición de acercarse a la víctima, al lugar donde ella vive, trabaja o estudia. Hoy en día en Chile tenemos un problema de efectividad de estas medidas; los tribunales las disponen pero no es posible asegurar su cumplimiento pudiendo reaccionar rápidamente. Por lo tanto, la posibilidad de implementar estas tecnologías permite tener mayor control.

Voy a referirme rápidamente a los otros grupos que había mencionado. En el caso de los niños, niñas y adolescentes, Chile tiene un desafío observado varias veces por organismos internacionales que es el separar el tratamiento que tiene en cuanto a política pública. Por un lado, las niñas, niños y adolescentes que están en una situación de vulneración de sus derechos, es decir, a través de la protección de los derechos de estos niños. Por otro lado, lo que es la justicia juvenil, los infractores jóvenes a la ley penal. Hoy solo tenemos un solo servicio, SENAME, que en una situación casi esquizofrénica tiene que velar por estos dos aspectos. Un ejemplo, hace unos meses atrás en Valparaíso un alumno agredió a otro alumno y lo apuñaló. El SENAME se vio en la obligación de querellarse contra el agresor. Sin embargo, es el mismo servicio que por un lado tiene que proteger a la víctima, y por otro, tiene que ejecutar una posible sanción al agresor. Eso no se condice con lo que se recomienda en la experiencia internacional, que es contar con organismos especializados. Ya estamos trabajando en un proyecto de ley para separar estas vías.

Para concluir, en relación a la política indígena y a los pueblos originarios, se han impulsado diversas acciones tendientes, básicamente, a difundir y capacitar a los distintos funcionarios que intervienen – Gendarmería, SENAME - en el conocimiento de la interculturalidad y la visión indígena al interior tanto de los centros juveniles como de los establecimientos penitenciarios donde se han dado facilidades para realizar, por ejemplo, conmemoraciones importantes como el año nuevo mapuche. Se han logrado acuerdos de protocolo para que, en enfermedades de larga data, las enfermerías de estos establecimientos puedan redistribuir la orientación de la cama en orientación al sur y a los puntos cardinales porque precisamente forma parte de la cultura y la cosmovisión de los pueblos indígenas. En ese sentido ha habido bastantes avances en cuanto a protocolos.

Lamentablemente el tiempo es escaso pero quería mostrarles un poco cómo desde el punto de vista de la División de Defensa Social en temas penitenciarios y de justicia juvenil y protección de derechos se está intentando avanzar aunque claramente hay mucho por hacer. Se destacaba anteriormente las recomendaciones que han sido aceptadas por el Estado en un camino bastante largo pero hay una serie de medidas que están siendo desarrolladas por el Estado y me interesa recalcar, como había señalado anteriormente, que esto significa en muchos casos un desafío cultural para comprometer a la sociedad y que no sea el Estado, que desde una posición unilateral, avance hacia estas materias.

## **Igualdad real: legislación y medidas especiales en Chile desde la perspectiva del Poder Legislativo.**

### **Guido Girardi, Presidente del Senado**

Hablar de discriminación es un tema complejo. Creo que uno no puede mirar y enfrentar este problema si no es desde un contexto más global. No es un problema de la provincia de Chile, es un problema planetario y se sustenta en el modo y la cultura que ha marcado nuestras vidas y nuestra convivencia. Para mí, la discriminación se funda en la forma de civilización a la cual nosotros pertenecemos. Esa civilización es la occidentalización, que está estructurada en una forma mundial de desigualdad y de discriminación. Voy a plantear el por qué. Primero desde el punto de vista de los valores que promueve nuestra globalización.

Nuestra globalización ha proveído desde un buen tiempo, y estamos viviendo su clímax, un mundo donde el único valor positivo es el individualismo. El discurso público y privado, de una parte importante del país, es que lo único que vale para construir futuro y construir calidad de vida es, justamente, la capacidad propia y la fuerza individual. Hay una suerte de privatización sistemática a nivel global de “las responsabilidades públicas”. La señal que se da, de forma cada vez más sistemática y permanente, es que hay que preocuparse de lo privado porque el que se preocupa de lo público pierde el tiempo y evidentemente eso está generando un cuestionamiento a las tramas y redes de lo público. En parte, la gran crisis de la política, la razón de que los jóvenes no están en política, es porque han sido objeto también de la promoción de un discurso donde hay un cuestionamiento global a ir más allá de sí mismos. Esto ha generado una ruptura total con las redes tradicionales de solidaridad.

El individualismo compone una visión donde nadie se pone en el lugar del otro, nadie se hace cargo de las soledades del otro; es una forma de ver el mundo respecto a mí mismo, y no respecto a lo que podríamos llamar bien común o el respeto por el otro. La dimensión extrema de esta situación es lo que pasa con La Polar. En La Polar puede haber muchas cosas, pero finalmente hay un desprecio absoluto y total por las personas: da lo mismo la gente, da lo mismo su sufrimiento, porque en ningún momento existe la capacidad de ponerse en el lugar del otro.

La reflexión sobre la emergencia de un mundo más empático es fundamental; pienso que en el mundo hay una contra reacción a esos fundamentos que están en el origen de las formas discriminatorias y de desigualdades, que tiene que ver con que hay una parte de la sociedad, fundamentalmente más joven, que no quiere vivir en un mundo sin dignidad. No se quiere vivir en un mundo marcado solo por el individualismo, la soledad, por el yo y mis propias circunstancias y refugiarme solo en mi espacio, a lo mejor, familiar. Hoy día, creo que hay una necesidad de

libertad y autonomía y fundamentalmente de colaboración que vuelve a emerger. Si se ven los elementos que están marcando, por ejemplo, al movimiento árabe, se está haciendo por fuera de toda estructura orgánica y tradicional, pero hay un anhelo libertario. Esa es una cadena increíble: un joven informático, que queda cesante y decide inmolarse porque quiere una vida digna, genera un efecto que ya ha derrumbado dictadores y creo va a ser un elemento más central.

Pero, ¿cuál es la tensión? Es, por un lado, la búsqueda del altruismo, de la solidaridad, la búsqueda por la empatía, el hacerse cargo del otro y, y por otro, una cultura totalmente excluyente, totalmente discriminadora que ha llevado a construir un mundo de desigualdades. Chile es el país más desigual del planeta. Si uno mira la distribución del ingreso, el 10% más pobre en Chile recibe 40 veces menos que 10% más rico. En Francia y en Europa esa diferencia es solo de siete veces. Pero a nivel global, a nivel planetario, esas desigualdades son inmensas. Un tercio de la población mundial no tiene acceso a consumir agua y no consume energía. Estados Unidos consume catorce mil kilowatt hora por año en promedio por persona y en Chile 2500. O sea, hay una desigualdad estructural en el mundo que es una verdadera amenaza a la vida del planeta.

Hay un segundo aspecto que me parece interesante señalar, que ya apuntó nuestra compañera boliviana. Ella ha hablado de una sociedad laica. Yo creo que estamos en un gran problema porque tenemos una humanidad, para mí un planeta, que está siendo rehén y víctima de las ideologías monoteístas. Aquí hay una expresión del mundo monoteísta, de las religiones monoteístas, que es muy complejo, en primer lugar porque es una visión antropocéntrica. El hombre es centro del mundo, el ser humano o la especie humana es la única especie importante. Una especie que se eleva a una dimensión divina que pierde toda relación y vínculo con el resto de los seres vivos. Que pierde la relación de su historia evolutiva y su hermandad con el resto de los seres vivos. Que pierde la posibilidad de conectarse y saberse parte de una evolución y maravillosa historia de la vida, hasta el punto de que finalmente genera una total y absoluta discriminación al resto de la vida y no da cuenta de que somos resultado de un proceso muy particular y sorprendente, más allá de la visión que cada cual tenga respecto de ella desde la mirada espiritual o religiosa. Eso está generando una ruptura en la historia de la vida donde nosotros estamos destruyendo el planeta. El ser humano se está transformando en una especie de epidemia porque está ocupando todos los nichos ecológicos.

Además, esto tiene otras aristas. La visión monoteísta sostiene una supremacía de la especie asociada a una visión de un Dios hombre y que, a través de ese Dios hombre, nosotros tenemos el mandato de gobernar la naturaleza y someterla. O sea, hay un tema ahí que me parece muy profundo. Mientras mantengamos esa historia, lo que está en la base de esas concepciones es una visión tremendamente materialista: aquella visión que niega la posibilidad de una espiritualidad libre y natural que reconoce tu pertenencia a una historia de la vida. Yo, por lo menos, a mis hijos siempre les digo que sus ancestros son las bacterias que poblaron este

planeta por cuatro mil millones de años. Que nosotros somos unos recién llegados porque tenemos solo siete millones de años; y somos unos recién llegados voraces, con una gran capacidad destructora y una ausencia total de empatía. Entonces, me parece muy bien poner en el centro del debate a la ética del hombre. Yo estoy de acuerdo en que nosotros hemos sido una cultura que ha defendido y sostenido de manera radical los derechos humanos porque tenemos una ética del hombre. Pero también nuestro mundo, y el de la izquierda, es totalmente desarrollista y frente a los desafíos del futuro las izquierdas y las derechas son iguales. Ambas antropocéntricas. No existe lo que llamo la ética de la vida, el respeto a los seres vivos. Eso tiene mucho que ver con la historia de la humanidad, nuestra historia, particularmente en una última etapa completamente racionalista y compartimentalizada. La compartimentalización siempre produce ceguera: ver el mundo desde una especialización, no entender que los procesos son sistémicos y que el mundo es complejo.

La falta de complejidad también tiene que ver con una cierta mirada valórica del contexto y de cómo se desarrolla la vida. Hoy día tiene que emerger, y está emergiendo, una sociedad compleja, un mundo complejo que deje atrás los instrumentos lineales del siglo XX, donde las ideologías nos quisieron enclaustrar en una visión del mundo compartimentalizada y cartesiana. El mundo no es compartimentalizado, no es cartesiano, está unido. Entonces, ¿cómo uno puede explicar la complejidad? Yo siempre digo que el cuerpo humano es complejo porque uno piensa que lo más importante es el cerebro o el riñón. Pero si colapsa el linfocito T, que es invisible, el sistema se muere, no hay jerarquía. En la vida de la tierra, las micro algas son las que producen oxígeno: cuando captan el CO<sub>2</sub> producen el sulfodimetilo que permite que cuando el sol calienta la tierra, se evapore el agua y se formen nubes. Si no se forman nubes nos estaríamos achicharrando. Así, las micro algas son mucho más importantes que los seres humanos para la preservación de la vida. Entonces, si se reducen las micro algas como está ocurriendo, que disminuyen a razón de un 1% por año, no habrá vida en el planeta. No existiremos nosotros, como especie, y eso tiene que ver con una cosmovisión. No quiero profundizar en eso, pero en mi opinión la occidentalización sustentada en una cosmovisión monoteísta, particularmente la influencia de la cultura cristiana que no se diferencia mucho de la cultura musulmana representada en Mahoma, tiene al mundo en situación de colapso por su visión tremendamente materialista.

Entonces, ese es el mundo que tenemos. ¿Cómo lo enfrentamos? Es complejo, porque creo que tenemos que re globalizar el planeta. Tenemos que volver a ser ciudadanos todos de un mismo planeta. ¿Por qué vamos a marcar diferencias en función de un territorio, de una patria, de una frontera? Hay un filósofo francés (yo soy amigo de él y lo hemos traído a Chile) maravilloso que se llama Edgar Morin, que escribió en los años ochenta que el mundo se llama tierra patria. Nuestra patria es el planeta, somos ciudadanos del planeta. El hecho de ser seres humanos o ser seres vivos nos consagra un conjunto de derechos. Nosotros exterminamos

los derechos de los otros seres vivos, pero incluso los propios derechos que tienen las personas en cuanto tales, más allá de cualquier característica, están siendo cuestionados en función de cuestiones territoriales, religiosas, sociales, de opciones, etc.

Entonces, para mí, hay un tema anterior. El mundo no va a cambiar si no hay una reflexión más sustantiva acerca de cómo construir un planeta distinto sustentado en valores distintos. Creo que lo que estamos viviendo es la lucha entre dos visiones civilizatorias. Una, que nos tiene dominados y de la que somos rehenes: la cultura del neoliberalismo, del individualismo, de estas visiones que promueven valores que vienen de convicciones monoteístas. Otra, la emergencia de otra civilización que llamo empática, la civilización altruista, la civilización que quiere poner por delante los temas de cooperación, las nuevas solidaridades y la construcción de redes.

Ahora, respecto a nuestro país, les puedo contar una anécdota que me tocó vivir. Fui dirigente estudiantil. Fui presidente de los centros de estudiantes de medicina, luchamos por libertades y contra la dictadura. Esa fue una lucha contra la desigualdad, pero también una lucha contra la discriminación de aquellos que pretendían que su visión era la visión justa, la visión correcta y que en nombre de ella se justificaba el exterminio de los que pensaban distinto. Por eso, y este es un tema que ha estado en la base de todo debate, en nuestro país se violaron los derechos humanos porque había un germen de intolerancia – que es planetario – pero que ha existido siempre.

Les quiero poner un ejemplo. Nosotros tenemos una historia negra en Chile. Es evidente que la violación a los derechos humanos de Pinochet fue brutal, pero al menos hubo una comisión Rettig y hubo investigaciones. No hace mucho tiempo, hace casi cien años no más, en Chile se vivió uno de los más brutales genocidios que quedaron en la oscuridad y vacío total que no ha sido reivindicado por nadie, ni institución alguna: la desaparición del pueblo Ona. En Tierra del Fuego, en 1883, se le otorgan concesiones de tierra a extranjeros que se suponía venían a Chile con sus valores nuevos y eran un aporte a la construcción de nuestra nacionalidad. Italianos, escoceses, yugoslavos, franceses y otros. Se dice que en ese tiempo había cinco mil onas, pero en verdad eran cerca de diez mil. En 1920 no quedaba ni uno, habían sido asesinados todos. Se pagaba una libra por los testículos de los hombres, una libra por los senos de las mujeres y media libra por cada oreja de niño. Además, en la isla Dawson había una institución religiosa que tenía una especie de casa de reclusión para juntarlos y después matarlos. Entonces de esa manera también se escribió la historia de Chile y eso está en el olvido. A nosotros nos gusta mucho celebrar; estamos celebrando los 200 años del Congreso Nacional, el bicentenario de la patria. Resaltamos a los héroes. A O'Higgins, que fue un libertador. A Andrés Bello, que hizo el código civil. Pero hay una historia de nuestro país que tendemos a no hacernos cargo de ella.

Podríamos hacer patente la misma historia con lo que le está pasando al pueblo mapuche. Forma parte de una situación que, lamentablemente, no es terapéutica; porque no hacerla visible no genera terapia, no genera terapia viva, es historia negra invisible, oculta. Suelo decir que este es un desafío de la sociedad y los parlamentarios tienen que hacer ese trabajo. Nosotros lo hemos intentado hacer, pero siento que es como cazar con postones y tratar de detener una tormenta con un postón no sirve. Esto supone una cultura y una conciencia ciudadana de mucho mayor envergadura.

Les puedo dar ejemplos de lo que a mí me tocó vivir. En el año noventa, empieza el tema del SIDA y viene toda una acción discriminatoria hacia quienes convivían con el VIH porque estaban asociados a ser homosexuales. Me acuerdo que era el momento de la lucha por extender el uso del condón para proteger la vida de las personas. Y hubo una arremetida brutal de los sectores conservadores y de la Iglesia para que no se usara el condón. La iglesia, además de prohibir que se pasara por los canales una campaña de prevención del SIDA, sacó una campaña propia que decía “no use condón porque no es 100% seguro”. Una vez mostré un condón por la televisión y dije que era un pedazo de látex al que le temen, y este pedazo de látex puede salvar vidas. Ustedes no se imaginan la controversia que eso generó. Se habló de crisis moral, dijeron que había que excomulgarme. Yo dije que ya me había auto excomulgado hace mucho tiempo. Viera-Gallo, que en ese tiempo era militante del PPD, me denunció a la comisión política. Esa historia es una historia no resuelta porque sigue viva.

En el año 94 yo era recién diputado y se me ocurrió plantear que había que darles derecho pleno a los homosexuales. Se lo dije a una periodista, Viviana Candia, quien de pasada me pregunta qué opinaba de los homosexuales. Respondí que si uno consideraba que los homosexuales son seres humanos, cuentan con derechos plenos como cualquier otro. ¿Cuáles?, me dice. Y contesto, derecho a casarse, derecho a adoptar y a tener hijos. Al día siguiente fue el titular de La Segunda, en grande. Además le habían preguntado a Correa otras cosas y él dijo que había que legalizar la marihuana; quedamos como los desquiciados de la izquierda. Esto significó una semana de arremetidas, porque en la sociedad chilena había una actitud muy agresiva. Yo salía a la calle y me decían en Cerro Navia, la comuna donde había sacado 69% de los votos, “doctor, a usted lo queremos, pero a los huecos no”. Creo que esto ha cambiado y se han construido espacios, porque hoy no sigue esa discriminación. Pero sigue presente en la sociedad chilena, particularmente en su elite, una visión completamente segregadora. O sea, para mí es increíble que Carlos Larraín haya podido decir que ser homosexual es equivalente a practicar la zoofilia, eso es increíble. Pero ¿saben lo que yo pienso? Que hay una parte de la derecha que piensa eso y a Carlos Larraín lo respeto porque es una derecha que dice lo que piensa, que no es políticamente correcta, pero esa es la opinión de la parte más importante del mundo conservador en Chile. Lo que pasa es que hay unos que no dicen lo que piensan.

Tiempo atrás presentamos con Alejandro Navarro un proyecto de ley para eliminar la discriminación por estatura, pero no pudimos avanzar porque se exige para entrar al Ejército, incluso a gendarmería, 1,58 cm en la mujer y 1,65 cm en los hombres. Presentamos recursos de protección y los perdimos. ¿A quién se está discriminando? Obviamente es un problema racial, porque nuestros pueblos originarios, aunque tengan un buen régimen alimenticio, tienen una estatura diferente, menor en promedio al resto.

También habíamos presentado un proyecto de ley, junto a Fulvio Rossi e Isabel Allende, sobre matrimonio homosexual. Los que se oponen al matrimonio homosexual finalmente lo hacen porque tienen un fundamento: piensan que los homosexuales son infrahumanos, que no son seres humanos completos y por eso hay que conculcarles, cancelarles, alguno de sus derechos.

Otro proyecto de ley sobre discriminación laboral que hice hace muchos años buscaba evitar cualquier discriminación laboral fundada en sexo, opción sexual, estado civil, etc.; y, además, dice no se podrá exigir a ninguna persona que acompañe su foto junto a sus antecedentes personales o que se exija buena presencia. Para comprobar cómo estamos, hoy día me metí al computador a buscar y en los avisos laborales, en todos o en la mayoría, piden todavía buena presencia, buena voz, etc. Eso es parte del país que tenemos y creo que no estoy revelando nada, estamos todos conscientes de eso.

Para que decir en el tema de la ISAPRES. Voté contra el AUGE del Presidente Ricardo Lagos porque sabíamos que no tendría fondo solidario y dijimos que, si no existía, el AUGE era una mentira e iba a terminar siendo una forma de seguir pasándole fondos a los privados. Porque vas al hospital y no hay anestecista porque no hay plata y no hay traumatólogo, etc. ¿Qué se hace?, se le pasa a los privados con una forma de privatización encubierta. Más encima, se había aprobado una ley de ISAPRES en que se decía que se iban a resolver todos los problemas y miren en donde estamos. Las ISAPRES discriminan enfermos. Nosotros tenemos información que es brutal. Si hay a alguien a quien no se puede discriminar es al enfermo, ¿estamos de acuerdo? Al débil, al que está postrado, no se lo puede discriminar, es como discriminar al discapacitado. Y eso es lo que hacen las ISAPRES con las preexistencias, castigan a la persona que tiene una enfermedad. ¿Cómo puede hacer eso una institución de salud? Además, establecen esas tablas de factores de riesgo que esperan que la sociedad chilena legalice completamente con el silencio cómplice de todos. Que se pueda discriminar a los niños, al embarazo, a la mujer embarazada, hay hasta “planes sin útero” más baratos. Se puede discriminar al más viejo, eso es pan de cada día. Presentamos un proyecto de ley sobre las ISAPRES, pero no sirvió de mucho.

Años atrás presentamos un proyecto de ley sobre discapacidad y sirvió de base para la comisión de discapacidad que se organizó, pero todavía es un tema

pendiente. Hemos avanzado un poco más y me felicito respecto a eso porque me parece muy importante.

Luego, presentamos con Alejandro Navarro un proyecto para prohibir que se aplicara la ley antiterrorista en las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Muchos que dicen oponerse a la aplicación de esa ley votaron en contra de nuestro proyecto. Hace cuatro meses, como Presidente del Senado, fui a ver a los cuatro comuneros mapuche porque nadie los tomaba en cuenta; claro, no estaban en la parte crítica de la huelga, llevaban 50 días. Entonces, les quiero contar el testimonio de esas personas porque creo que muestra una realidad que no vemos y que explica la rabia, la desazón, la frustración de ser parte de esta comunidad. Ellos habían sido condenados porque quemaron unos pastizales y se les ocurrió atacar a una caravana de autos en que -lamentablemente para ellos- venía el fiscal. Yo estoy seguro que no sabían que estaba el fiscal adentro; lo apedrearon y salió magullado; se agarraron a pedrazos y luego balazos para acá, escopetazos para allá. Los condenaron a 105 años, luego les rebajaron la pena a 25-30 años con testigos encubiertos. Indigna la asimetría, porque no mataron a nadie.

Mendoza Collio es un joven de 19 años que murió en esos episodios. Está completamente documentado que fue asesinado por la espalda y que estaba desarmado. Para sus asesinos no hubo ni un solo día en la cárcel. El agravante de este caso es que la fiscalía hizo una investigación. ¿Saben cuál fue la explicación del fiscal militar? Que no había mérito.

Mientras estas cosas pasen en Chile, es muy difícil lograr cambios profundos. Chile es el paraíso de la violación de los derechos humanos. El país ha sido condenado por violar los derechos humanos al aplicar la ley antiterrorista. Aquí los que hablan contra el aborto y a favor de la vida han sido los principales violadores de la vida. Y de cuál vida, porque respecto a los otros seres vivos ni siquiera hay una reflexión. Por eso esta mirada antropocéntrica es muy perversa. Porque por último impide hacer una terapia.

Las niñas de Vitacura tienen las mismas características sexuales, la misma conducta sexual que tienen todas las niñas. Pero si uno compara a las menores de 18 años de Vitacura con las mismas niñas de Cerro Navia o Pudahuel, ve que en las primeras el embarazo tiene una prevalencia de solo 2% y de 25% en las segundas. La diferencia es que en unas está completamente "viabilizado" la píldora del día después y el aborto mientras en las otras no. Esas situaciones son tremendamente anómalas.

¿Por qué hablé de estos proyectos de ley? Porque ninguno ha funcionado. Hay que hacer un cambio profundo porque no basta con presentar proyectos de ley, eso no resuelve el problema, hay que hacer asociaciones entre la ciudadanía y la política. Hay que ser socios.

He trabajado mucho con ambientalistas y hemos hecho en sociedad todos los proyectos de ley que hemos presentado. Y funcionan porque hay una presión ciudadana que permite ir avanzando. Pienso que nosotros debiéramos obligar a todos los parlamentarios a presentar iniciativas populares de ley. Yo creo que la democracia representativa es importante -de hecho los dictadores lo primero que hacen es terminar con los parlamentos- pero no basta, hay que complementarla con una democracia participativa. Hoy día la institucionalidad no es suficiente para comprender la emergencia de una nueva ciudadanía de la empatía, cuando se quebraron los instrumentos tradicionales de la participación y hay que escoger otros que no sean los lineales y cartesianos de antes, sino que sean complejos como lo es el mundo.

Tenemos que recomponer la urgencia de que en Chile se tenga ley de plebiscitos, ley de primarias, ley de iniciativa popular de ley; y que se elija democráticamente, popularmente, a los intendentes. Que la gente pueda participar de la elaboración de los presupuestos en sus comunas.

Si no cambiamos la trama y los ciudadanos sienten que no hay espacio, no van a tener ningún tipo de vínculo con lo democrático. A las personas no les permite construir ningún cambio, impulsar ningún cambio. Para qué decir el sistema binominal. Para qué decirles sobre la ley de los pacientes. Para qué hablar de otros temas que tienen que ver con la muerte digna y que tienen que ver con la vida propia, con las decisiones propias.

Lo que pasa es que en este país hay algunos que sienten que sus convicciones son las únicas que valen y todas las demás son basura. No solamente distintas, sino que hay que condenarlas y si nos pudieran perseguir, lo harían. ¿Cómo se resuelve esto? Creo que estamos en un momento crucial que no se va a resolver por nosotros, sino porque en el mundo hay una oleada que quiere reponer los espacios de dignidad, de colaboración, de empatía, de ponerse en el lugar del otro, de ponerse en el caso de la soledad existencial del que está al lado. Y si no, nos vamos a condenar todos porque el mundo se va a acabar, por lo menos para la especie humana, porque esta especie que es la más inteligente es también la más brutal y la más tonta de todas.

Un comentario más sobre el mundo que viene. Tenemos que reflexionar porque es otro mundo. Antes era la invención de la rueda o de la imprenta, ahora es la fabricación de la vida. Se construyó un ser vivo que no viene de la evolución. En un computador se programó un gen y se puede hacer un ser vivo de laboratorio hoy día. Eso no está en manos de la ciudadanía. Hay distintos laboratorios en el mundo que están controlando la inmortalidad a través de unas teloneras que impide el envejecimiento celular, están las clonaciones y la inteligencia artificial. Es una realidad y no es una ficción. No solo los expandidores de memoria que te ponen un chip, es la inteligencia artificial que nos va a superar a nosotros. El problema es que nuestra inteligencia se demoró siete millones de años del

mono a nosotros, de pasar de un cerebro de 400cc a un cerebro de 1500cc y al bipedismo, pues con la liberación de las manos se dio un desarrollo neuronal, la conciencia, el lenguaje y la integración de conceptos complejos. Hace solo veinte años un terabyte ocupaba un edificio completo; hoy se puede poner en la punta de un pelo. Esa velocidad arrolladora de la tecnología nos va a superar. Estamos construyendo un mundo que no tiene ninguna gobernabilidad por parte de los ciudadanos. La globalización está totalmente excedida y no se sabe quiénes van a controlar los genes y todos esos avances tecnológicos que pueden cambiar radicalmente la vida tal como la entendemos hoy. Y los problemas que tenemos ahora son mínimos frente a los problemas éticos que tendrá la humanidad del futuro, con el agravante de que la política y los ciudadanos, en este tema, están absolutamente divorciados, porque ni siquiera entendemos los supuestos en que se basan estos avances científicos y tecnológicos. Son temas sumamente complejos, pero en que ya se están tomando decisiones.

Yo digo: cuidado. Viene un mundo apasionante, pero es un mundo que sin gobernanza (no digo gobernar certezas del pasado). Esta posibilidad de gobernar la incertidumbre es maravillosa, pero si la sociedad no se pone de acuerdo y no se constituye en un actor, seremos prisioneros y rehenes de fuerzas todavía más poderosas y más brutales de las que hemos sido rehenes y prisioneros hasta ahora.

## PREGUNTAS AL PANEL

**Pregunta 1:** Dentro de los avances que se presentan en el Ministerio de Justicia, ¿cuáles son los que se están presentando para personas transexuales? ¿Se está usando dentro de los penales que se les llame por su nombre social? Por ejemplo, si es un hombre pero se viste y se siente como mujer, ¿se la trata como mujer? Además, ¿cuáles son los regímenes de visita del Ministerio para personas transexuales?

**Sebastián Valenzuela:** Hay un problema que está a la base y que no se resuelve en el corto plazo y es el problema de infraestructura. Eso perjudica más allá de lo que uno podría establecer hoy para diferenciación en materia penitenciaria en régimen de visita, en poder contar con espacios debidamente separados.

La infraestructura no permite cumplir con todas las normas para las personas que están en etapas procesales distintas, es decir, que las personas procesadas y las condenadas estén separadas. Desde lo más básico en este momento no tenemos esa infraestructura necesaria. Son dos las ideas para mitigar el problema. Por una parte, hacer un uso racional de la cárcel, como la conversión de multas. También hay una propuesta para las personas condenadas con penas menores a un año, de manera de diversificar y que la respuesta no sea únicamente la privación de libertad. Esto también significa un cambio cultural profundo. Por otro lado, está la construcción de cárceles. Sin perjuicio de que haya un mayor grado de racionalidad, no es posible solucionar el problema de hacinamiento. Eso no es fácil, todos sabemos la situación de Alhue por la decisión de construir allí una cárcel. Como dice el Ministro, nosotros no andamos en la posición de ofrecer bonos, andamos construyendo cárceles.

Ahora si me gustaría, a propósito de esta pregunta con la posible discriminación del mundo Trans, tocar un tema que nace como obligación de una ley que se originó en el gobierno anterior. Se publicó en marzo del año pasado la ley que moderniza gendarmería. Se incluyen, por primera vez, cursos en Derechos Humanos, que no estaban anteriormente. Hoy en día es una obligación para los funcionarios que quieren ascender en su carrera haber rendido exitosamente cursos de derechos humanos. Este año, en convenio con la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se han hecho cursos de capacitación tanto para directivos de SENAME como para personal de Gendarmería.

Otro punto relacionado con este aspecto es la especificidad y los modelos de intervención que se aplican. Esto lo relaciono tanto con el mundo Trans como con lo que hablamos de las mujeres privadas de libertad. La experiencia internacional indica que modelos de intervención de reinserción con apoyo psicosocial tienen que diferenciar de acuerdo a una serie de factores y obviamente uno de esos factores viene relacionado con estos temas. Eso hoy en día no está, nosotros estamos mirando bastante la experiencia comparada, estamos validando instrumentos de modelos de intervención básicamente provenientes de Inglaterra

y Canadá que son quienes consideran esta serie de factores. Es un proceso largo porque tienes que validar instrumentos a través de universidades que tienen la autoría intelectual de estos proyectos y esperamos, insisto, poder estar el próximo año aplicando medidas alternativas con quienes están privados de libertad.

**Pregunta 2:** ¿La convención CEDAW y el protocolo facultativo incluyen la identidad de género para las personas Trans?

**Sonia Montaña:** Cierto que lo que no se nombra no existe y el tema no está explícito en la CEDAW, inclusive asuntos como la violencia contra la mujer no estaban originalmente en la norma. Se ha evolucionado y el Comité hace recomendaciones que van en la línea del reconocimiento de visibilizar viejas formas de discriminación. Creo que lo que tenemos que pensar es que por ejemplo en la propia convención, como decía Cecilia, si uno apela a una lectura actualizada de los tratados de derechos humanos, no hay ninguna justificación para la discriminación de sexo, inclusive si no existiera la CEDAW. En ese sentido, podemos usar la norma mínima de derechos humanos para la defensa de los nuevos aspectos. Sin embargo, creo que tenemos que seguir trabajando para que, por ejemplo, cuando los países responden a la CEDAW, entre los progresos que reportan indican -en el caso de Venezuela, Ecuador y Bolivia que son países que han tenido reformas constitucionales o alguna ley al respecto- avances en las normas que están orientadas a eliminar la discriminación por razones de sexo. Entonces, creo que estamos – como decía Lorena - en una nueva fase de cómo ir visibilizando estas nuevas problemáticas de nuevos colectivos. La CEDAW no es el único tratado contra la discriminación, hay que ver el sistema de derechos humanos en su conjunto. Yo estoy de acuerdo con que entre más se visibilice es mejor. Pero es posible que con la jurisprudencia y lo demás, sabemos que con la carta fundamental de los derechos humanos uno podría defender todas las causas de discriminación, pero todo este sistema ha sido necesario porque hay una desigualdad social, política, económica que ha impedido que ese horizonte que son los derechos humanos sea realmente una realidad. Por eso insisto que ahora parte de esa nueva etapa es decir que la igualdad es el piso y no el punto de llegada.

**Pregunta 3:** Respecto del proyecto de ley contra la discriminación, teniendo en cuenta que Chile es un país laico hace más de cincuenta años, ¿qué sucede en el Senado? Por qué se está eliminado del proyecto la palabra genero y excluyendo explícitamente a las personas Trans? Hay un video en que la Ministra Von Baer tranquiliza a la Iglesia Evangélica diciendo que el gobierno está apoyando un proyecto más conservador.

**Guido Girardi:** Respecto a los temas transexuales, pienso que no son tan difíciles pero implican un cambio. Hemos trabajado con algunas personas preparando un proyecto de ley que les permita hacer los cambios que necesitan hacer en el registro civil.

Lucas es hombre, pero genéticamente es mujer. El tiene derecho a llamarse Lucas, establecer él su opción de vida. Mientras no hagamos eso, es brutal, desde la cárcel que es lo más duro hasta las cosas más simples como las votaciones. Además a la sociedad solo le evitaría problemas. Cuando era estudiante de Medicina y hacia mi práctica en la posta del Barros Luco, las cosas más duras y angustiantes que me tocó ver era transexuales que ejercían la prostitución; los subían a un auto y cuando los descubrían los tiraban a 120km por hora. Entonces se requiere un tema de compasión de la sociedad y hacerlo por un tema de humanidad, nada más. Creo que esa debiese ser una iniciativa del ejecutivo incluso. Ahora, el problema es que nuestro ejecutivo no es muy laico, porque para ser ministro y ser de alto nivel en este gobierno no solamente hay que ser del Verbo Divino o del Manquehue y vivir entre las cuatro manzanas que rodean La Dehesa, sino que también hay que ser Legionario u Opus Dei. Eso también es parte del problema, estamos hablando de la visión de una elite que creo que detesta este tema. Creo que la ley de discriminación les es de lo más molesto (para no decirlo de otra manera), se hace porque tiene que hacerse.

¿Qué se hace con el mundo evangélico? Me reuní con el mundo evangélico, con Jorge Mendez que presidente unas agrupaciones, con Maximiliano Soto, y les dije cuando salió la libertad de culto, yo había sido uno de los que con más fuerza la había respaldado. Fui a todas las marchas con ellos, y ellos debieran ser los primeros en rechazar cualquier tipo de discriminación porque ellos eran objeto y sujeto de la discriminación desde el mundo católico. Así es, la Iglesia Católica que nunca ha querido aceptar la igualdad y ha hecho todo lo que ha podido para que eso no sea así, esa es la verdad. Entonces, les decía: ustedes que han sido los más duramente discriminados, ¿cómo van a discriminar a otros seres humanos?

Respecto a Alhué, un comentario a nuestro representante. Lo que me indigna del tema es ¿por qué hacen una brutal discriminación territorial con una comunidad pequeña, chica, maravillosa? Las comunidades chicas son los patios traseros. En Til-Til hay no sé cuántas cárceles pero además están los tranques de relave de las mineras, los basurales de Santiago. Alhué tiene el tranque Carén, tiene todas las norias contaminadas por CODELCO, todas. Es un verdadero resumidero de la basura toxica del mineral El Teniente. Entonces, ¿por qué no hacer la cárcel en La Dehesa, en Vitacura, Peñalolén? Estas comunas son intocables. ¿Algún día habrá menos segregación? La que hay es brutal, hay dos Chile. Aquí se buscó la más débil, la que alegara menos y además ya tiene una carga ambiental durísima. Lo digo en serio, yo medí eso porque presentamos un recurso de protección contra CODELCO y ¿saben lo que hizo CODELCO? Como CODELCO no cumplía su ley y tenía todos sus materiales tóxicos, se hizo una ley especial en Chile sobre el tranque Carén. Todas las demás mineras en Chile tienen que cumplir una norma contaminante y como no la podía cumplir en Carén, se le hizo una ley especial. Eso sí que es discriminación, y se aprobó. Entonces, si esa comunidad ya tiene esto además una cárcel ¿Por qué?

Lo que ofrezco es que todo proyecto de ley que quiera presentarse en esta materia yo estoy dispuesto a presentarlo este de acuerdo 100%, 50% o no de acuerdo. Yo no voy a presentar ningún proyecto de los conservadores, de los discriminadores pero estoy dispuesto a presentar todas las iniciativas de cualquier grupo, comunidad, organización, institución que quiera avanzar en una lucha por la igualdad, porque todos los seres humanos seamos sujetos de los mismos derechos y por respeto a los otros seres vivos que son nuestros ancestros de los cuales tenemos una hermandad que algún día hay que reconocer.

## PANEL 3

# IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS PARA LA IGUALDAD SUSTANTIVA DE GRUPOS HISTORICAMENTE DISCRIMINADOS

**La luchas de las mujeres por nuevos derechos y el cambio de las instituciones.**

**Virginia Guzmán, investigadora máster en Ciencias Sociales**

**D**urante este seminario se ha puesto en evidencia la importancia de los marcos jurídicos de los derechos humanos internacionales aprobados, y de los procesos políticos e institucionales desencadenados en torno a la adecuación de las constituciones y las normas nacionales a los contenidos de los tratados aprobados por los Estados.

En este sentido, la experiencia de los últimos años en la región muestra la importancia que ha tenido el orden jurídico internacional sobre la igualdad de género, el que traspasando fronteras y apropiado por los movimientos feministas y sectores progresistas en distintas sociedades ha sustentado la incorporación de nuevos temas a las agendas nacionales referidos a cambios institucionales. Es decir, de las concepciones y de las reglas formales e informales que regulan las interacciones entre las personas en la vida cotidiana, en la economía, la política, la cultura y las relaciones estado y sociedad.

En esta intervención nuestro propósito es mostrar cómo el cambio de normas e instituciones, tanto a nivel internacional como nacional, es producto de procesos sociales y políticos de largo alcance en el que participan distintos actores que en distintos contextos institucionales negocian o confrontan sus marcos interpretativos de la realidad, defienden distintos intereses, poseen diferentes recursos y ejercen grados de poder variados. En torno a la demanda de la igualdad de género y el respeto de sus derechos, los movimientos feministas han conformado campos políticos a los cuales se han integrado actores sociales y políticos que proceden de distintos contextos institucionales formales y sociales que presionan a favor de la igualdad entre hombres y mujeres.

En lo que sigue nos referiremos a la lucha de las mujeres por cambiar el orden de género que las subordina, y en especial la lucha por acciones positivas a favor de una justa representación política de género en los órganos representativos y de autoridad.

Hablamos de orden de género para subrayar el hecho de que las relaciones de género están organizadas a través de patrones recurrentes que operan en el nivel simbólico, normativo y práctico, en distintos espacios sociales e institucionales. Estos patrones han sido construidos, reconstruidos y modificados a lo largo de la historia, en procesos de interacción cruzados por la dominación y la resistencia. Se caracterizan, entonces, por una gran extensión temporal y espacial, al comprender el conjunto de interacciones entre hombres y mujeres en la familia, en el mercado, en la política y la cultura, y por tener sus raíces en la constitución de las sociedades modernas (Valcárcel 1997, Bonan 2002, Astelarra 2003, Guzmán 2011). Al abarcar la casi totalidad de espacios sociales, y dado su amplio horizonte temporal, el sistema social de género tiene una gran capacidad de impacto en otros sistemas sociales, y también la posibilidad de ser impactado por ellos. Las normas y convenciones de género no solo organizan las relaciones entre hombres y mujeres; también estructuran las interacciones que se dan en distintos ámbitos, como la política, la economía, el sistema jurídico legal, las instituciones del Estado, la vida privada, la intimidad, las ideologías, las ciencias y otros sistemas de conocimiento. Condicionan, además, la auto percepción de hombres y mujeres y de sus motivaciones, y explican su aceptación de la posición que ocupan en el interior de las relaciones sociales. Son las normas y concepciones naturalizadas las que construyen a las mujeres como un grupo subordinado, al mismo tiempo que disfrazan las operaciones de poder al construir, a través de su acatamiento, la ilusión de igualdad.

### **El sistema social de género**

El sistema social de género tal como hoy lo conocemos tiene sus raíces en los inicios de las sociedades modernas. La separación radical de los sexos en los discursos hegemónicos de la institución imaginaria de la modernidad entró en abierta contradicción con los ideales de igualdad y de autonomía propios de la misma modernidad. Las mujeres fueron excluidas de la experiencia moderna debido a las jerarquías de género preexistentes, a la dicotomía privado/público, y a los criterios de inclusión y exclusión de la estructura de derechos (Sarraceno 1994). La separación de espacios públicos y privados excluyó a las mujeres de la participación pública, de los sistemas de representación política y de la titularidad de los derechos. Ellas se vieron confinadas al mundo doméstico, donde también fueron colocadas las prácticas de reproducción social. A las mujeres se les negaba la racionalidad y se las sometía a la autoridad de figuras masculinas, fueran éstas el padre o el esposo, e incluso los hijos varones, en caso de no existir ya los primeros. Sus experiencias y problemas no fueron considerados materia de decisiones colectivas.

Las dicotomías público/privado y producción/reproducción tienen estrecha relación con la constitución de dos tipos de poderes, cuyos fundamentos y reglas son diferentes: el poder político que involucra negociación y consenso, y el poder familiar o jerárquico, basado en el argumento del orden natural del poder de decisión (Zincone 1992, citado por Bonan 2002). Este último poder, el de tipo familiar, ha impregnado otras estructuras de relaciones, inclusive en el espacio público -donde también opera el poder jerárquico (relaciones de trabajo, relaciones confesionales, relaciones entre médicos y enfermos, profesores y alumnos, relaciones de las personas con los servicios públicos) -, negando la autonomía moral y la independencia a los individuos y grupos que aparecen como subordinados.

No obstante lo anterior, al mismo tiempo la modernidad proporcionó a las mujeres los ideales de la libertad y la igualdad. Este ideario ha servido de fundamento para que argumenten sus luchas por transformar las relaciones de poder desde un modelo de poder jerárquico hacia un modelo de poder político igualitario y participativo, y por eliminar las reglas de género que sesgan las instituciones modernas y obstaculizan la generalización de los derechos a las mujeres. La historia de las luchas políticas de las mujeres ha sido la historia de su acceso a lo público y del debilitamiento de los límites que separan los espacios públicos y privados. Ha sido también la historia de la transformación de la estructura de poder del mundo privado, desde un modelo de poder jerárquico a otro de poder político.

Estas luchas han representado un aporte en varios sentidos a la definición de los derechos ciudadanos, al hacer visible la existencia de relaciones sociales desiguales que permanecían ocultas, extender los derechos a nuevas categorías sociales, definir nuevos derechos, no solo individuales sino también colectivos, y enriquecer la lucha política desde posiciones de exclusión.

Desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, en contextos de cambios sociales importantes y ante la emergencia de nuevos movimientos de liberación, surge un importante movimiento feminista, sobre todo en Europa, Estados Unidos y América Latina, cuya expresión más conocida fue denominada la tercera ola. A diferencia de los movimientos del pasado -orientados a eliminar las barreras formales para la presencia y ciudadanía de las mujeres en el espacio público mediante el ejercicio del derecho al voto, el acceso a la educación y el disfrute de los derechos como trabajadoras- esta ola del movimiento cuestiona los fundamentos de las nociones modernas de público y privado y la noción dual del poder que subyace tras estas (pilar central del edificio institucional moderno), así como sus modos de división y articulación.

El trabajo, la familia, las normativas de la sexualidad y de la reproducción y las estructuras de representación política, de los derechos económicos y de las libertades civiles son blancos de la crítica y de la reflexión feminista (Bonan,

2002). Esta nueva ola enriquece la problemática de la inclusión, al extender los derechos a una esfera considerada hasta entonces como privada y personal. Los problemas llamados personales empiezan a ser considerados como expresiones de dinámicas sociales, razón por la cual no pueden ser dejados fuera del campo de la normatividad y del debate político.

### **Las luchas de las mujeres por una mayor representación política en cargos de elección y de autoridad pública**

La búsqueda de medidas deliberadas para elevar la representación política de las mujeres fue la respuesta al lento o casi nulo crecimiento de su presencia en los parlamentos y en el ejercicio de cargos de autoridad, pese a la elevación de sus niveles educativos, su ingreso al mercado de trabajo y su filiación creciente en los partidos políticos. Frente a esta situación, las organizaciones de mujeres, especialmente de mujeres políticas en alianzas inter partidarias, exigieron la implementación de mecanismos de afirmación positiva para contrarrestar los obstáculos formales o informales que dificultan su nominación en las listas electorales o en los cargos de designación.

Las cuotas de género electorales, aplicadas inicialmente en los países nórdicos a partir de los años setenta a nivel de los partidos, tenían por objeto asegurar la presencia de mujeres en altas posiciones políticas y conformar al menos una minoría crítica (del 30% al 40%) que contrarrestara la tendencia a su aislamiento político y orientara los recursos no solo a favor de las demandas de las mujeres, sino también a modificar el funcionamiento de los sistemas políticos<sup>1</sup>.

Las luchas de las mujeres de América Latina por la ciudadanía y la representación política presentan especificidades derivadas de las características económicas, sociales e institucionales de los países y de su posición en el escenario mundial en distintos momentos históricos. El movimiento feminista en la región ha combinado la lucha por la emancipación con los objetivos de la democracia, el respeto a los derechos humanos, la igualdad social y la superación de la pobreza. Las alianzas de las mujeres de sectores populares y medios han contribuido a dotar de legitimidad a las corrientes feministas. La diversidad cultural que caracteriza a estos países ha obligado a reconocer la coexistencia de varios órdenes de género, de

1 El planteamiento de las cuotas suscita un importante debate y resistencias en el sistema político. Algunos de sus representantes argumentan que este mecanismo viola los principios de la universalidad del ciudadano y de la competencia en igualdad de condiciones en reconocimiento al mérito personal. Alertan sobre el sesgo esencialista de esta propuesta y el peligro de estimular la diferenciación de nuevos grupos y formas de representación corporativa de intereses grupales. Sin embargo, con relación a estos argumentos se adelanta que, desde el punto de vista de estrategia política, las cuotas electorales no implican el reconocimiento de una identidad esencial de ser mujer, sino que constituyen un mecanismo para contrarrestar la subordinación y generar mejores condiciones para la igualdad real. Las cuotas se sustentan en el concepto de equidad, que plantea un trato diferente a los desiguales para garantizar la igualdad.

acuerdo con las distintas tradiciones culturales y étnicas en una misma sociedad. El movimiento feminista ha debido estar atento a las formas en que se articulan y jerarquizan los diferentes sistemas de desigualdad, y a las contradicciones que se establecen entre las aspiraciones a la equidad de género y la equidad social, o entre la equidad étnica y de género.

En las dos últimas décadas del siglo XX, al calor de los procesos de democratización política, los ciudadanos y las ciudadanas de América Latina recuperaron el derecho de elegir a sus representantes y de postularse para desempeñar cargos electivos. Asimismo, en los países de Centroamérica se avanzó mediante acuerdos de paz en la creación de nuevas instituciones para sustentar los consensos. En su conjunto, los países se vieron presionados para reformar sus instituciones en un contexto de creciente globalización y de cambios del modelo económico. La organización del movimiento feminista fue favorecida en distintos períodos por los procesos de construcción o recuperación de la democracia, de firma de acuerdos de paz y de modernización en los países. En cada uno de estos momentos, el feminismo emergió como una fuerza política con organizaciones, conocimientos, argumentaciones, medios de comunicación y demandas propios. Cumplió un papel fundamental en la recuperación de las democracias y en los procesos de construcción de la paz luego de los conflictos armados.

La generalización de los regímenes democráticos en la región enfrenta a las sociedades a una situación compleja, que conjuga la fragilidad institucional y una ciudadanía cada vez más consciente de sus derechos. Aunque existe consenso entre las fuerzas democráticas sobre la importancia de las elecciones competitivas periódicas para la selección de los y las gobernantes y en el rechazo a las diversas formas de autoritarismo, también existe un acuerdo acerca de la necesidad urgente de mejorar la calidad de la democracia mediante la superación de las grandes desigualdades sociales y la generación de mecanismos de participación ciudadana más efectivos, que permitan la intervención de la población en los asuntos públicos .

Una de las principales críticas del feminismo radica en la persistente exclusión de las mujeres. A inicios de los años noventa su acceso a las instancias de decisión y representación era muy limitado. La presencia femenina en las cámaras altas era del orden del 5%, mientras que en las cámaras bajas rondaba el 9% (Bareiro y otros, 2004), lo que ponía de manifiesto la persistencia de barreras de carácter estructural que obstaculizaban una participación más igualitaria en el ejercicio del poder político.

El movimiento feminista desarrolla una compleja estrategia para acceder a cargos de elección popular y de decisión -proponiendo la aprobación de acciones afirmativas-, así como también para institucionalizar los logros alcanzados mediante la acción civil. Las medidas de acción afirmativa se vinculan a programas de formación de dirigentes sociales y políticas y al fomento del asociacionismo

femenino. En un campo político conformado en torno a la equidad de género se definen e incorporan los problemas de género en las agendas institucionales de los gobiernos; se promueven reformas legales y constitucionales; se difunden conocimientos hacia el Estado; se forman recursos humanos, y se apoya la generación de instancias responsables de coordinar políticas a favor de la equidad de género. Las conferencias mundiales de los años noventa promovidas por las Naciones Unidas tuvieron una gran importancia y se constituyeron en grandes acontecimientos mediáticos, con un enorme efecto en la opinión pública y, en consecuencia, con un gran poder de difusión y legitimación de las problemáticas, las propuestas y los acuerdos. La intervención creciente de las organizaciones no gubernamentales en las reuniones preparatorias de las conferencias, en los comités nacionales y las delegaciones, los foros alternativos, los comités y las conferencias de seguimiento, entre otras instancias, dota al movimiento feminista de nuevos espacios de participación política a nivel global y de canales de influencia sobre los gobiernos. Esto permite comprender por qué los acuerdos aprobados en cada conferencia han desempeñado el papel de verdaderas agendas globales, que orientan la acción política de las fuerzas comprometidas con la equidad de género en los distintos países.

En los años noventa, en este clima internacional favorable al fomento de una mayor equidad entre los géneros, las sociedades de la región fueron el escenario de un conjunto de reivindicaciones y negociaciones que darían lugar a la adopción de cuotas para candidaturas a cargos legislativos. Aunque la adopción de leyes de cuotas fue diferente en cada uno de los países, en todos los casos fue el resultado de procesos prolongados. Las mujeres políticas en alianzas inter partidarias, con el apoyo del movimiento feminista y organizaciones de mujeres, se movilizaron para lograr la aprobación de las leyes de cuotas, identificar sus debilidades visibles, reformar las normas e instaurar sanciones para asegurar su cumplimiento. La existencia de mecanismos de género en el Estado contribuyó a articular las distintas expresiones de lucha y de mediación entre el movimiento y el resto del Estado. En todos los casos la relación de las mujeres políticas con sus partidos fue conflictiva. Los partidos se resistieron a instaurar medidas de acción positiva para favorecer la representación política de las mujeres.

Argentina fue el primer país donde se promulgó una ley de cupos femeninos en 1991, en respuesta a la demanda de mujeres políticas que propusieron esta medida ante el rechazo de los partidos más importantes a establecer cuotas en su seno. En 1989, por primera vez, la senadora nacional por la provincia de Mendoza presentó un proyecto de reforma del Código Electoral que obligaba a las organizaciones políticas partidarias a incluir mujeres en las listas de candidatos a cargos legislativos. En 1990 se conforma la Red de Feministas Políticas, integrada por 15 organizaciones partidarias, que se constituye en un agente protagónico en el análisis y aprobación de la ley de cupos. En el quinto Encuentro Nacional de Mujeres (1990), que reúne a una amplia gama de activistas, se expresa el apoyo a la ley de cupos mediante el envío de notas a los presidentes de todos

los partidos políticos y a ambas cámaras para la aprobación de los proyectos de cuotas presentados. Resultó fundamental también el apoyo de la Multisectorial de la Mujer, que agrupaba a grupos feministas, militantes de partidos políticos e integrantes de la sociedad civil, así como también el apoyo del Consejo Nacional de la Mujer (Marx, Borner y Caminotti, 2006). El presidente Menem hizo suya la demanda de introducir acciones afirmativas como parte de su política de modernización del país.

Las primeras elecciones luego de promulgada la ley de cupos ponen de manifiesto la necesidad de realizar enmiendas y de hacer un seguimiento estricto para cerrar los intersticios por los cuales los partidos podían burlarla. Las demandas judiciales iniciadas por mujeres políticas con relación al incumplimiento de la ley en los partidos constituyeron una presión fundamental para que estos la acatasen. Asimismo, la reforma de la Constitución en 1994 dio sustento político y jurídico al reclamo de la igualdad entre hombres y mujeres para acceder a puestos electivos y cargos políticos, y al establecer la prohibición constitucional de disminuir las cuotas previstas mediante una futura ley.

En Costa Rica la propuesta de cuotas se plantea alrededor de 1988, fecha en que se presenta un proyecto de ley para el fomento de la igualdad social de la mujer, que obliga a los partidos a incluir mecanismos para promover y garantizar la participación efectiva de las mujeres en la asignación de puestos en los partidos y en las nominaciones de las listas electorales. Si bien en 1992 una enmienda al Código Electoral establece un sistema de cuota mínima, un año después esta es rechazada por el Tribunal Supremo de Elecciones, que la declara anticonstitucional. En 1995 la demanda de las cuotas es asumida por el Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, en alianza con las mujeres políticas de los dos partidos más importantes del país (Partido de Liberación Nacional (PLN) y el Partido Unión Social Cristiana (PUSC)). Por último, en 1996, mediante la ley 7635, queda establecido el sistema de cuotas. Los partidos deben garantizar el 40% de participación femenina en su estructura, sus delegaciones a todo nivel y en la conformación de las listas electorales. Como en 1998 las autoridades electorales no rechazaron las listas que no cumplían con la ley, en 1999 el Tribunal Supremo de Elecciones reglamenta que la ley debe ser interpretada en el sentido de que las listas deben integrarse con por lo menos un 40% de miembros de cualquiera de los dos sexos y que las mujeres deben ocupar el 40% de las posiciones elegibles, determinadas de acuerdo con los resultados electorales anteriores de los partidos.

En México, en el año 1993, se modifica el numeral 3 del artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COPIFE) y se señala que los partidos deben promover una mayor participación de mujeres en la vida política. En 1996 se acuerda que los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que en las candidaturas a diputados y senadores no habrá más del 70% de candidatos del mismo sexo. En el año 2002 se aprueban los incisos a, b y c del artículo 175, que se refieren respectivamente a lo siguiente: no habrá más de un

70% de candidatos del mismo sexo; en cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de sexo distinto, y si un partido político o coalición no cumple con lo anteriormente establecido, el Consejo Federal del Instituto Federal Electoral (IFE) le dará un plazo de 48 horas para rectificar la situación, vencido el cual lo amonestará públicamente. En caso de reincidencia se lo sancionará con la negativa de registro de las candidaturas correspondientes. Quedan excluidas las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección mediante el voto directo (Reynoso y D'Angelo, 2004).

En Brasil, en 1996 y luego de la campaña del movimiento “Mujeres sin miedo al poder” se fijó una cuota del 20% de las listas para las elecciones municipales. Al año siguiente, una enmienda a la ley electoral aumentó al 25% la cuota mínima de candidatas que debe contener una lista. En Bolivia se introdujo en 1997 la ley de cuotas, que establece que habrá un 30% de candidatas en las listas a la cámara baja y un 25% en las del senado. La ley dispone que la cuota debiera ir progresivamente en aumento hasta alcanzar el 50%. Luego de una década de luchas, en 13 países de la región se habían aprobado leyes de cuotas.

País	Año de aprobación	Enmiendas
Argentina	1991	1993
Bolivia	1997	2001
Brasil	1997	
Colombia	1999	2001–declarada inconstitucional
Costa Rica	1996	1999
Ecuador	1997	2000
Honduras	2000	
México	1996	
Panamá	1997	
Paraguay	1996	
Perú	1997	2001
República Dominicana	1997	2000
Venezuela	1997	2000 – declarada inconstitucional

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos del Instituto Internacional de Democracia y Asistencia Electoral (IDEA).

En todos los países con leyes de cuotas los efectos han sido positivos ya que la representación femenina ha aumentado, sobre todo en la cámara baja y en la cámara única. Sin embargo, en la mayoría de los países las mujeres no alcanzan el porcentaje de representación establecido en la ley.

Los países que cuentan con ley de cuotas presentan mejores resultados que los países sin leyes de cuotas, sobre todo Argentina, Costa Rica, Honduras y Perú en el poder legislativo. Y aunque la representación femenina también ha crecido en los países sin cuotas, lo ha hecho de manera más lenta e inestable, en la medida que su presencia depende más de la voluntad política que de la normativa

Las leyes de cuotas se han constituido en una estrategia exitosa para incrementar y estabilizar la presencia de las mujeres en el parlamento y han permitido generar una masa crítica de mujeres que permite avanzar hacia la paridad. Esta estrategia fue implementada en un contexto favorable a la equidad de género -transformaciones en las sociedades, creciente intercambio económico y cultural, acuerdos de las conferencias mundiales- y se vio reforzada por la reacción en cascada que tuvo la aprobación de las leyes de cuotas en la región. Las leyes de cuotas logran su máxima eficacia en los sistemas de representación proporcional que utilizan listas cerradas y cuando la ley exige que las mujeres ocupen los primeros renglones, de manera que tengan posibilidades reales de resultar electas. Estos factores explican el gran éxito obtenido en el crecimiento de la representación femenina en el parlamento bicameral argentino y en el congreso legislativo costarricense. Sin embargo, la eficacia de la cuota depende no solo de la naturaleza del sistema electoral de cada país, sino también de la dinámica de los partidos que actúan como filtros en los procesos electorales, de la cultura política y de las reformas democráticas. La existencia de una amplia y persistente alianza política a favor del aumento de la representación política de las mujeres fue fundamental para perfeccionar las leyes y cerrar las brechas que posibilitaban su incumplimiento.

Varios estudios analizan el acceso de parlamentarias al poder legislativo y el aporte que significa su presencia en la calidad de la función legislativa. La mayoría de las mujeres parlamentarias ingresan al parlamento por la vía de los partidos, muchas a invitación de un dirigente político. La participación de las mujeres de fuera de los partidos es menor y, en la mayoría de los casos, son invitadas por los partidos debido a su reconocimiento público y social. Fuera de estas circunstancias, las mujeres reconocen que tienen una mayor dificultad para acceder a puestos de poder en el partido, ser nominadas en las listas electorales y en el parlamento, en la medida que una cultura machista y de fraternidad masculina las tiende a excluir (UIP, 2000).

Su acceso al parlamento es el resultado de distintos factores que se combinan de diferente manera. Entre estos destacan una historia previa de activismo social, cargos de representación local, el desarrollo de exitosas carreras profesionales (abogadas, economistas), la cultura política de la familia de origen y el apoyo

de la familia actual. Muchas de estas mujeres también han desempeñado con anterioridad cargos en el Ejecutivo o han participado más de una vez en los parlamentos. Fuera del parlamento continúan su trayectoria política y profesional en puestos de prestigio y de decisión. En la mayoría de los casos, forman parte de una élite política que se amplía para integrarlas.

La presencia de mujeres en la actividad legislativa transforma las prioridades de la agenda, la cultura interna y las normas y los reglamentos. Al ser entrevistadas afirman que se preocupan más por los aspectos sociales y éticos -entre otros, la pobreza, los derechos humanos, la justicia social y el medio ambiente- y que enfrentan los temas de corrupción y del deterioro de la política. Por último reconocen que su presencia es insustituible en el tratamiento de problemas como la violencia hacia la mujer, el reconocimiento de nuevos derechos y la articulación del trabajo reproductivo y productivo (UIP, 2000). Su posición de minoría, junto con la autovaloración de su desempeño, las lleva a estar de acuerdo en un 80% con políticas de acción positiva y con el establecimiento de cuotas (de un 30% al 50%), así como con la promoción de alianzas transversales para dar lugar a comisiones legislativas de género (Guzmán, 2003). Respecto al sistema electoral, son favorables a la limitación de los gastos de campaña y a la existencia de fondos orientados a las mujeres que les permitan competir en condiciones de mayor igualdad.

## **Conclusiones**

A lo largo de la historia, a través de procesos políticos que han involucrado a sucesivas generaciones, las mujeres han logrado el goce de los derechos que han reclamado. La historia de sus luchas políticas ha estado orientada a acceder a los espacios públicos, los recursos y las oportunidades de los que estaban excluidas. Sus luchas han logrado debilitar las fronteras que separan los espacios públicos y privados, y los problemas considerados privados de los problemas públicos. En este sentido, han politizado temas considerados naturales y develado la lógica que primaba en las relaciones del mundo privado, fundada en la autoridad y el patriarcalismo. De esta manera, han hecho visible la existencia de relaciones sociales desiguales que permanecían ocultas; extendido los derechos a nuevas categorías sociales; definido nuevos derechos, no solo individuales sino también colectivos, y enriquecido la lucha política ciudadana desde posiciones de exclusión.

Los logros de las mujeres son el resultado de nuevas formas de hacer política. A partir de la acción civil y desde nuevos campos políticos han desarrollado una enorme capacidad argumentativa, para hacer alianzas, negociar y legitimar sus concepciones y demandas. El feminismo ha debido crear su propio espacio de pensamiento e ir diseñando un horizonte desconocido a partir de la práctica. La exigencia, la imaginación y la fuerza del cambio se han desarrollado primero en el tejido mismo de la sociedad civil, a través de una intensa vida asociativa.

El cuestionamiento ha llegado de abajo hacia arriba, y es la vitalidad política obstinada de las mujeres la que ha forzado a la institución política a tener progresivamente en cuenta sus exigencias (Collin, 2006).

El reconocimiento de las mujeres como sujetos políticos con demandas específicas se ha visto facilitado en coyunturas de apertura democrática y de cambios institucionales motivados por procesos de modernización de las sociedades y por la emergencia y el reconocimiento de nuevas fuerzas políticas y sociales.

En un escenario contradictorio, en el que persisten los sistemas de desigualdad social y la fragilidad institucional, la paridad de género podría constituirse en un impulso importante para el cambio de las instituciones y del sistema político hacia una mayor democratización, mayor transparencia y mayor apertura de canales de participación de la sociedad.

La lucha por la paridad en la representación política y los cargos de decisión es la expresión de la aspiración más profunda de construir una sociedad en la que hombres y mujeres de diferentes procedencias cuenten con los recursos necesarios y el reconocimiento como iguales para definir los destinos sociales. En el caso de la igualdad de género, esto implica profundos cambios en el mundo de lo privado y de las instituciones públicas, para debilitar las raíces que desde el comienzo de la modernidad han excluido a las mujeres del goce de sus derechos.

Los avances en lo que respecta a la presencia de las mujeres en cargos de representación política se han visto facilitados por las alianzas políticas realizadas en torno al establecimiento de acciones afirmativas. Las cuotas se han revelado exitosas, ya que ponen en la agenda pública el tema de la desigualdad de género; contrarrestan mecanismos visibles e invisibles que se oponen a la nominación de mujeres; y, favorecen la pluralidad de mujeres en el poder y, de esta manera, el reconocimiento de su individualidad y diferencias, debilitando estereotipos sobre lo femenino. Asimismo, las cuotas han dotado de estabilidad a la presencia femenina en los parlamentos, haciéndola menos dependiente del vaivén de las correlaciones de fuerzas políticas y de la lucha ideológica.

La presencia de más mujeres en el poder no solo ha significado el reconocimiento de nuevos derechos para las mujeres y la implementación de políticas que atacan los problemas más significativos derivados de la discriminación (la violencia, los derechos sexuales y reproductivos, la articulación de lo privado y público), sino que también ha aportado al cambio de la política, promoviendo la renovación generacional, la valoración de los conocimientos y la formación de los políticos, su rotación, el establecimiento de canales con la ciudadanía y la inclusión en las agendas de problemas derivados de las relaciones entre lo privado y lo público, y lo productivo y lo reproductivo. La existencia de mujeres en el poder también da visibilidad a otras mujeres, promueve sus trayectorias políticas y profesionales y establece redes amplias de sustento y legitimidad social.

## Bibliografía

Bareiro, Line y otros (2004), "Sistemas electorales y representación femenina en América Latina", *serie Mujer y desarrollo*, No 54 (LC/L.2077-P/E), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Bonan, Claudia (2002), *Reflexividade, sexualidade e reprodução: processos políticos no Brasil e no Chile*, Río de Janeiro, Instituto de Filosofía y Ciencias Sociales, Universidad Federal de Río de Janeiro.

Collin, Françoise (2006), "Presencia y representación: las formas complejas de la vida política", intervención realizada en el encuentro europea "Ética y política. Miradas de mujeres comprometidas en la ciudadanía", Gargnano, Italia, 10 al 14 de mayo [en línea] <http://www.mujiresenred.net/article.php3?id>

FLACSO (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales) (2006), *Cuotas de género, democracia y representación*, Santiago de Chile.

Guzmán, Virginia y Claudia Bonan (2006), "El aporte del feminismo a la experiencia moderna", *Saber de ellas: entre lo público y privado*, Margarita Errázuriz (ed.), Santiago de Chile, Editorial Aguilar.

Guzmán, Virginia y Moreno, Claudia, "Hacia un horizonte paritario en América Latina: Representación política de las mujeres". Documento de trabajo para X Conferencia Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe (Quito, Ecuador, 6 al 9 de agosto de 2007).

Guzmán, Virginia (2011), *Procesos políticos e institucionales e igualdad de género: Chile 1980-2010*. Tesis doctoral. Facultad de sociología. Universidad Autónoma Barcelona: España.

Zincone, Giovanna (1992), *Da sudditi a cittadini. Le vie dello statu e le vie della società civile*, Bolonia, Società Editrice Il Mulino.

## Las demandas de la igualdad y los pueblos indígenas: el caso de la acción afirmativa

Jorge Contesse, Centro de Derechos Humanos UDP\*

Si siguiendo la tradición del constitucionalismo moderno y la confirmación que el papel todo lo soporta, la Constitución de 1980 que nos rige comienza con una declaración simple y poderosa: las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos<sup>2</sup>. Hay en esa corta y enorme frase tres principios que han acompañado la evolución del derecho constitucional y de los derechos humanos, encauzando decisiones, dotando de soporte normativo a peticiones y ampliando, en fin, el horizonte de lo posible. La dignidad, la libertad y la igualdad se hacen presentes en la Constitución chilena apenas arranca su trazado institucional no obstante las múltiples esferas de la vida social en que esta cláusula, más que un valor que da sentido a las actuaciones de personas e instituciones, parece sonrojarse por su incapacidad para disciplinar actos que atentan precisamente contra dichas nociones.

En este trabajo me detengo en solo uno de ellas, la igualdad, y lo hago desde una mirada específica: las posibilidades de incrementar la igualdad sustantiva de un sector histórica y constitucionalmente desaventajado -los pueblos indígenas- mediante el uso de las acciones afirmativas. Argumento que no solo es deseable desde una perspectiva social, sino en rigor imperativo desde una mirada jurídica, la adopción de mecanismos institucionales de discriminación positiva a favor de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile.

Para ello, analizo en primer lugar el fundamento que en la literatura suele darse para las acciones afirmativas. En seguida, doy una mirada a la situación particular de los pueblos indígenas en Chile y cómo diversos órganos estatales han caracterizado -correctamente, a mi juicio- a los pueblos indígenas como un grupo que puede reclamar medidas de esta naturaleza. En tercer lugar, exploro los desafíos que una agenda de acciones afirmativas para pueblos indígenas tendría en Chile, descansando en las recomendaciones que en 2003 dio la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, poniendo énfasis en el imperativo de la consulta previa como criterio de legitimidad política y normativa de las medidas potenciales que se debieran adoptar. Cierro el trabajo con algunas conclusiones, llamando la atención sobre la preocupante tramitación que el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación ha tenido en el Congreso Nacional, en tanto, en 2011, se quitó el objetivo de eliminar y prevenir la discriminación, dejando el instrumento como un simple remedio judicial. Ello, argumento, está en tensión con las justificaciones y exigencias normativas que las acciones afirmativas en materia de pueblos indígenas demandan al Estado chileno.

---

\* Agradezco a Rodolfo Figueroa por sus aportes bibliográficos para este trabajo.

## Fundamento de las acciones afirmativas

Según Rodolfo Figueroa, la discriminación positiva consiste en “una política que se impulsa en un país, en un cierto momento histórico, en conformidad a la cual y en virtud de un cierto diagnóstico, se concluye que ciertos grupos o sectores [...] han sido históricamente postergados y perjudicados o desventajados. El diagnóstico indica que, en esas condiciones, para que tal grupo o sector pueda sobreponerse, no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades, sino que se requiere un impulso mayor, un trato especial o privilegiado”<sup>1</sup>.

Como se desprende de esta definición, hay en la adopción de mecanismos de acción afirmativa (o “discriminación positiva”; utilizo los términos indistintamente) un diagnóstico que hace el Estado respecto de la situación de desventaja social, económica o política en que se sitúan personas que pertenecen a determinados grupos, unido a la consideración seria de ideales normativos que determinan la acción estatal. Respecto de esto último, es el principio de igualdad el que resulta clave para la implementación de estas medidas. Dicho de otro modo, no basta con observar que determinados grupos *suelen* ocupar posiciones de desventaja en la escala social de un país; si el Estado no se toma en serio sus compromisos con los derechos fundamentales y con el principio de igual respeto y consideración, entonces podría aceptarse como una fatalidad el que algunas personas no puedan ocupar determinados cargos y puedan acceder a las posiciones que distribuyen influencia y poder en la esfera de acción social. Es la presencia de un ideal regulativo, como es la igualdad, el que determina que los Estados consideren como aceptable el tratar de manera diferenciada a personas que la mayor parte de las veces no son responsables de la injusticia que se trata de remediar, con el fin precisamente de hacer realidad en mayor medida la igualdad de resultados. Lo anterior, porque –se estima– el reconocimiento de derechos formales no basta para lograr ello<sup>2</sup>.

En razón de lo anterior, se dice que habría al menos tres tipos de justificación para las medidas de acción afirmativa. En primer lugar, conectado con lo señalado arriba, habría un motivo de justicia “compensatoria”: este tipo de instrumentos trata de “ubicar a aquello/as que han sufrido injurias pasadas en el lugar que ello/as hubieren ocupado de no haber sido por las injusticias sufridas”<sup>3</sup>. O, como anota Thomas Nagel, estamos frente a políticas cuyo objeto es lidiar con “las consecuencias injustas de una historia injusta”<sup>4</sup>. La justificación compensatoria,

1 Figueroa, Rodolfo. “Igualdad y discriminación”, en F. González y F. Viveros (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico No 10, UDP, Santiago, 2000, p. 36.

2 Como apunta una autora argentina, “[c]uando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurar la igualdad de resultados”. Marcela Rodríguez, “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en R. Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 624.

3 *Ibidem*, p. 630.

4 Nagel, Thomas. “John Rawls and Affirmative Action”, en *The Journal of Blacks in Higher Education*, No. 39, Spring, 2003, p. 82.

en fin, mira a las posibilidades de la justicia inter generacional y, desde allí, despliega requerimientos para las generaciones actuales en virtud de los errores y maltratos que generaciones pasadas han cometido en contra de grupos o personas.

En segundo lugar, hay quienes apuntan no tanto a lo ocurrido en el pasado como fuente de autoridad de las medidas de discriminación positiva, sino a las posibilidades y exigencias de justicia que el presente y futuro imponen. Ello no supone negar la importancia que las injurias y daños pretéritos tienen para la posición de desventaja *actual*, pero aquí se pone el énfasis en la situación presente y de cómo ella ha de ser remediada *hacia delante* para satisfacer las exigencias que la justicia política y social impone<sup>125</sup>. Debido a esta forma “actualizada” de mirar el problema de la discriminación, la justificación que recibe por nombre “distributiva” se emparenta con algunas de las teorías liberales-igualitarias sobre la distribución de bienes en la sociedad. Entre ellas destaca, como es sabido, la teoría de la justicia de John Rawls, quien, si bien nunca se refirió de manera expresa a la cuestión de la discriminación positiva, sus escritos permiten, como sugiere Nagel, inferir de manera clara lo que habría pensado respecto de esta clase de medidas<sup>6</sup>. Quien sí ha dedicado buena parte de sus estudios a analizar temas vinculados con el principio de igualdad –y, por caso, las consecuencias que se derivan para el examen de la discriminación positiva– es Ronald Dworkin<sup>7</sup>.

En este sentido “distributivo”, el fundamento de las medidas de acción afirmativa descansa en el imperativo moral consistente en modificar la estructura de reparto de los bienes presentes en la sociedad. Aquí, en caso que se advierta que el principio de igualdad de oportunidades no permite satisfacer las exigencias de la justicia, entonces se autorizan programas de discriminación “inversa”, con el propósito precisamente de alterar esa manera injusta de destruir poder y oportunidades. El objetivo acá es la igualdad de resultados, antes que la igualdad de oportunidades, toda vez que esta puede muchas veces ser indiferente ante injusticias en los resultados que una teoría de la justicia (igualitaria) no puede tolerar.

Finalmente, hay quienes fundan las medidas de acción afirmativa ya no en argumentos de justicia (compensatoria o distributiva), sino en la utilidad social que estas pueden reportar<sup>8</sup>. Así, se argumenta, “un sistema de acciones positivas está justificado cuando es necesario o conveniente para maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto”<sup>9</sup>. En los Estados Unidos, país donde la discriminación positiva es extensamente discutida y que ha conocido muchos

5 Rodríguez, op. cit., p. 634 y ss.

6 Nagel, op. cit.

7 Ver, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 223- 238; *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 147-162, y *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*, Cambridge: Harvard University Press, 2000, pp. 386-426.

8 Rodríguez, op. cit., pp. 636 y ss.

9 *Ibidem*, p. 637.

casos, particularmente en el ámbito de la educación, es común que se aduzca el valor que la diversidad tiene como motivo para justificar las medidas de acción afirmativa. Desde 1978, año en que la Corte Suprema de ese país resolvió el primer caso sobre este tema (*Regents of the University of California v. Bakke*) hasta las decisiones más recientes, como *Gratz v. Bollinger* de 2003, el argumento sobre las bondades que tiene para el proceso educativo la interacción con personas de comunidades raciales diversas suele escucharse con fuerza. Esta interacción sería “beneficiosa” para todos, se dice. Como se observa, no estamos frente a un argumento de justicia sustantiva aquí, sino a uno que se enmarca dentro de concepciones utilitaristas, que dotan de legitimidad a decisiones por el incremento del bienestar social.

Uno de los problemas que se deriva de este tipo de concepciones es que el argumento de la diversidad puede oscurecer la manera inequitativa como opera este: quienes se benefician de las políticas deben ser los grupos desaventajados social e históricamente. Sin embargo, bajo esta modalidad no son ellos los que adquieren o se forman bajo un valor que no conocían; más bien, son los sujetos que pertenecen a grupos “mayoritarios” quienes, al interactuar con personas que, de no mediar la acción afirmativa probablemente no habrían conocido, adquieren vivencias y experiencias más “valiosas”. En este sentido, esta justificación entra en tensión con el requerimiento de no utilizar a las personas (tradicionalmente discriminadas) como medios (para que los demás se beneficien del contacto), sino como fines en sí mismos (la igualdad de resultados es un imperativo de justicia).

Es posible pensar, con todo, que en un programa de discriminación positiva conviven los tres tipos de argumentos, no obstante algunos de estos podrán resaltar por sobre los demás. Así, se podrá estimar que la razón principal para otorgar beneficios a un grupo postergado tiene que ver esencialmente con corregir los daños ocasionados, sin mirar a la utilidad que a alguien le reporte (como justificación normativa), o bien que sea esta la que determine en forma preferente la desigual distribución de bienes. En cualquier caso, importa tener presente que sin el diagnóstico que comentábamos más atrás, esto es, la existencia de una situación fáctica de desventaja social en que se encuentra un grupo, más un horizonte normativo que pone el principio de igualdad de resultados en el centro de lo prescrito, las medidas de acción afirmativa no tendrán suficiente plataforma de sustento legal y político.

Corresponde ahora, entonces, dar una breve mirada a la situación particular de los pueblos indígenas en Chile frente al uso de estas herramientas.

### **Acciones afirmativas y pueblos indígenas**

Siguiendo con el análisis que dibujé en la sección anterior, para analizar la pertinencia de implementar medidas de acción afirmativa a favor de pueblos indígenas en Chile, debemos, antes que todo, determinar acaso estamos o no en

presencia de un grupo que cumple con las características necesarias para ello. Esto es, si se trata o no de un grupo que ha sufrido marginación histórica y que, producto de los daños ocasionados, la posición que ocupa actualmente es de desventaja respecto de otras personas no pertenecientes a la categoría “pueblos indígenas”.

La respuesta a esta pregunta es bastante evidente: los pueblos indígenas son un grupo desaventajado en Chile, acaso el más desaventajado. Desde luego, si se mide en estadísticas sobre pobreza, la Araucanía -zona donde se concentra la población mapuche, que es el pueblo indígena más saliente de Chile- es la de mayor pobreza<sup>10</sup>. La desventaja, en todo caso, que funda la potencialidad de adoptar instrumentos de discriminación positiva no puede recaer única y exclusivamente en mediciones sobre pobreza o indigencia. También debe atenderse a las posibilidades de trabajo e inserción laboral que las personas que pertenecen al grupo usualmente marginado ostentan, así como a la magnitud de la voz que en el proceso de adopción de decisiones políticas puede predicarse de quienes forman parte del grupo.

Una vez más, esta forma de entender el asunto nos une a visiones que, esta vez desde el derecho constitucional, atienden a la especial situación en que se encuentran las personas pertenecientes a estos grupos. En esa óptica, la visión que postula que el Estado, por medio de sus jueces constitucionales, ha de mantener una mirada muy atenta cuando se trata de minorías “discretas e insulares” cobra especial fuerza<sup>11</sup>. Tal es el caso de los pueblos indígenas, no solo en Chile, sino en muchos países que han construido su identidad política y social en detrimento de sus pueblos originarios.

Así quedó sentado en las conclusiones del Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de 2003, que tuvo el cometido de generar propuestas en base a los antecedentes historiográficos sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile. En su informe, la Comisión llega al convencimiento que en la historia de la relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas se verificaron hechos que los principios de una sociedad democrática, con conciencia de la dignidad de todos sus miembros, no debe estar dispuesta a aceptar. Que sobre la base de reconocer esa historia, es necesario admitir que el estado y la sociedad chilena están en deuda con los pueblos indígenas que forman parte indisoluble de la nacionalidad chilena<sup>12</sup>.

10 Según la Encuesta CASEN 2009, en la Araucanía el porcentaje de pobreza alcanza el 27,1%, en circunstancias que el promedio del país es de 15,1%. La pobreza, en todo caso, es solo un indicador que, en mi opinión, no es suficiente y puede ser aun engañoso, para determinar la caracterización de desventaja social y política que hacen a un grupo acreedor de medidas de acción afirmativa.

11 Se trata de la teoría de adjudicación elaborada por John Hart Ely en *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press, 1980. Para una aplicación al caso de los pueblos indígenas en Chile, ver J. Contesse & D. Lovera, “Pueblos indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público 2010*, Santiago: Ediciones UDP, pp. 21-37.

12 *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2003, Vol. I, 2ª parte, “Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena”, p. 585.

A partir de este diagnóstico, la Comisión formula una serie de recomendaciones, algunas de las cuales serán comentadas hacia el final de este trabajo pues inciden precisamente en la adopción de instrumentos que discriminarían positivamente. Al estar basadas en consideraciones de justicia inter generacional, se apela a un fundamento de justicia compensatoria: lo que se busca es corregir daños producidos por una relación inequitativa, que produce consecuencias hasta el día de hoy. Pero lo que importa es que en la actuación estatal ha habido un tratamiento sistemático de injusticia, lo que justifica la implementación de esta clase de medidas.

Junto con esta visión, la posición de desventaja social en que se ubican los pueblos indígenas ha sido reconocida por la jurisprudencia local, utilizando no tanto criterios de justicia compensatoria, como de justicia distributiva. Así, cuando al fin el Congreso Nacional, tras casi veinte años de tramitación, daba su aprobación para la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse para verificar que no hubiese incompatibilidades entre el tratado y la Constitución (ya lo había hecho en 2000). En un decisivo pasaje de la sentencia de abril de 2008, el Tribunal señaló que “[...] la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1º de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, *para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia*, un mecanismo de participación ....”<sup>13</sup>.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo uno de los primeros casos donde se discutió la aplicación del Convenio 169 de la OIT, caracterizó las normas sobre consulta previa de este tratado internacional (contenidas en el artículo 6), como una forma de acción afirmativa, en atención a la desaventajada posición que los pueblos indígenas ocupan en el trazado social chileno. Si bien este argumento fue posteriormente suprimido por la Corte Suprema, es interesante, a los efectos de este trabajo, notar la forma como la Corte de Temuco razona: ella se pregunta acaso hay o no arbitrariedad en el actuar de la administración del Estado al no realizar una consulta previa, estando obligada a ello. Así, señala que “[...] por cierto que la Garantía del 19 N°2 [que establece la igualdad ante la ley] de nuestra Constitución se ve amenazada, puesto que de la igualdad legal o formal, debemos pasar a la material o de justicia y solidaridad. En este caso los actores, como comunidades indígenas son grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y autorizada por el ordenamiento, como son las Consultas aludidas, luego si su participación en materias de esta índole no es a través de la consulta se ve lesionada su igualdad ante la ley pues se le está tratando igual a la

13 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1050-2008, 3 de abril de 2008, considerando 15º (énfasis agregado).

demás población y ellos deben ser tratados de forma diferente como lo señala el convenio citado”<sup>14</sup>.

Como se ve, en este fallo -que en la parte citada es, sin embargo, dejado sin efecto por la Corte Suprema- se argumenta desde la perspectiva de la igualdad de resultados que comentamos más atrás. La Corte lo denomina igualdad “material o de justicia y solidaridad” pero, en los hechos, se trata de la aplicación de principios de justicia distributiva: a los pueblos indígenas no les resulta suficiente que en la Constitución se garantice a todos la igualdad ante la ley y, por lo tanto, no está en pugna, sino que se materializa el principio de igualdad cuando a las “comunidades indígenas” se les otorga un tratamiento diferenciado. Es, sin duda, una aplicación robusta de la idea de igualdad como resultado que, no obstante ello, no encontró en la Corte Suprema asidero, la que revocó finalmente la sentencia y eliminó ese considerando en particular<sup>15</sup>.

Para determinar la procedencia o no de acciones afirmativas debe tenerse en cuenta, tal como expuse al comienzo, no solo el compromiso con un criterio de igualdad como justicia distributiva (o compensatoria; o aun como utilidad social), sino, antes de ello, la certeza que, desde un punto de vista social, se está en presencia de un grupo en desventaja. La Corte de Temuco y el Tribunal Constitucional hacen eso en sus respectivos fallos: ellos justifican, de manera correcta, en mi opinión, ciertas decisiones *normativas* en base a situaciones *fácticas* determinantes. Sin embargo, hay quienes confunden ambas dimensiones y, así, entienden que porque normativamente se asegura el igual tratamiento a las personas, ello ocurre desde un punto de vista fáctico. Es el criterio que adopta el voto de minoría en la sentencia del Tribunal Constitucional citada atrás. Allí el ex ministro Mario Fernández argumenta que “... en el sexto párrafo del preámbulo del Convenio N° 169 de la OIT, objeto del acuerdo aprobatorio del Congreso Nacional en la especie, se señala como uno de los supuestos para su dictación el observar “... *que en muchas partes del mundo esos pueblos (los indígenas y tribales en países independientes) no pueden gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven..*”, aseveración que no es aplicable al Estado de Chile, cuya Constitución Política consagra en su primer artículo la plena realización espiritual y material posible para todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, “*con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”<sup>16</sup>.

El razonamiento del ex ministro Fernández es sorprendente. Y es que del hecho que la Constitución señale que algo *deba ser* de determinada forma no se sigue naturalmente que así sea en la práctica. La Constitución, en efecto, contempla el deber del Estado de contribuir a crear “las condiciones sociales que permitan

14 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, 21 de enero de 2010, considerando 11°. Para un análisis de esta y otras sentencias relacionadas con la aplicación del Convenio 169 OIT, ver Contesse & Lovera, *op. cit.*

15 Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1525-2010, 17 de mayo de 2010.

16 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1050-2008, 3 de abril de 2008, voto de minoría.

a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización”, pero ello no implica que en los hechos así ocurra, de modo que un juez constitucional no deba hacer el esfuerzo por mirar la realidad que lo rodea y advertir la brecha entre esta y los enunciados normativos que deben guiar la acción del Estado. Es por lo anterior que la doble dimensión a la que se ha hecho referencia en este trabajo es crítica: se debe tener un diagnóstico de la situación fáctica, acompañada de un juicio normativo robusto sobre el principio de igualdad. Las palabras del ex juez constitucional carecen de ambas cosas.

Si bien la Constitución no tiene referencias expresas a las posibilidades de adoptar medidas de acción afirmativa -como sí lo hace, por ejemplo, la Constitución colombiana-, es posible de todas maneras articular argumentos a favor de esta en base al texto constitucional. Como se dijo al comienzo, ya en el artículo 1º de la Constitución se consagra como valor fundamental la igualdad, no solo al declarar que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sino también al señalar que “[e]s deber del Estado [...] promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1º, inciso final). Una manera plausible de leer esta última cláusula es que en la *promoción* de la integración armónica, unida al deber estatal de asegurar el *derecho* de las personas a participar con igualdad de oportunidades hay parte de los fundamentos de medidas de acción afirmativa. Esta norma no señala que lo importante es asegurar la igualdad de resultados -no sería ello concebible en una constitución elaborada a espaldas de la ciudadanía y con un sesgo ideológico que mira la acción estatal con enorme desconfianza- pero en tanto la interpretación constitucional debe hacerse en atención al sistema que compone el conjunto de normas, es preciso mirar más allá del artículo 1º.

En este sentido, es pertinente la norma del artículo 19 No 2 de la Constitución, que consagra la igualdad ante la ley, en conexión con el artículo 5º, inciso 2º, donde se dispone que el ejercicio de la soberanía está limitado por los derechos fundamentales, reconocidos tanto por la Constitución como por tratados internacionales de derechos humanos. Esta norma, que ha dado lugar a eternas discusiones en la doctrina constitucional acerca de la jerarquía que ocuparían los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho chileno, es -en mi opinión- muy clara en cuanto a circunscribir la “esfera de lo indecible”, en palabras de Ferrajoli.<sup>17</sup> Ello porque, junto con limitar el ejercicio de la soberanía -generando, en rigor, un “coto vedado” para los órganos de decisión política, como lo denomina Garzón Valdés- la norma del artículo 5º impone un deber de actuación hacia *todos* los órganos del Estado. En efecto, allí se agrega que “[e]s deber de los órganos del Estado respetar y *promover* tales derechos”, lo que da cuenta que el constituyente no solo está interesado en que las autoridades mantengan una actitud de no transgresión de estas normas, sino que además

17 Ver Luigi Ferrajoli, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, U. de Talca, Año 6, No 8, 2008, pp. 337-343.

deben actuar proactivamente para que los derechos fundamentales sean una realidad. Pues bien, cuando se asegura que todos los integrantes de la comunidad tienen derecho a realizarse, a participar de la vida nacional en igualdad de condiciones y que todos merecen igual respeto y consideración -esa la manera de comprender el sentido de la cláusula general de respeto por la igualdad-, unida a los derechos que se garantizan a nivel internacional y que Chile ha hecho suyos, me parece que tiene asidero jurídico, no solo político, la obligación estatal de adoptar mecanismos de acción afirmativa para los pueblos indígenas.

Si uno atiende a los postulados del derecho internacional de los derechos humanos, baste con citar la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre no discriminación. Allí, el Comité, órgano que tiene a su cargo interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala con claridad la obligación que en ciertos casos pesa sobre los Estados de adoptar esta clase de medidas: "... el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto"<sup>18</sup>.

En este párrafo queda claro la conjunción a la que hemos aludido a lo largo de este trabajo: existiendo discriminaciones de hecho, existe fundamento normativo ("legítimo") para medidas de diferenciación, aun cuando ellas no sean permanentes. No quiere decir lo anterior que *toda* vez que haya una discriminación de hecho debamos por consecuencia discriminar positivamente: al juicio de distribución ha de sumarse el criterio compensatorio, que implica que esta discriminación ha sido sistemática, originada en acciones positivas o por omisión del actuar estatal y que los daños provocados en muchas ocasiones se vivencian en la actualidad, no solo en el pasado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha manifestado a favor de la adopción de estas medidas. Así, en su Opinión Consultiva 17 señala que "[e]xisten ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad

---

18 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 18 – "No discriminación", 10 de noviembre de 1989, pár. 10.

o desvalimiento en que se encuentran”<sup>19</sup>. Con posterioridad, la misma Corte entiende que bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado que vincula a Chile, “los Estados están obligados a adoptar *medidas positivas* para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”<sup>20</sup>. Queda claro que, para el tribunal interamericano, existen fundamentos jurídicos en la Convención Americana en cuya virtud Chile estaría obligado a avanzar en la implementación de este tipo de medidas, no solo en beneficio de pueblos indígenas, sino de cualquier grupo que haya sido perjudicado e histórica y sistemáticamente discriminado.

### Desafío para una agenda de acciones afirmativas sobre pueblos indígenas

Habiendo mostrado el fundamento de las medidas de discriminación positiva, así como la situación particular en que se encuentran los pueblos indígenas frente a ellas en Chile, cabe avanzar algunas consideraciones sobre cuáles podrían ser las decisiones a adoptar de modo de realizar el principio de igualdad, no tanto en su versión formal o como igualdad de oportunidades, sino materialmente, esto es, como una genuina igualdad de resultados.

Para ello no hace falta reinventar la rueda. En 2003, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato se hizo cargo específicamente de este tema, al establecer recomendaciones al Estado. Entre ellas, destaca en primer lugar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, que implicaría dar cabida en la Constitución a los pueblos en tanto pueblos, cuestión que supone una serie de complejidades adicionales que aquí no cabe examinar<sup>21</sup>. En opinión de la Comisión, y “de acuerdo a la evolución del derecho internacional y la práctica constitucional, una regla como la descrita permitiría sustentar políticas de discriminación positiva encaminadas a equiparar a los Pueblos Indígenas con el resto de la comunidad nacional”<sup>22</sup>.

Este principio general, que se derivaría como directriz de una cláusula que diera reconocimiento a los pueblos indígenas y sus derechos, se debiera materializar -siempre siguiendo los postulados del informe de la Comisión de Verdad Histórica- en medidas a ser aplicadas en el ámbito legislativo<sup>23</sup>, en la contratación de prestadores de servicios<sup>24</sup>, así como en el otorgamiento de subsidios sociales, específicamente en materia de vivienda<sup>25</sup>. Desde luego, estas recomendaciones no son exhaustivas,

19 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, p. 46.

20 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/2003, 17 de septiembre de 2003, p. 104 (énfasis agregado).

21 Ver, al respecto, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, Centro e Derechos Humanos UDP, 2010, pp. 219-221.

22 Informe de la *Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2003, Vol. I, 2ª parte, “Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena”, p. 588.

23 *Ibidem*, p. 589.

24 *Ibidem*, p. 616.

25 *Ibidem*, p. 632.

sino que deben entenderse como encaminadas a la materialización de los principios que deben animar el actuar de los órganos del Estado.

Con todo, tratándose de medidas de esta naturaleza a favor de pueblos indígenas, resulta clave retomar lo que páginas atrás comentábamos respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco: entender la consulta previa a que tienen derechos los pueblos indígenas bajo los estándares del Convenio 169 OIT como una medida de acción afirmativa. Lo anterior, no solo por la exigencia jurídica de realizar consultas, sino porque a pesar de la buena fe con que las recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica se hacen, en su aplicación práctica podrían provocarse consecuencias no previstas y que no ayudarían a terminar con los daños que se intenta reparar o bien podrían producirse otros nuevos, no contemplados inicialmente. Pienso, por ejemplo, en la sugerencia que se hace para que las “empresas que operan en comunidades indígenas” contraten a “empresas indígenas de la comunidad”<sup>26</sup>. No son pocos los casos en que la intervención de privados en comunidades indígenas genera división al interior de comunidades y pueblos indígenas, por lo cual el mecanismo de consulta se hace especialmente crítico para cautelar que los derechos de todos los interesados se hagan valer, en un marco de respeto a la diversidad de opiniones, sin olvidar que lo que se busca es reparar injusticias pasadas que causan mala distribución de bienes.

El énfasis, en este sentido, debe estar en la consideración de los pueblos como sujetos de derecho colectivos, no individuales, lo cual naturalmente genera desafíos para la implementación de políticas y medidas de acción afirmativa que han de ser comprendidos a cabalidad por los órganos del Estado responsables de dotar de sentido a los principios que informan la política indígena. Dicho de otra manera, en tanto el principio de autodeterminación es clave para el pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas, las recomendaciones que se hacen en el informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato deben ser sometidas a examen cuidadoso de manera que ellas cuenten con la legitimidad que se requiere para que tengan efecto y puedan, en definitiva, servir de herramientas genuinas para integración social y la igualación de resultados que se busca<sup>27</sup>. No basta, en mi opinión, con el diagnóstico que ya se tiene -lo que, por cierto, es muy significativo- si este no se conecta o actualiza con la manera como se manifiestan las demandas presentes y futuras de los pueblos indígenas. A ello nos obliga, en definitiva, el principio de igualdad.

## Conclusión

En este breve trabajo, he explorado algunas de las justificaciones que suele darse para la adopción de medidas de acción afirmativa teniendo como base de análisis la situación de los pueblos indígenas en Chile. Como es sabido, se trata

26 *Ibidem*, p. 616.

27 Sobre la importancia de la autodeterminación como principio regulador en materia indígena, ver S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Trotta, 2005, pp. 135-173.

de un grupo social, política y económicamente desaventajado, respecto del cual el Estado chileno mantiene una importante deuda que no ha podido saldarse a pesar de los años y los múltiples esfuerzos de actores estatales y no estatales por avanzar en la corrección de las injusticias cometidas.

He sostenido que la discriminación positiva es una política que un Estado adopta para remediar y mejorar la posición de un grupo que ha sufrido injuria de manera sistemática en el tiempo. Ella, he dicho, puede fundarse en criterios compensatorios, distributivos o bien de utilidad social, y he mirado el caso chileno, particular aunque no exclusivamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para sostener que existe entre nosotros la caracterización de los pueblos indígenas como un grupo que puede reclamar legítimamente medidas de esta naturaleza. En seguida, he intentado mostrar que, a pesar del aparente silencio constitucional, es posible fundar un reclamo normativo respecto ya no de la necesidad, sino de la obligación (legal) de implementar esta clase de medidas para los pueblos indígenas, tomando en cuenta especialmente los requerimientos que el derecho internacional de los derechos humanos impone al país, particularmente por medio de la limitación del ejercicio de la soberanía de los órganos políticos.

Finalmente, he sostenido que los lineamientos y propuestas contenidos en el informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato son de utilidad para no pensar desde cero las medidas que el Estado podría y debería adoptar a fin de igualar, no en las oportunidades formales, sino en los resultados materiales, la situación de los pueblos indígenas y los demás ciudadanos.

Para concluir, solo queda una reflexión: en un país con una cultura legal esencialmente formalista, durante los últimos años se ha estado tramitando en el Congreso Nacional un proyecto de ley que establecería medidas contra la discriminación. Se trata de un importante paso para materializar las exigencias constitucionales que impone el principio de igualdad y por ello preocupa que en 2011, el Congreso haya quitado de los objetivos de lo que sería esta ley la prevención y eliminación de la discriminación, dejando este instrumento únicamente como un mecanismo de remedio judicial<sup>28</sup>. Es en la eliminación (pasada y presente) y en la prevención (futura) donde las medidas de acción afirmativa se hacen especialmente relevantes, de modo que una legislación que se contente con el establecimiento de una acción judicial, si bien es positivo, dista mucho de los requerimientos que nuestro país tiene con los grupos que históricamente han sido mal tratados por el Estado, ya sea por acción-como de hecho ocurrió con los pueblos indígenas-, ya sea por omisión, como sigue aconteciendo a diario con

---

28 Ver Boletín Trimestral del Observatorio Parlamentario, Boletín Trimestral del Observatorio Parlamentario, 2º trimestre, Año Legislativo 2011, "Proyecto sobre medidas contra la discriminación fue despachado por la Comisión de Constitución del Senado para su próximo debate en Sala", disponible en <http://www.humanas.cl/boletinobs/uno.html>.

miles de chilenos y chilenas que viven la discriminación en completo silencio en invisibilidad.

## **La importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados. Análisis desde la perspectiva de la diversidad sexual.**

**Pablo Cornejo Aguilera, Libertades Públicas**

**E**n primer término, desearía comenzar esta exposición agradeciendo al Instituto Nacional de Derechos Humanos la oportunidad que esta mañana nos brinda de poder analizar el desarrollo de las políticas de acción afirmativa que van en beneficio de grupos históricamente excluidos. Soy un convencido que la existencia misma de estas instancias de debate son relevantes, no tanto por que permitan el intercambio de ideas o por que estimulen la investigación, sino porque ayudan a visibilizar a aquellos grupos tradicionalmente excluidos, dando de esta forma un primer pero importante paso en su afirmación. En este sentido, como bien lo desarrolló Tzvetan Todorov<sup>1</sup> en su ensayo *“La Conquista de América. El Problema del Otro”*, la comprensión y el amor, como formas máximas de aceptación de cualquier otra persona, suponen previamente un conocimiento y reconocimiento del otro, a partir de sus propias particularidades; las cuales, agregaríamos, pasan a ser concebidas como formas válidas de expresión de una común humanidad.

Por esta razón, podemos decir que la propia labor de posicionamiento de las demandas de los grupos excluidos en el espacio público constituye una primera invitación a conocer las realidades que les ha tocado vivir, no desde una perspectiva marcada por el estereotipo socialmente construido, sino desde la propia identidad por ellos reivindicada, elemento indispensable para exista un verdadero reconocimiento, fundado en una igualdad respetuosa de las particularidades, que propenda al desarrollo de una revisión crítica de nuestras concepciones de justicia, única forma de alcanzar una sociedad realmente inclusiva y respetuosa de los derechos humanos.

Acorde con lo expuesto, dividiremos la presente ponencia en dos partes: en la primera de ellas, dará cuenta de las principales objeciones anti-igualitarias que se han desarrollado, las cuales siguen teniendo un fuerte impacto en la manera cómo nuestra sociedad se enfrenta a las demandas de reconocimiento de las personas de orientación sexual diversa, cuestionando su razonabilidad como criterios justificadores de la exclusión; mientras que, en la segunda, se analizará el rol que le corresponde al Derecho frente a esta situación, poniendo énfasis en cómo las diversas concepciones que se han desarrollado sobre la igualdad nos obligan a desarrollar distintas medidas de afirmación, particularmente, en ordenamiento nacional.

---

1 Todorov, Tzvetan (2000). *La Conquista de América. El Problema del Otro*. 11ª Edición (México D.F. Siglo XXI Editores).

Con todo, antes de comenzar con el análisis debo hacer una prevención: mi objeto de estudio ha sido preferentemente las transformaciones que ha experimentado el Derecho con la finalidad de reconocer como nuevas estructuras familiares aquellas construidas en torno a la relación afectiva existente entre dos personas del mismo sexo. Por esta razón, y considerando las diferencias que existen desde la perspectiva de género entre las diversas categorías que podemos encontrar dentro del abanico de las orientaciones sexuales diversas, es muy posible que el análisis que sigue no logre comprender satisfactoriamente otras realidades, frente a lo cual no puedo sino disculparme.

### **Derribando mitos: la definición natural de la sexualidad y de la familia**

Las decisiones que el legislador adopta con la finalidad de regular la sexualidad de los ciudadanos no son valorativamente neutras, sino que están fundadas en determinados principios cuya promoción es considerada socialmente valiosa en un momento determinado. Y en el caso chileno, hasta hace muy pocos años, todo lo que tenía relación con la regulación de la sexualidad se encontraba estrechamente vinculado con la familia y con su pilar fundamental, el matrimonio. La vigencia de esta afirmación resulta, a mi juicio, evidente, bastando para justificarla el considerar que, incluso dentro de un plano semántico, todo lo que concierne a la regulación de la sexualidad se ha entendido tradicionalmente incorporada dentro de una rama específica del Derecho, que se denomina derecho de familia: así ocurre con la filiación, con el matrimonio y con el concubinato en materia civil. Incluso, nuestro código penal sigue manteniendo simbólicamente los delitos relacionados con la actividad sexual (a saber, aborto, violación, estupro e incesto) dentro del Título VII de su Libro II, relativo precisamente a los “*Crímenes y Simples Delitos contra el Orden de las Familias y la Moralidad Pública*”, pese a que el bien jurídico protegido por cada uno de estos tipos sea diverso.

Sin embargo, lo que no es evidente, pese a que usualmente trate de presentarse de esa forma, es que el legislador deba tratar conjuntamente familia y sexualidad. Por el contrario, incluso *prima facie*, creemos que la afirmación de un derecho a la privacidad y una afirmación del control del propio cuerpo de por sí son buenas razones para exigir un tratamiento separado, como el que ha tenido lugar en Chile con las parejas homosexuales desde la derogación del antiguo artículo 365 del Código Penal. Sin embargo, esta primera separación ha pasado por negar la validez de las orientaciones sexuales diversas, las cuales han quedado confinadas a un espacio de inexistencia dentro del lenguaje del Derecho. Por esta razón, en este punto, nos interesa ir un paso más allá, argumentando por la conveniencia de incorporar un en nuestro ordenamiento reconocimientos legales explícito a las orientaciones sexuales diversas.

Como señalábamos anteriormente, en nuestro país, esta visión que une sexualidad y familia, tratándolas bajo una óptica heteronormativa ha sido presentada evitando explicitar la existencia de una opción valorativa o de una determinada

concepción de lo bueno, recurriendo para ello a la supuesta existencia de un orden natural que debe ser respetado por el legislador. De esta manera, los adeptos a esta visión se opusieron en su oportunidad a la igualación de los hijos, argumentando que la ley no puede igualar lo que la realidad ha hecho desigual<sup>2</sup> a la modificación del artículo 365 del Código Penal, justificando su oposición en el que se trataría de una aberración, de un falso ejercicio de la libertad destinado a fines intrínsecamente injustos, en cuanto la sodomía *ex definitione* supone un ejercicio de la sexualidad que se cierra a la posibilidad de la concepción<sup>3</sup>; a la disolubilidad del matrimonio, argumentando que el matrimonio es, por su esencia, indisoluble<sup>4</sup>; y que el día de hoy se oponen a la existencia de un estatuto para las parejas del mismo sexo, fundándose en que la familia es una entidad que por su naturaleza está destinada a servir de marco a la procreación y crianza de los hijos<sup>5</sup>; o que incluso se oponen a la inclusión de las categorías de *orientación sexual* o de *identidad de género* en el Proyecto de Ley Anti-Discriminación.

Sin ir más lejos, tratándose de la regulación de las familias formadas por parejas del mismo sexo, autores que sostienen estas tesis como el profesor Corral Talciani, han argumentado públicamente que se trataría de un contrasentido para el Derecho de familia y de algo innecesario desde el punto de vista patrimonial, atendido el hecho que se trata de una unión naturalmente infértil donde la regulación de los aspectos patrimoniales puede ser alcanzada mediante al recurso a instrumentos propios del Derecho de los contratos o del Derecho societario.

En nuestro concepto, la expuesta se trata de una concepción de la sexualidad y de la afectividad (base de la familia) absolutamente insostenible. En efecto, más allá que incluso desde una perspectiva “natural” sea erróneo afirmar que la homosexualidad es una desviación, en la medida que se trata de un comportamiento ampliamente documentado en la naturaleza, o que sea erróneo atribuir una cierta y determinada función a nuestro cuerpo, privando a cada persona de la posibilidad de tomar decisiones sobre él (nótese en este punto que el mismo hecho de besarse, como expresión de afectividad, no sería natural desde esta perspectiva, desde el momento que no se condice con las funciones de nuestra boca y parece obedecer más bien a una construcción cultural); incurre en el error de determinar las decisiones éticas que debe tomar cada sociedad prescindiendo

2 Corral Talciani, Hernán (1993). “¿Igualar lo Desigual? Notas sobre la Equiparación Jurídica entre Hijos Legítimos e Ilegítimos”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 20, N°1, pp. 21-37.

3 Rossi Carvajal, Paola (1998). “Rechazo a la Despenalización de la Sodomía desde el Punto de Vista del Magisterio de la Iglesia y del Derecho Natural”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N°4, pp. 915-937.

4 Ugarte Godoy, José Joaquín (1989). “Matrimonio: Notas sobre su Concepto, Naturaleza y Régimen”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 16 N°3 pp. 753-761; Guzmán Brito, Alejandro (1995). “¿Matrimonio Indisoluble o Unión Disoluble no Matrimonial?” *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. XVI, pp. 225-234.

5 Corral Talciani, Hernán (2007). “Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia”, En: AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, pp. 249-264

de la posibilidad de un debate reflexivo entre las diversas concepciones de bien que pueden desarrollar las personas, en cuanto sujetos autónomos y dignos.

En este sentido, compartimos plenamente lo señalado por el profesor De Lima Lopes, en orden a que *“La moral y la ética son el campo en que se construyen y se interpretan las conductas humanas que no dependen de las determinaciones naturales. Los seres humanos valen como personas justamente porque son capaces de darse fines (a esto se denomina autonomía) y sólo pueden hacerlo en contraste con las regularidades determinantes de la naturaleza. Valen porque son sujetos y no objetos. Nadie tiene por finalidad morir: esto se descarta, ya que de todas maneras todos moriremos. En argumentos morales, no es sencillo invocar a la naturaleza como determinadora de prescripciones: la naturaleza no es prescriptiva, es determinante, lo que es muy diferente”*<sup>6</sup>.

Por lo demás, en una sociedad determinada por una concepción de lo justo como la sostenida por estos autores, la reflexión crítica sobre la justicia de nuestras instituciones sociales estaría excluida, desde el momento que la corrección ética de las decisiones sociales no dependerá de la posibilidad de suscitar adhesiones voluntarias de personas autónomas, que consideran que el respeto de esas instituciones es importante para asegurar un reparto equitativo de bienes básicos o de las ventajas de la vida en sociedad, sino simplemente de su conformidad con un orden no cuestionable que se sitúa en un plano fuera de discusión.

Sin embargo, lo que resulta más llamativo es que la noción defendida como “natural” ni siquiera logra satisfacer mínimas pretensiones descriptivas: ni la familia, ni el matrimonio, ni la regulación de las relaciones entre personas del mismo sexo han recibido siempre y en todo lugar la misma configuración. Sin ir más lejos, y siguiendo en este punto a Carbonnier, en el propio plano de lo que entendemos por “familia” nuestras sociedades occidentales han experimentado profundas transformaciones durante la segunda mitad del siglo veinte, expresadas, por ejemplo, en una mayor valoración de los factores de cohesión afectiva antes que los sanguíneos, o en una progresiva contracción de la familia, definida ahora principal y casi exclusivamente por los integrantes de lo comúnmente llamado “familia nuclear”; a lo cual nosotros agregaríamos el impacto que tuvo en su función dentro de la sociedad la plena integración de la mujer al mundo laboral (con la consecuente ruptura de los roles clásicos jerárquicamente establecidos, donde el marido era quien tradicionalmente participaba de los espacios de socialización ajenos a la familia misma) y el desarrollo de los métodos anticonceptivos, que terminaron por entregar a las personas (principalmente, las mujeres) un mayor control sobre sus propios cuerpos y planes de vida.

En Chile, si bien se experimentaron las señaladas transformaciones, fue un poco más lento su reconocimiento institucional. En efecto, una vez que retornó la

6 De Lima Lopes, José Reinaldo (2005). “El Derecho al Reconocimiento para Gays y Lesbianas”. *Revista Internacional de Derechos Humanos SUR*. Año 2 N°2, pp. 67-97

democracia, dos de los temas que ocuparon por largos años la agenda legislativa fue la igualdad de todas las categorías de hijos y la introducción del divorcio vincular. Así, mientras por una parte, la promulgación de la Ley N° 19.585 viene a significar un primer reconocimiento de esta nueva realidad familiar, desde el momento que termina con el reconocimiento del matrimonio como único espacio válido de ejercicio de la sexualidad (legítimo, si usamos la antigua terminología del Código); la Ley N° 19.947 viene a profundizar esta reforma, al permitir definir el matrimonio como una institución basada en la afectividad y la solidaridad entre los cónyuges, cuya finalidad, más que permitir la reproducción, es dotar a la pareja de un estatuto que les permita desarrollar sus proyectos de vida<sup>7</sup>.

Como puede apreciarse, la afirmación de estricta unión entre sexualidad y familia hoy está en entredicho en nuestro Derecho, tratándose propiamente de dos ámbitos que presentan conexiones eventuales, por ser ambos ámbitos que miran al desarrollo de la persona y de sus planes de vida.

Con todo, el hecho que se hayan producido las señaladas transformaciones no nos entrega una respuesta en orden a si son o no correctas. Para contestar esa pregunta debemos referirnos a porque ellas satisfacen los estándares de corrección definidos en nuestra legislación, mediante la afirmación de los derechos fundamentales.

### **La mirada desde los derechos fundamentales: dignidad, autonomía e igualdad**

Como se puede apreciar de lo anteriormente expuesto, en la actualidad nuestro ordenamiento presenta una importante diferenciación en lo que respecta al grado de reconocimiento que confiere a las parejas heterosexuales quienes, además de encontrarse en la actualidad con que el ejercicio de la sexualidad en el ámbito de la pareja no matrimonial es una conducta legítima y amparada por el Derecho en un plano de igualdad con su ejercicio dentro del matrimonio, siempre podrán optar por el reforzamiento simbólico de su relación a través del recurso a la institución matrimonial, ahora concebida como un recurso que, suponiendo la existencia de un compromiso duradero, busca que los cónyuges puedan realizar sus planes de vida; y el que confiere a las parejas homosexuales, realidad oculta e silenciosa, que no logra trascender al plano comunicativo del Derecho, en lo que constituye, en la mejor de las interpretaciones posibles, una invalidación al menos tácita de la opción de vida adoptada por esas personas.

En otras palabras, mientras las transformaciones reseñadas han significado para las parejas heterosexuales una ampliación de las opciones de vida que pueden desarrollar legítimamente, dotadas de reconocimiento social, para las parejas

<sup>7</sup> Esto puede ser apreciado si se considera que, actualmente, la impotencia de uno de los cónyuges ha dejado de ser un impedimento para contraer matrimonio y consecuentemente, una causal de nulidad del mismo, siendo en la actualidad solamente una cualidad que puede ser alegada por el otro cónyuge si al momento de contraer matrimonio desconocía este hecho, con lo cual se pone énfasis en la frustración de la posibilidad de desarrollo de un plan de vida de uno de los cónyuges antes que en la imposibilidad de consecución de uno de los "fines" del matrimonio.

homosexuales ellas sólo han implicado la creación de un espacio privado donde expresar su afectividad sin temor a verse expuesto a la persecución del poder público, pero sin poder demandar una validación social. Sobre este punto, creo que la situación actual de la legislación nacional afecta la autonomía de las personas de orientación sexual diversa que quieren vivir una vida afectiva, al igual como la vivimos todos quienes nos definimos como heterosexuales. Explicaremos este punto.

La autonomía personal consiste en la capacidad de definir cuál es la vida que consideramos deseable vivir y de poder desarrollar nuestras acciones en forma consecuente con ese plan, en búsqueda del propio bienestar y realización personal. En términos muy simples, si consideramos que la autonomía personal es un valor que debe ser respetado, es porque consideramos que existe una radical igualdad entre todas las personas, la cual deriva de su calidad de agentes morales, capaces de formarse sus propias convicciones y de convertirse en el mejor árbitro de sus propios intereses, lo cual las capacita para tomar las señaladas decisiones éticas que definan cual es su proyecto de vida buena.

Pues bien, el Estado afecta esta autonomía personal cuando invalida el desarrollo de ese plan de vida, en una decisión que, por el carácter lesivo que tiene para nuestra concepción moral de persona, debe encontrarse suficientemente fundada y responder a la protección de otros intereses legítimos. En el caso de la ausencia de reconocimiento a las parejas del mismo sexo, esta invalidación respecto de la decisión de desarrollar una vida afectiva plena y significativa se produce en un doble ámbito: por un lado, desde una perspectiva práctica, se está negando el acceso a los mismos recursos materiales y simbólicos a los que una pareja heterosexual si tiene acceso, lo cual dificulta para las parejas del mismo sexo la realización de su plan de vida; mientras que, desde una perspectiva puramente simbólica, se está afirmando socialmente una menor validación social a la decisión de compartir la vida con una persona del mismo sexo, en circunstancias que, en ambos casos, nos encontramos con una realidad similar, cual es la existencia de un compromiso afectivo duradero, de una voluntad de compartir la vida y hacer una nueva vida en común.

Precisamente, esta distinción en el momento de definir la posibilidad de acceso a instituciones públicas y la afectación misma de la validez de la decisión autónomamente adoptada, hacen que las demandas de regulación como realidad familiar que formulan las parejas de personas del mismo sexo sean tratadas como demandas de reconocimiento de una determinada opción de vida, habiendo surgido recientemente el concepto de ciudadanía sexual precisamente para dar cuenta de cuáles son los derechos y obligaciones atribuidos a un individuo con base a sus prácticas sexuales.

Sin embargo, la autonomía (y en último término, la dignidad de las personas) no es el único principio fundante de nuestro sistema que está siendo afectado por la

actual omisión legislativa en que incurre nuestro ordenamiento. Adicionalmente, la ausencia de una regulación de pareja supone una infracción al principio de igualdad.

En su sentido más elemental, la igualdad como derecho exige un tratamiento similar de parte de las instituciones sociales para todas las personas que se encuentren en una posición asimilable. Sin embargo, aún dentro de esta primera concepción de igualdad, y en lo sucesivo seguimos al profesor William Eskridge Jr.<sup>8</sup>, es posible distinguir tres vertientes distintas, que están siendo afectadas por la actual regulación o que pueden ser promovidas mediante las reformas legales pertinentes.

En primer término, existe una igualdad formal, que es característica del liberalismo moderno, la cual requiere simplemente que el Estado aplique las mismas reglas establecidas a cada persona, a menos que luego de un análisis razonado de la regla se llegue a la conclusión de que es necesaria hacer una diferenciación. Evidentemente, esta primera garantía que proporciona la igualdad puede presentar tensiones incluso desde la perspectiva de las personas de orientación sexual diversa que formulan las demandas, desde el momento que sus exigencias pueden ser entendidas como una imposición de uniformidad, basada en que la existencia de un sujeto abstracto que sería tomado como parámetro al momento de construir las instituciones sociales y en la prohibición de considerar las características personales de los destinatarios para la atribución de determinados derechos.

Las ventajas de una argumentación basada en la igualdad formal como forma de presentar las demandas de acceso a las instituciones públicas radican en el carácter afianzado que presentan dentro del discurso jurídico y en la inversión de la carga de la argumentación que su propia aparición produce<sup>9</sup>. Sin embargo, existen ciertos elementos problemáticos, relacionados con la necesidad de reconocimiento. Así, entre los problemas que ella puede traer aparejados quedan bien reflejados en alguna doctrina y jurisprudencia norteamericana relativa al acceso a la institución matrimonial, la cual, más que estar fundada en la demanda de reconocimiento que plantean las parejas del mismo sexo, disuelven el problema dentro del binomio hombre/mujer, señalando que el quebrantamiento al principio de igualdad en el acceso al matrimonio se produce desde el momento que, mientras un hombre tiene permitido contraerlo con una mujer, una mujer no podrá hacer lo mismo con otra; o en las aprensiones que ciertos colectivos de lesbianas en Europa y en Estados Unidos presentaban frente al acceso igualitario al matrimonio, fundadas en que la ampliación del matrimonio como forma de

8 Eskridge Jr., William (2000) "La Discusión del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y Tres Conceptos de Igualdad" Revista Jurídica Universidad de Palermo. Recurso electrónico disponible en: [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/Especiales\\_SELA/SELA%201999%20-%20Ed%202000/04SELA99Juridica11.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/Especiales_SELA/SELA%201999%20-%20Ed%202000/04SELA99Juridica11.pdf)

9 En una sociedad que afirma la igualdad entre sus miembros como principio general, el tratamiento discriminatorio está sujeto en principio a sospecha, correspondiendo a quien alega que se trata de una diferencia justificada la carga de argumentar las razones que lo justifican.

regulación de la vida de pareja suponía, en último término una ampliación de su lógica jerárquica y heteronormativa a grupos que hasta ese momento construían sus relaciones en base a una concepción igualitaria y basada en una lógica de género distinta.

Junto a esta primera concepción de igualdad, surge una segunda, la igualdad reparadora. Se trata de una concepción que, alejada de la óptica distributiva que supone el aseguramiento de la igualdad de acceso, se funda en la existencia de una suerte de justicia retributiva, conforme a la cual, si el Estado ha ayudado a crear las actitudes perjudiciales estigmatizando a una categoría de personas, el Estado ha producido un daño no solamente al grupo histórico que fue objeto de la discriminación o de la violencia, sino a todos los individuos actuales del grupo, cuyas oportunidades son limitadas por la persistencia de esas actitudes y por otras barreras institucionales vigentes. En este punto, como bien señala el profesor Eskridge, nuestros Estados presentan una gran deuda con las personas de orientación sexual diversa, desde el momento que, al criminalizar conductas consensuales y al difundir una ideología con supuesto asidero científico conforme al cual se trataba de relaciones patológicas, lo que ha hecho no es sólo contribuir a los estereotipos modernos que ven a la gente homosexual como promiscuos e incapaces de formar uniones estables, sino que ha excluido en la práctica a las parejas del mismo sexo incluso de la posibilidad de recurrir a los recursos simbólicos que forman parte de los ideales románticos que saturan nuestras culturas.

Garantizar el acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo podría ser, en este ámbito, un buen comienzo para desarrollar la función reparadora, en la medida que implica una validación social del compromiso asumido por las parejas del mismo sexo y con ello, una validación de su forma de vida, cuyos efectos trascenderán de la pareja misma e involucrarán a sus familias. Sin embargo, el punto donde realmente esta noción reparadora de la justicia debe desarrollar toda su fuerza es en el ámbito de la protección de las personas con orientación sexual diversa, frente a los ataques de otros miembros de la comunidad o de los discursos de odio, lo cual sólo se puede conseguir a través de leyes anti-discriminación<sup>10</sup>.

Finalmente, el profesor Eskridge es capaz aún de identificar una última concepción de igualdad: la igualdad transformadora. Conforme a ella, el reconocimiento de una igualdad respetuosa de la diversidad ofrece una importante oportunidad para que la sociedad y el Estado reflexionen sobre las prácticas pasadas, con la finalidad de rediseñar las instituciones de tal manera que sean mejores para la sociedad en su conjunto.

10 Precisamente, un tema quizás más urgente aún, es la incorporación de la identidad de género dentro de las categorías sospechosas que prevé el Proyecto de Ley Anti-Discriminación. Las personas transexuales aún sufren las consecuencias de la estigmatización social y de la marginalización, siendo habitual conocer en los medios de comunicación la existencia de violentos ataques en su contra. De esta forma, resultaría realmente inexplicable que las personas más discriminadas en nuestro país no contasen con esta protección especial.

En el caso de la regulación de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, no es posible dejar de advertir que este fenómeno ha tenido lugar en muchos países, debiendo entre ellos destacarse el caso neerlandés, donde a partir de las discusiones referidas al acceso al matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo se ideó como primera solución la existencia de un acuerdo registral, abierto a todo tipo de parejas, que coexistiendo junto con el matrimonio desarrollará sus mismos efectos, con la finalidad de crear instituciones sociales más inclusivas. En el caso chileno, esta misma discusión puede significar grandes avances, bien sea abriendo modelos alternativos de conyugalidad, como ocurre con los Acuerdos de Vida en Pareja, o bien sea cuestionando las reglas actualmente vigentes que rigen el matrimonio, a fin de determinar si su construcción satisface en términos generales los imperativos de igualdad desde una perspectiva de género (como debiese ocurrir, por ejemplo, con las reglas de la sociedad conyugal).

De esta forma, podemos constatar que las transformaciones que han experimentado nuestras instituciones sociales no han tenido aún el mismo alcance legitimador para las personas heterosexuales que deciden construir su vida de pareja al margen del matrimonio que para las parejas de personas del mismo sexo, encontrándose todavía pendiente la respuesta a la demanda de reconocimiento simbólico y práctico que supone su regulación en nuestro ordenamiento. Atendido el hecho que este silencio legislativo importa, en último término, una afectación de la autonomía de las personas y de su acceso igualitario a las instituciones sociales, creo que constituye un imperativo de justicia dotar a las parejas del mismo sexo de un estatuto de pareja, que reconozca la dimensión afectiva de la unión.

### **¿Cómo la legislación desarrolla estas finalidades? Conclusiones: algunas perspectivas para la realidad nacional**

Como hemos tenido la oportunidad de analizar, el derecho es socialmente construido, que desarrolla su relevancia en al menos dos ámbitos. Así, mientras desde un punto de vista prescriptivo, el Derecho tiene la pretensión de regular las conductas humanas, inhibiendo la realización de aquellas que contrarían sus mandatos; desde un punto de vista simbólico, el derecho ocupa un rol preponderante dentro del espacio público, definiendo la corrección de las conductas y cumpliendo un rol de validación. En este sentido, como señalara el profesor Enrique Barros, *“el derecho constituye un orden que favorece la interacción de infinidad de personas, en un espacio que es público, pero no estatal. El derecho establece las condiciones para la creación de un espacio público de discernimiento, de comunicación, asociación e intercambios al interior de la sociedad”*, lo cual necesariamente nos lleva a concluir que, en la medida que define ese espacio público de discernimiento, tiene el poder para definir lo correcto y lo incorrecto, que formas de vida merecen ser vividas, respetadas y promocionadas como “vidas buenas” y que formas de vida gozarán simplemente de un respeto mínimo que las excluye del espacio público.

En el caso chileno, las demandas de las parejas del mismo sexo se han encontrado cubiertas por un manto de invisibilidad. El ordenamiento nacional sólo el año 1999 dejó de sancionar penalmente la sodomía (tipo penal que, debido a su falta de aplicación, desarrollaba esencialmente una función simbólica, de demarcación). A la fecha, no existen reglas que reconozcan a las parejas homosexuales, privándolas de la función de reconocimiento simbólico que desarrolla el derecho, e incluso, las soluciones jurisprudenciales desarrolladas frente al fenómeno de la convivencia, basadas en criterios de aportes patrimoniales a la vida en común, hasta el día de hoy inexplicablemente continúan incorporando como elemento relevante dentro de su definición la diferencia de sexo entre los convivientes<sup>11</sup>. De la misma forma, debemos hacer notar la falta de desarrollo de la función reparadora de la igualdad y de las consecuencias que ella implica, reflejadas sobre todo en las dificultades que ha presentado el reconocimiento de las categorías de *orientación sexual e identidad de género* como categorías sospechosas.

Por estas razones, la introducción de las modificaciones legales comentadas es un imperativo de justicia, destinado a reconocer como miembros iguales de nuestra sociedad, con los mismos derechos y con una forma de vida igualmente buena a las personas de orientación sexual diversa.

Para finalizar, desearía hacer una reflexión, que sugiere el alcance transformador de la realidad que puede llegar a tener una legislación igualitaria. En el Derecho comparado, tanto las leyes de identidad de género, como las leyes anti-discriminación y el reconocimiento legal de las uniones de pareja del mismo sexo han desarrollado una importante función de validación y reconocimiento. Ningún país que ha desarrollado su normativa por la vía parlamentaria ha visto peligrar los avances que se han producido en estos ámbitos. Por el contrario, la tónica ha sido siempre una mayor igualación en los derechos, lo que sugiere un cambio hacia sociedades más inclusivas.

---

11 El único reconocimiento jurisprudencial que hasta el momento se ha dado a las relaciones de convivencia entre personas del mismo sexo, se produjo en sede penal, a fin de comprender dentro del tipo que sanciona la violencia intrafamiliar a las lesiones que se produzcan al interior de estas parejas de convivientes.

## PANEL 4

# CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS EN CHILE

### Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales.\*

Carlos Carmona Santander, Ministro del Tribunal Constitucional

Agradezco la oportunidad de referirme a un tema tan relevante y relativamente nuevo en nuestro país. No sucede lo mismo en otras partes, en que ha tenido un período de desarrollo y de crisis. Además, se trata de un tema que plantea enormes complejidades, tanto en su diseño normativo como en el examen de su constitucionalidad.

Me propongo revisar cómo se entiende la acción afirmativa en otras latitudes; detectar las formas en que nuestro ordenamiento recoge este tipo de medidas; y señalar la manera en que el Tribunal Constitucional, en los pocos casos que le ha tocado conocer, lo ha resuelto.

## I. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS

### Sobre el término acciones afirmativas

Como suele suceder en muchos aspectos del Derecho, los autores discrepan sobre los términos que designan determinadas realidades. De ello no escapan las acciones afirmativas.

Martín Vida señala que *“En derecho estadounidense los términos “acción afirmativa” (affirmative action), tratamiento preferencial (preferential treatment) y discriminación afirmativa o inversa (affirmative o reverse discrimination) se emplean como sinónimos, aunque en general, se prefiere el primero de ellos, ya que con él se evita el empleo de denominaciones semánticamente menos neutras porque aluden expresamente a la idea de preferencia o de discriminación. En Europa se ha acogido la terminología anglosajona y así se habla de medidas de acción afirmativa o acción positiva”*<sup>12</sup>.

\* El autor agradece a William García y a Rodrigo Kaufmann, por la colaboración en este trabajo, y por sus comentarios.

12 Martín Vida, María Ángeles. Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva. Editorial Civitas, Madrid 2003, p. 36. En el mismo sentido se expresa María Ángeles Barrère Unzueta, para quien: *“La discriminación inversa estadounidense recibe en Europa también la denominación de discriminación positiva... La expresión discriminación positiva indicaría una diferenciación en positivo. Ahora bien, si nos situamos en un contexto discursivo en que la discriminación es algo malo o negativo*

Los autores se muestran críticos a la expresión “discriminación positiva”, pero la aceptan. Así, Ruiz Miguel señala que: *“Posiblemente la expresión discriminación inversa tiene en su origen una cierta connotación crítica o peyorativa, que parecería que prejuzga negativamente su justificación. Sin embargo, la expresión no sólo está ya asentada y aceptada por quienes la justifican, sino que no hay alternativa que describa mejor la naturaleza de la medida, que alude a la inversión de una discriminación precedente mediante una discriminación de signo opuesto. No es mejor, me parece, la expresión discriminación positiva, sólo aparentemente neutra o positiva, que, por cierto, es la utilizada por algún severo crítico, pues esta opción tampoco salva el carácter peyorativo que usualmente se cuelga del sustantivo discriminación y que, por ello, siempre permitirá al crítico retorcer el uso ponderativo del adjetivo positiva, incluso sarcásticamente: positiva para algunos -podrá decir-, pero negativa para los demás, como toda discriminación. Por lo demás, si se quiere evitar la carga emotiva peyorativa del término discriminación, el calificativo de inversa la neutraliza también como el de positiva”*<sup>1</sup>. Por su parte, Ballestrero<sup>2</sup> atribuye a Ronald Dworkin<sup>3</sup> la costumbre de usar las expresiones “acción afirmativa” y “discriminación reversa” como si fueran sinónimos.

### Sobre el origen histórico de las acciones afirmativas

Los autores anotan que las acciones afirmativas tienen dos puntos de partida históricos. Por una parte, la Constitución de la República India de 1950. Al respecto, Giménez Gluck señala: *“Nace en el constitucionalismo moderno con la Constitución de la República India de 1950 que, en su artículo 16.4, contiene el mandato de reservar puestos en la administración del Estado a los miembros de una casta (los intocables) secularmente marginada. Se trataba de compensar en las leyes la discriminación que los intocables sufrían en la sociedad, todo ello con la finalidad de alcanzar una situación más justa e igualitaria. De la India, donde se conocía como reservation policy (política de reservas), se extendió en la década*

---

*(y este es el contexto en el que es usada) la expresión discriminación positiva se presenta como una contradictio in terminis: si es discriminatoria no puede ser positiva... Se suele señalar que mientras la acción afirmativa o positiva favorece para la igualdad, la discriminación inversa privilegia para la igualdad”*. En: Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres, Editorial Civitas, Madrid 1997; p. 85-86.

- 1 Ruiz Miguel, Alfonso. Discriminación inversa e igualdad. En: El concepto de igualdad, Amelia Valcárcel (ed), Ediciones Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 81.
- 2 Ballestrero, María Vittoria. Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho N° 29, 2006, p. 60. Esta autora señala: *“La costumbre (creada, creo, por un artículo de Ronald Dworkin) de usar estas dos expresiones –affirmative action y reverse discrimination- como si fueran sinónimas, me parece la consecuencia de una confusión teórica o de una mala intención.... Reverse discrimination es una discriminación directa de alguna clase de individuos. Pero el fin de una acción positiva (legítima), en favor de las mujeres o de una minoría étnica o racial, no es discriminar a los hombres o a los blancos, sino promover, mediante tratos preferenciales la igualdad sustantiva de las mujeres o bien, de los que pertenecen a una minoría. La discriminación inversa puede ser el efecto de una acción positiva, pero de una acción positiva ilegítima, es decir, de un trato preferencial no justificado a la luz del principio de igualdad que debería constituir su fundamento (y su límite)”*.
- 3 Dworkin, Ronald. La discriminación inversa. En: Los derechos en serio, Editorial Ariel, 5° reimpresión, Barcelona 2002, p. 327 a 348.

de los sesenta a Estados Unidos, bajo el nombre de *affirmative action*, siendo utilizada respecto de las minorías sociales y las mujeres. Ya en los setenta y en los ochenta la figura jurídica alcanza su rango internacional: en Europa se utiliza básicamente para integrar a las mujeres; en países donde existen minorías raciales asentadas (mahoríes, en Nueva Zelanda, tamiles en Sri Lanka, bumiputeras en Malasia) se adopta para compensar la discriminación que por razón de su raza sufren estos pueblos. Hoy en día es una política muy extendida en todo el globo<sup>4</sup>. Por la otra, se encuentra el derecho norteamericano. Barrère Unzueta<sup>5</sup> indica al respecto: “El origen remoto de su significado más genérico (el de política antidiscriminatoria) se atribuye a los específicos poderes que ostenta el Presidente de los Estados Unidos como cabeza del Ejecutivo... Se suelen citar a este respecto los Executive Order N° 10.925 (1961) del Presidente J. F. Kennedy y la Executive Order N° 11.246, (1965) del Presidente L.B. Johnson. Concretamente, esta última, además de considerar ilegal la discriminación de las minorías raciales, en los contratos firmados por la Administración, instituye la Office of Federal Contract Compliance, con el fin de reforzar la cláusula de no discriminación. Esto supone que las empresas que contraten con la Administración por un monto superior a los 50.000 dólares, se encuentran obligadas a llevar planes de acción positiva<sup>6</sup>”. Cabe precisar, en todo caso, que las acciones afirmativas surgen en Estados Unidos en el marco de la lucha activa contra la discriminación por raza en la década de los 60. Recordemos que luego de *Brown v. Board of Education of Topeka*, se promulga la nueva Civil Rights Act, en 1964, que extiende la doctrina de la igualdad al mundo de la empresa, al considerar como práctica laboral ilegal el que un empleador suspenda o rechace contratar o despedir a un individuo, por razón de su raza, color de piel, religión, sexo u origen nacional.

En la Constitución norteamericana no existen normas expresas sobre no discriminación ni mandatos de promoción de la igualdad. Se construyó sobre la base de la XIV enmienda (1868), que establece que los Estados no pueden negar

4 Giménez Gluck, David. Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 15-16. En el mismo sentido, se expresa Martín Vida, op.cit. p. 35. quien señala: “Es la Constitución de la República India, de 26 de enero de 1950, la primera en incorporar en el nivel de constitucionalidad una referencia expresa a esta clase de medidas, en la modalidad concreta de reservation policy (política de reservas): en su artículo 16.4 se prevé la posibilidad de reservar un porcentaje determinado de puestos dentro de la administración del Estado a los miembros de la casta que ha padecido secularmente en mayor medida los efectos de la discriminación social en ese país, los intocables, como una manera de compensar a sus miembros por la historia de discriminación padecida y como un medio de elevar los niveles de igualdad real en la sociedad india”.

5 Barrère Unzueta, M. Á.; op.cit. p. 45.

6 Para María Martín Vida, “la expresión acción afirmativa (*affirmative action*) apareció por primera vez en Estados Unidos, en materia de derecho laboral, en la “National Labor Relations Act (Ley Nacional de Relaciones Laborales) de 1935, haciendo referencia en esta norma a la obligación que asumía el empresario que había sido hallado culpable de discriminar a quienes de entre sus empleados pertenecían a sindicatos, de colocar a las víctimas individualizadas de tales actos discriminatorios en el puesto que ocuparían si la discriminación no se hubiera producido”. *Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en el derecho estadounidense*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 23, N° 68, mayo-agosto 2003, p. 151 a 194.

a nadie “la igual protección de las leyes”<sup>7</sup>. Antes de esa enmienda, en 1865, se había abolido la esclavitud (XIII enmienda<sup>8</sup>). La XV enmienda impide coartar a los ciudadanos el derecho al sufragio por razón de raza, color o condición previa de esclavitud<sup>9</sup>.

Sin embargo, la aplicación de la XIV enmienda no fue fácil. En 1896, la Corte Suprema dicta el fallo *Plessy v. Ferguson*, que establece la doctrina “separados, pero iguales”. Esta doctrina significa que se debían dar los mismos servicios, las mismas facilidades, a blancos y negros, pero separadamente<sup>10</sup>. La doctrina de

7 El artículo XIV de la Constitución norteamericana señala: “*Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.*”

*Sección 2. Los representantes serán prorrateados entre los diversos estados de conformidad con sus respectivos habitantes, contando el número total de personas en cada estado, excluyendo a los indios que no paguen contribuciones. Pero cuando en cualquier elección para la designación de compromisarios que hayan de elegir al presidente y al vicepresidente de los Estados Unidos, a los representantes en el Congreso, a los funcionarios ejecutivos y judiciales de un estado o a los miembros de su Asamblea Legislativa, se negare el derecho a votar a cualquiera de los residentes varones de tal estado que tenga veintiún años de edad y sea ciudadano de los Estados Unidos, o cuando de cualquier modo ese derecho le sea restringido, excepto por participar en cualquier rebelión o en otro delito, la base de la representación será reducida en dicho estado en la proporción que el número de tales ciudadanos varones guarde con respecto al total de ciudadanos varones de veintiún años de edad en tal estado. Esta sección fue afectada por la Enmienda XXIV.*

*Sección 3. No será senador o representante en el Congreso, ni compromisario para elegir presidente y vicepresidente, ni desempeñará cargo civil o militar alguno, bajo la autoridad de los Estados Unidos o de cualquier estado, quien, habiendo jurado previamente defender la Constitución de los Estados Unidos, como miembro del Congreso, como funcionario de los Estados Unidos o como miembro de una Asamblea Legislativa de cualquier estado o como funcionario ejecutivo o judicial del mismo, haya tomado parte en alguna insurrección o rebelión contra los Estados Unidos, o haya suministrado ayuda o facilidades a sus enemigos. Pero el Congreso, por el voto de dos terceras partes de cada Cámara, podrá dispensar tal incapacidad.*

*Sección 4. No se cuestionará la validez de la deuda pública de los Estados Unidos autorizada por ley, incluyendo las deudas contraídas para el pago de pensiones y recompensas por servicios prestados para sofocar insurrecciones o rebeliones. Pero ni los Estados Unidos ni ningún estado asumirá o pagará deuda u obligación alguna contraída en ayuda de insurrección o rebelión contra los Estados Unidos, ni reclamación alguna por la pérdida o emancipación de ningún esclavo; y tales deudas, obligaciones y reclamaciones serán consideradas ilegales y nulas.*

*Sección 5. El Congreso tendrá facultad para hacer cumplir las disposiciones de esta enmienda mediante legislación adecuada.”*

8 El artículo XIII señala: “*Sección 1. Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria existirán en los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción, salvo como castigo por un delito del cual la persona haya sido debidamente convicta.*”

*Sección 2. El Congreso tendrá facultad para hacer cumplir las disposiciones de esta enmienda mediante legislación adecuada.”*

9 Textualmente, el artículo XV señala: “*Sección 1. Ni los Estados Unidos ni ningún estado de la Unión negará o coartará a los ciudadanos de los Estados Unidos el derecho al sufragio por razón de raza, color o condición previa de esclavitud.*”

*Sección 2. El Congreso tendrá facultad para hacer cumplir las disposiciones de esta enmienda mediante legislación adecuada.”*

10 El caso consistió en lo siguiente: Homer Plessy, hombre de raza mulata de Nueva Orleans, cuestiona una ley del Estado de Louisiana que obligaba a las compañías ferroviarias a establecer vagones

Plessy dura hasta 1954, en que se dicta *Brown v. Board of Education*, en que, en forma unánime, la Corte Suprema obliga a la integración de las escuelas públicas<sup>11</sup>. Luego de *Brown*, vinieron una serie de sentencias para lograr la misma integración en playas, autobuses, clubes de golf, parques<sup>12</sup>.

No obstante, los legisladores prontamente se dieron cuenta que no bastaba poner término a la segregación, pues había renuencia a cumplir ese mandato y los históricamente discriminados estaban mal preparados para la integración. Ese es el origen de las acciones afirmativas: conseguir que las leyes, en su aplicación, logren la igualdad mediante incentivos.

La evolución de las acciones afirmativas no termina ahí. A mediados de la década del 70, la Corte Suprema sostiene que las discriminaciones sólo podían ser de iure, no de facto (1974)<sup>13</sup>. Luego, en 1976, retrocede señalando que la inconstitucionalidad de la discriminación sólo podía ser evaluada por la intención, no por los efectos<sup>14</sup>.

---

diferenciados para blancos y negros. El cuestionamiento se funda en las enmiendas 13<sup>a</sup> (introducida en 1865) y 14<sup>a</sup> (introducida en 1868) de la Constitución de los Estados Unidos. La Corte rechazó el cuestionamiento sosteniendo, en primer lugar, que el objetivo de la enmienda XIII fue, sin duda ninguna, establecer la absoluta igualdad ante la ley entre las dos razas. Sin embargo, conforme a la naturaleza de las cosas, no se pretendía eliminar las distinciones basadas en el color de la piel, ni establecer la igualdad social –diferenciada de la igualdad política– o la mezcla de razas en términos que no dejarían satisfechas ni a una ni a otra. Las leyes que consientan, o incluso que obliguen a la separación entre las razas, en lugares en los que puedan estar en contacto, no implican necesariamente la inferioridad de una respecto de otra. Ver: Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Editorial Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2<sup>o</sup> edición, Madrid 2006, p. 161 a 171.

- 11 Los hechos del caso fueron los siguientes: Menores de edad, de raza negra, solicitaron a los tribunales de justicia que declararan que resultaba constitucionalmente inadmisibles que escuelas públicas de su comunidad, rechazaran su ingreso aplicando normas que preveían o permitían la segregación racial. La solicitud se amparó en el principio de la protección equitativa, reconocido en la 14<sup>a</sup> enmienda. La médula de la sentencia de la Corte es la siguiente: separar a alumnos de enseñanza primaria y secundaria de raza blanca y negra, sin atender a edad y cualidades, atendiendo únicamente al criterio racial, genera un sentimiento de inferioridad sobre el lugar en la sociedad. Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. *Ibidem*, p. 287 a 303.
- 12 Para el análisis de estas sentencias posteriores a *Brown*, ver: Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15 Número 44, mayo-agosto 1995, p. 263-298.
- 13 El caso que establece este criterio es *Griggs v. Duke Company*. Aquí la Corte afirma que las discriminaciones pueden ser indirectas. Es decir, aparentemente neutrales, pero con efectos perjudiciales, aunque no haya intención de discriminar. la doctrina de la Corte es que si se comprueba el impacto desproporcionado de una medida empresarial que afecte a un grupo colectivo tradicionalmente discriminado, corresponde al empleador justificar la medida en atención a las necesidades empresariales. Con eso se buscó que las empresas, para evitar probar la necesidad justificativa de la medida, pusiesen en marcha, de propia iniciativa, planes de acción afirmativa. Ver Martín Vida, M.A; *Evolución del principio de igualdad*, op.cit. p. 162.
- 14 El caso que establece el cambio de criterio, por 7 votos contra 2, es *Washington v. David*. Aquí la Corte sostiene que la discriminación racial sólo es inconstitucional si los poderes públicos tienen efectivamente la intención de discriminar por razón de raza, independientemente del impacto negativo desproporcionado que una determinada política, aparentemente neutra, pueda tener. Específicamente, afirmó: “una práctica empresarial con efecto de impacto desproporcionado se considerará ilícita bajo este subcapítulo, sólo si ... la parte demandante prueba que el demandado utiliza una práctica empresarial concreta que causa un impacto desproporcionado por razón de raza, color, religión, sexo u origen

Este proceso de revisión continúa con la llegada de Ronald Reagan a la presidencia de los Estados Unidos. El gobierno deja de promover programas de acción afirmativa y la Corte Suprema sufre un retroceso en la complacencia para mirar este tipo de medidas. Las nuevas designaciones (O'Connor, Kennedy, Scalia, Renquist) inician un proceso de revisión de estas acciones por los riesgos que pueden conllevar para las víctimas inocentes<sup>15</sup> o por la libertad que entrega al juez para identificar al grupo beneficiario (construcción no natural, sino que artificial, dando paso a un activismo)<sup>16</sup>. Además, distintos estados han aprobado

---

*nacional y el demandado no consigue demostrar que la práctica en cuestión está profesionalmente relacionada con la posición que se cuestiona y es acorde con las necesidades empresariales". En otro caso, antes, en 1973 (Keyes v. School District N° 1), la Corte había sostenido que la segregación escolar que tuviese su origen en una atención intencionadamente segregacionista, las autoridades escolares era contrario a la igualdad mientras que una simple segregación de facto, sin ese origen intencional, no vulneraba dicha igualdad. Ver al respecto, Martín Vida, M.A; ob.cit. p.164 y 174.*

- 15 Dworkin, R., op.cit., se refiere al caso DeFunis. Este era un judío que se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, donde fue rechazado aunque la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones eran tales que habría sido admitido de haberse tratado de un negro, un filipino, un chicano o un indio norteamericano. Pidió a la Corte Suprema que declarara que la práctica vigente en dicha Universidad, que pedía estándares menos exigentes a los grupos minoritarios, violaba los derechos que le concedía la XIV Enmienda. Dworkin señala que DeFunis no tiene derecho constitucional alguno a que el Estado le asegure una educación jurídica de cierto nivel. Tampoco tiene el derecho de insistir en que la inteligencia sea el criterio exclusivo de admisión. En ocasiones, las facultades de derecho sirven mejor a una práctica social útil complementando las pruebas de inteligencia con otro tipo de estándares. DeFunis –continúa Dworkin- no tiene derecho a igual tratamiento en la asignación de plazas en la Facultad de Derecho; no tiene derecho a tener una plaza simplemente porque a otros se les den plazas. DeFunis tiene, sin embargo, un derecho a ser tratado como igual en la decisión referente a los estándares de admisión que se han de usar. Es decir, -concluye Dworkin- tiene derecho a que sus intereses sean tratados tan extensamente o con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro cuando la Facultad de Derecho decide si la raza ha de contar como criterio pertinente en las pruebas de admisión.
- 16 Los casos paradigmáticos en esta materia son Bakke (1978) y Peña (1995). En el primero, los hechos son los siguientes: la Facultad de Medicina de Davis, de la Universidad de California, tenía dos programas de admisiones: el ordinario, que exigía una cierta nota mínima, y uno especial, en el que no se exigía nota mínima, y que estaba dirigido a ciertas minorías (personas de raza negra o asiática, indígenas americanos o hispanos). Las minorías podían acceder a la carrera por el programa ordinario, pero a las personas de raza blanca les estaba prohibido ingresar vía admisión especial. Allan Bakke fue rechazado por la Facultad, a pesar de tener mejores notas y méritos académicos que candidatos admitidos en virtud del programa especial de admisión. Impugnó dicho rechazo ante los tribunales. La Corte sostuvo lo siguiente: La noción misma de preferencia entraña graves problemas de justicia. En primer lugar, lo bienintencionado o positivo de una supuesta preferencia puede no estar del todo claro. En segundo lugar, es posible que los programas de acción preferente no hagan sino reforzar los tópicos al uso, conforme a los cuales ciertos grupos sociales son incapaces de salir adelante sin un tratamiento aventajado y basado en factores sin ninguna relación con la valía y la capacidad individual. Y en tercer lugar, obligaría a personas como el apelado a padecer las consecuencias de la reparación de un daño del que no son responsables. Ver Beltrán y González, op.cit., p. 457 a 476.
- En el segundo caso, los hechos fueron los siguientes: Dos empresas aspiraban a un contrato de autopistas. La autoridad federal adjudicó a una oferta cuyos gestores eran hispanos, pero que era más cara y lenta que la otra, en virtud de un programa del Departamento de Transportes. Randy Pech, dueño de la compañía que no había resultado adjudicataria, impugnó la decisión. La Corte sostuvo lo siguiente: cabe deducir tres principios generales en relación con las discriminaciones raciales gubernamentales. En primer lugar, escepticismo: cualquier preferencia basada en criterios raciales o étnicos debe ser necesariamente sometida al más severo de los controles. La segunda proposición es la de la sistematicidad. Así, se afirma que “el estándar de control bajo la cláusula de protección equitativa no depende de la raza de aquellos que han sido perjudicados o beneficiados por una medida

medidas legislativas que prohíben garantizar un tratamiento preferente a cualquier individuo por razón de su raza, color, étnica u origen nacional, en los ámbitos de la educación, la contratación y el empleo público.<sup>17</sup>

Las críticas que se formulan a las acciones afirmativas tienen que ver con el sentimiento de inferioridad o estigmatización que provoca en el beneficiario/a; también se afirma que el prejuicio se favorece al aceptarse distinciones raciales; además, con estas medidas sólo se beneficia a los miembros menos necesitados de una minoría determinada; y que se violan derechos de los miembros de aquellos grupos a quienes no se favorece<sup>18</sup>.

Existe una dificultad adicional que tiene que ver con si la XIV enmienda es aplicable a las relaciones entre particulares. Pareciera ser que en esta materia se ha avanzado, más que por normas constitucionales, por la Ley de Derechos Civiles. Además, las empresas ven con buenos ojos este tipo de medidas porque proporcionan buena imagen. Asimismo, entregan dos beneficios adicionales: evitan posibles demandas de discriminación y facilitan la toma de decisiones acertadas debido a los diversos puntos de vista que aportan los grupos discriminados.

En todo caso, el cambio de una perspectiva favorable a la discriminación positiva, a una visión crítica o con mirada sospechosa en Estados Unidos, produjo un impacto en la sociedad norteamericana<sup>19</sup>.

En Europa, por su parte, las medidas de acción positiva no debutaron bien a nivel de tribunales. En 1995, el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas dicta la sentencia Kalanke.<sup>20</sup> En ella, establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan

---

determinada". Esto significa que todas las discriminaciones basadas en la raza, controlables de acuerdo con la cláusula de protección equitativa, deben ser fiscalizadas en forma estricta. Y, en tercer lugar, congruencia. "La cláusula de protección equitativa de la 5ª enmienda tiene el mismo sentido que la de la 14ª enmienda". Conjuntamente interpretadas, estas tres proposiciones permiten concluir que cualquier persona, perteneciente a cualquier raza y que padezca algún tipo de tratamiento desigual, tiene derecho a exigir de las autoridades públicas sometidas a la Constitución que justifiquen esta medida, mediante el criterio del control judicial máximo. *Ibíd.*, p. 558 a 573.

17 Estas medidas fueron aprobadas por referéndum en California (1996) y en Washington (1998). En la Florida se incorporó una medida semejante el año 2000. También, estas decisiones han ido acompañadas de pronunciamientos de las Cortes Supremas estatales contra las acciones afirmativas. El impacto de estas medidas ha sido enorme. Dworkin anota que en Texas la decisión de la Corte de Apelaciones significó que en la Escuela de Derecho de Texas, de 31 estudiantes negros, en 1996, se aceptaran sólo 4 en 1997. (Dworkin, Ronald, *Discriminación positiva: ¿es equitativa?*, en del mismo autor, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*; Ediciones Paidós, Barcelona, 2003, p. 449)

18 Ver Dworkin, R.; *Discriminación inversa*, op.cit. p. 328-329.

19 Al respecto, puede verse el capítulo 11, titulado *Discriminación positiva: ¿funciona?*, en Dworkin, Ronald, op.cit. p. 419 a 447.

20 Los hechos del caso, son los siguientes: En un concurso para proveer el cargo de Jefe de Sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen (Alemania), se prefirió a una candidata mujer por sobre un candidato hombre, a pesar de tener idéntica capacitación. La preferencia se fundó en el art. 4 de la Ley relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública, del Estado de Bremen.

automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo. El fallo también sostiene que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva (76/207<sup>21</sup>). La medida prevista por la ley del Estado de Bremen, incide no en la “igualdad de oportunidades”, sino que en la “igualdad de resultados”, y por ello, no puede ser considerada acorde con la Directiva 76/207<sup>22</sup>.

Dos años después, en 1997, el Tribunal hace un quiebre respecto de esta doctrina en el caso Marschall<sup>23</sup>. Aquí establece que la preferencia concedida a las candidatas femeninas está destinada a servir de contrapeso de los criterios tradicionales de promoción, aunque sin suplantarlos. Lo que esta norma consigue favorecer es el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y contribuye a reequilibrar los mercados de trabajo que, en su estado actual, siguen estando ampliamente compartimentados en función del sexo, concentrando el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional. La experiencia demuestra que las acciones que se limitan a intervenir en la orientación y la formación profesional de las mujeres, o en el reparto de las responsabilidades profesionales y familiares, no bastan para poner fin a esta compartimentación de los mercados de trabajo. El matiz diferenciador frente al caso planteado en Kalanke, radica precisamente en la cláusula de apertura, conforme a la cual las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor. El hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades.

Posteriormente, en el año 2000, el Tribunal dicta la sentencia Badeck<sup>24</sup>. El Tribunal sostiene que lo determinante para determinar compatible con el Derecho comunitario este modelo fue que, siempre en el marco de la satisfacción de los objetivos, si en un proceso de selección se producía un empate derivado de una cualificación igual de dos candidatos, varón y mujer, no preveía la norma

21 La Directiva 76/207, establecía, en su artículo 2.4, que el principio de igualdad de trato que ella proclama “no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en la materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”.

22 Este fallo provocó una enorme reacción crítica de la doctrina. Por ejemplo, Atienza Manuel; Un comentario al caso Kalanke; en Revista Doxa, N° 19 (1996), p. 111 a 122; Rey Martínez, Fernando; la discriminación positiva de mujeres, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, N° 47, mayo-agosto 1996, p. 309- 32.

23 El señor Marschall, era un maestro en el Estado federal de Renania del Norte-Westfalia, presentó su candidatura para ser promovido a una categoría superior. En esa categoría, el número de mujeres era inferior al de varones; dado que existía una candidata con cualificación igual a la del señor Marschall, el gobierno local decidió elegirla a ella.

24 Aquí se enjuiciaron cinco modelos distintos de acción positiva en favor de mujeres, contenidos en la Ley del Estado federal de Hessen sobre Igualdad de Derechos entre Mujeres y Hombres y para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres en la Administración Pública.

que fuere la candidata femenina la automática y obligatoriamente favorecida: si la cualificación de dos candidatos, varón y mujer, era igual (mejor dicho, equivalente) había que optar por la candidata, pero siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción y no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior. Para valorar correctamente las aptitudes y las capacidades de todos los candidatos, varones y mujeres, que se enfrentan en un proceso de selección, se introducen una serie de correctivos, orientados a garantizar que los méritos tenidos en cuenta sean efectivamente relevantes para el puesto que hay que cubrir, y a evitar que determinados méritos, formulados de manera neutra pero que perjudican generalmente a las mujeres (situación familiar, ingresos del cónyuge, trabajo a tiempo parcial, permisos o aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o familiares necesitados de cuidado) sean ignorados y que se sobreestimen los que tradicionalmente favorecen a los varones (antigüedad, edad, fecha del último ascenso).

Finalmente, es conveniente citar el caso Lommers (2002)<sup>25</sup>, como una expresión de las discriminaciones indirectas. El Tribunal sostiene que la medida del Ministerio, en cuanto se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, dado que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional, con la intención por una parte de eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y, por otra, de mejorar la capacidad de las mujeres para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. Debe advertirse, sin embargo, señala el Tribunal, el peligro que este tipo de medidas pensadas sólo para las mujeres cuando se trata de compatibilizar obligaciones profesionales y familiares tiendan a perpetuar el reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la medida en que partan de la idea de que las cargas familiares son responsabilidad exclusivamente femenina.

## **El reconocimiento normativo de las acciones positivas en nuestro país**

En nuestro país, es mediante la Ley N° 20.422, (2010) que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, que se reconoce expresamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional

25 El caso versa sobre una medida orientada a facilitar a las funcionarias la conciliación entre sus obligaciones profesionales y familiares, como medio indirecto para garantizar su igualdad de oportunidades en el trabajo y corregir su infrarrepresentación entre el personal del Ministerio que establece la medida. En 1993, el Ministerio holandés de Agricultura, Patrimonio natural y Pesca puso en marcha un programa por medio del cual ponía a disposición de su personal femenino un determinado número de plazas de guardería. Las plazas estaban reservadas al personal femenino del Ministerio (donde las mujeres estaban infrarrepresentadas), salvo en casos de urgencia, que correspondía calificar al Director. El señor Lommers, funcionario del Ministerio, solicitó una plaza de guardería para su hijo, denegándose su solicitud, fundándose en un dictamen de la Comisión holandesa de Igualdad de Trato que había estimado que el programa era aceptable en el marco de la Ley holandesa relativa a la Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres.

la expresión “acción positiva”<sup>26</sup>. Esta Ley, como veremos más adelante, tiene también una concepción de las acciones positivas. Se trata, en consecuencia, de un reconocimiento reciente. Asimismo, la reciente Ley N° 20.530, que creó el Ministerio de Desarrollo Social, define “personas o grupos vulnerables” como “aquellos que por su situación o condición social, económica, física, mental o sensorial, entre otras, se encuentran en desventaja y requieren de un esfuerzo público especial para participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y acceder a mejores condiciones de vida y bienestar social” (artículo 2° N° 2).

## II. ELEMENTOS QUE PERMITEN ENTENDER LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Luego de habernos referido a la expresión “acción afirmativa” y a su surgimiento histórico, estamos en condiciones de avanzar en la comprensión de las mismas.

### Las definiciones

Los autores se agrupan en dos tipos al momento de entregar las definiciones. Unos no distinguen entre acciones positivas y discriminación inversa; los otros autores sí hacen ese distingo. Entre los primeros, se encuentra Giménez Gluck<sup>27</sup>, para quien *“La acción positiva es un trato desigual basado en determinados rasgos como el sexo y la raza... Las medidas de igualación positiva son los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad ante los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan. Medidas de igualación positiva son las becas, la progresividad en el impuesto sobre la renta, etc. ... Se conoce como acción positiva el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado, entre los que se encuentran las mujeres, las minorías étnicas, etc. Esta categoría del trato desigual se caracteriza principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por sus circunstancias individuales; se presume que, por la posesión del rasgo que margina al colectivo, el beneficiado por la medida necesita de la misma para luchar contra la discriminación en la*

26 Los artículos de esta ley que reconocen la expresión son el 7°, el 23 y el 43.

*“Artículo 7°.- Se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social.*

*Artículo 23.- El Estado, a través de los organismos competentes, impulsará y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la eliminación de barreras arquitectónicas y promover la accesibilidad universal.*

*Artículo 43.- El Estado, a través de los organismos competentes, promoverá y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la inclusión y no discriminación laboral de las personas con discapacidad, especialmente deberá:”*

27 Op.cit. p. 15, 58, 62.

realidad social que padece el grupo, con independencia de sus circunstancias individuales”.

Martin Vida<sup>28</sup> la define indicando que son *“Todas aquellas medidas diversas en sus manifestaciones, que tienen como destinatarios directos a personas que están o han estado discriminadas o que se hallan en una situación de desventaja estructural, como consecuencia de su pertenencia a un cierto colectivo, pertenencia determinada por la posesión de algún rasgo completamente inmutable e íntimamente ligado, en tanto que definitorio de su identidad, a su dignidad como seres humanos, y que persiguen poner fin a esa situación de desventaja estructural, reducir los niveles de desigualdad entre dichos colectivos (y sus miembros) y el resto de la sociedad y alcanzar mayores cotas de igualdad real dentro de la comunidad.”*

Barrère Unzueta<sup>29</sup> la define de la siguiente manera: *“Se entiende por discriminación inversa una serie de actuaciones normativas de favor de carácter temporal o transitorio encaminadas a eliminar la discriminación-subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos, y que se refleja en una desproporcionada menor presencia de los miembros de dichos grupos en los distintos ámbitos de participación social.”*

García Añón<sup>30</sup> la define señalando que *“Suponen la creación de mecanismos o la utilización de políticas de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una situación de desventaja.”*

Falcón y Tella, las conceptualiza de la manera siguiente: *“Un concepto clave aquí es el de “discriminación positiva”, como opuesto al de “discriminación negativa” o discriminación sin más. Discriminación positiva sería aquella que, pese a violar el principio de tratamiento igual e incluso el de tratamiento proporcional, no iría contra un tratamiento equitativo. Consiste en tratar desigualmente a alguien para*

28 Op.cit. p. 39-40.

29 Op.cit. p. 30. Esta misma autora, en otro artículo (Barrère Unzueta, María Ángeles; Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidad; en Revista Vasca de Administración Pública, N° 60, mayo-agosto 2001, p. 145-166), la define precisando lo siguiente *“La política de acción positiva se basa en las correcciones (excepciones) que permite el principio de igualdad de oportunidades y, por tanto, siempre se hace en términos de ventajas o tratos de favor hacia ciertos individuos, precisamente, por su pertenencia a determinados grupos discriminados... las ventajas otorgadas al individuo que pertenece al grupo subordinado se supone que pone en tela de juicio el criterio del mérito o criterios objetivos de cualificación o capacitación (criterios que, se supone, resultan fácil de analizar individualmente). Por el contrario, las ventajas que presenta el individuo que pertenece al grupo hegemónico sólo pueden ser relacionadas en términos estructurales (y, por lo tanto, no individualmente)... la acción positiva debe estar dirigida a combatir la subordinación estructural de ciertos grupos, una de cuyas manifestaciones (si bien no la única) sería la discriminación”.*

30 García Añón, José. El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho N° 2, marzo 1999, p. 5.

*remediar una situación inicial de desventaja, hasta el punto de llegar no solo a igualar lo desigual, sino a dar prioridad al polo inicialmente desfavorecido.”<sup>31</sup>*

Otro grupo de autores distingue entre acciones positivas y discriminación inversa. Así, Ruiz Miguel<sup>32</sup> sostiene que *“Las acciones afirmativas se dirigen a favorecer a determinadas personas o grupos con el propósito de eliminar o reducir desigualdades de cualquier tipo consideradas injustas que les afectan. ... La discriminación inversa impone medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos minoritarios (o tratados como si fueran una minoría), como pueden ser las concesiones de vivienda a bajo alquiler a colectivos de gitanos”*.

Más específicamente, este autor señala que la discriminación inversa se distingue de las acciones afirmativas por dos elementos distintivos. En primer lugar, *“La medida diferenciadora correctora es discriminatoria y no simplemente desigualitaria, en el sentido de que se refiere a un tipo muy especial de desigualdad, por rasgo como el sexo, la raza o similares, rasgos que tienen la doble cualidad de, por un lado, ser transparentes e inmodificables para los individuos que los portan y, por otro lado, ser considerados por la sociedad –tendencial y generalmente, aunque no necesariamente-, de forma negativa, sea sólo minusvaloradora o sea también despectiva o estigmatizadora”*. En segundo lugar, *“La discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez, como suele ocurrir con puestos de trabajo, plazas universitarias, viviendas, etc., lo que provoca que se considere que el beneficio a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un claro o visible perjuicio a otras”*.

Rey Martínez<sup>33</sup> señala que *“... acciones positivas y discriminaciones distintas son conceptos distintos: a) Las discriminaciones positivas sólo se establecen para supuestos muy concretos de discriminación, la racial, la sexual, las derivadas de minusvalías físicas o psíquicas; es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad (al menos respecto de algunos aspectos) de forma negativa o inferior (estigmatizadora). b) Las discriminaciones positivas se producen en contexto de “especial escasez”: puestos de trabajo, listas electorales, etc., lo que determina que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras. Esto no ocurre con las medidas de acción positiva. c) Las discriminaciones positivas no dejan de ser discriminaciones directas (esto es, un trato diferente y perjudicial únicamente por razón del sexo, en este caso, del sexo que no está en algún aspecto socialmente en desventaja); por ello han de ser admitidas, aún en el caso de que se acepten, restrictiva y excepcionalmente. En particular, deberían cumplir las exigencias del contenido esencial del derecho fundamental a no ser discriminado*

31 Falcón y Tella, María. Las acciones positivas en la legislación europea. El derecho alemán. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, volumen 9, 2008, p. 245-266.

32 op.cit. p. 80.

33 Rey Martínez, Fernando. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. En: *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, p. 1-53.

*por razón del sexo, es decir, deberían superar los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad (como límite de los límites a cualquier derecho fundamental)... En definitiva, la técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Las acciones positivas sólo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de oportunidades de las mujeres), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo)".*

Macario Alemany<sup>34</sup>, por su parte, sostiene que *"Otras medidas de acción positiva distintas a la discriminación inversa son aquellas destinadas a eliminar o a atenuar las cargas asociadas a determinados roles sociales. En el caso de igualdad de oportunidades entre sexos, podemos citar, por ejemplo, la subvención de guarderías (recursos materiales), la promoción de actitudes de colaboración entre los hombres en la crianza de los hijos y en las labores del hogar (persuasión), el establecimiento de permisos laborales por maternidad (normas jurídicas)... Considerar a la discriminación inversa como un posible instrumento, entre otros, para llevar a cabo una política de promoción de la igualdad de oportunidades, es útil para clarificar las posiciones al respecto. Insistiendo en su carácter instrumental, cabe contrarrestar una de las falacias más frecuentes, según la cual estar contra la discriminación inversa supone estar contra la política de la promoción de la igualdad. Junto a esto, hay que señalar que la discriminación inversa presenta al menos dos rasgos que la hacen diferente de acciones positivas posibles: uno, como señala Ruiz Miguel, es su localización en contextos de particular escasez, y dos, que el coste de la medida es asumido por un solo individuo discriminado. Las acciones positivas tradicionales, por el contrario, han consistido en medidas presupuestarias, en un proceso de redistribución de riquezas, cuyo costo se redistribuye a su vez, de forma proporcional o progresiva entre los ciudadanos".*

### **Los elementos que distinguen las acciones afirmativas**

Para analizar las definiciones que acabamos de señalar, es necesario hacer un distingo. Por una parte, están las condiciones que deben configurarse para que se pueda disponer de una acción positiva. Por la otra, están las finalidades que persigue la acción positiva.

Las condicionantes que señala la doctrina, son básicamente tres. En primer lugar, es necesario la existencia de un grupo o colectivo. Esta exigencia viene marcada por el clásico artículo de Owen Fiss<sup>35</sup>. Para este autor, la acción afirmativa va en beneficio de un grupo social. *"Un grupo social es más que una serie de individuos*

34 Alemany, Macario. Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio para promover la igualdad. Revista Isonomía, N° 11, octubre 1999, p. 97-98.

35 Grupos y la cláusula de la igual protección. En Gargarella, Roberto, Derecho y grupos desaventajados, Editorial Gedisa, Barcelona 1999, p. 137-167.

que, por tomar un ejemplo extremo, se encuentran, por azar, en la misma esquina, en el mismo momento. Tal como empleo el término, un grupo social tiene otras dos características. Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se autoidentifican –explican quiénes son- refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo. Del mismo modo, el bienestar y el estatus del grupo se determinaba con referencia al bienestar y el estatus de los miembros del grupo. ... Si una cantidad suficiente de individuos deja de identificarse como perteneciente a un determinado grupo (como ocurre en los procesos de asimilación), entonces la propia identidad y la existencia separada del grupo –como entidad concreta- llegan a su fin.”

En segundo lugar, es necesario que ese grupo haya tenido una subordinación prolongada. Fiss, refiriéndose a los negros norteamericanos, sostiene: “Concebir a los afroamericanos como un grupo social constituye el primer paso en la formulación de un principio adecuado en esta área. Debemos ser conscientes, además, de que los afroamericanos constituyen un grupo social muy particular. Como grupo, tiene otras dos características fundamentales, a la hora de entender la función y el alcance de la Cláusula de Igual Protección. La primera es que los afroamericanos se encuentran en una posición socioeconómica muy mala (en términos de bienestar material sólo se encuentran detrás de los indios americanos), y además han estado ocupando dicha posición durante siglos. En algún sentido, podría decirse que constituyen, en Norteamérica, una clase inferior permanente”.

Como señala Martín Vida<sup>36</sup>, “Las medidas de acción positiva persiguen favorecer a determinadas personas o grupos que están o han estado discriminados o que se hallan en una situación de desventaja, pero es imprescindible incluir en esta definición dos elementos esenciales. En primer lugar, si hablamos de una persona que va a beneficiarse de estas medidas, es imprescindible que dicha persona se halle en tal situación de desventaja precisamente por su pertenencia (activa o no, consciente o no) a un cierto colectivo, pertenencia determinada a su vez, por la presencia de algún rasgo completamente inmutable e íntimamente ligado, en tanto que definitorio de su identidad, a su dignidad como ser humano.... En segundo lugar, y muy importante, la marginación que deriva de la posesión de ese rasgo no se hace siempre visible en forma de actuaciones discriminatorias concretas y perfectamente identificables, con un responsable claro y definido, sino que tiene sus raíces en modelos y estructuras discriminatorias, no siempre visibles, y, por ello, especialmente difíciles de corregir y eliminar. Dicha discriminación estructural alcanza en mayor o menor medida, a todos

36 Op.cit., p. 39-40.

*los miembros del grupo, y determina que queden en una posición de desventaja real frente a los miembros del colectivo dominante”.*<sup>37</sup>

Es esencial, entonces, que el grupo haya sido discriminado. Como señala Falcón y Tella<sup>38</sup>, *“La palabra discriminación tiene un matiz peyorativo, una carga emotiva negativa, y se entiende normalmente como algo que se ha de evitar. Para que haya discriminación no basta la existencia de una diferenciación, sino que se requiere que ésta no sea imputable al individuo –raza, sexo- o que se trate de algo sobre lo que no cabe en principio elección- lengua, religión, origen social,...- y, además, que el discriminado esté en una posición de inferioridad o subordinación”.*

La discriminación tiene un sentido amplio y uno restringido. El sentido amplio de discriminación, es equivalente a toda infracción del principio general de igualdad. El significado estricto, en cambio, tiene lugar cuando la violación de la igualdad se produce por la concurrencia de criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, etc.). *“De esta manera, se puede entender que en el discurso jurídico van a tener cabida dos concepciones de la discriminación. Una (el sentido amplio), en la que por discriminación se entiende la desigualdad y otra (el significado estricto), que incorpora la idea que la desigualdad es consecuencia del mal (llámese prejuicio, intolerancia, fanatismo) que preside unas diferenciaciones o clasificaciones grupales entre las personas que, no por casualidad, entre los mismos juristas se suelen clasificar de odiosas.”*<sup>39</sup>

La discriminación puede ser directa o indirecta, deliberada o inconsciente, individual o grupal.<sup>40</sup>

La discriminación directa es aquella en que los tratamientos que irrazonablemente desfavorecen, se efectúan explícitamente sobre la base del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. La discriminación indirecta, en cambio, se da cuando se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. En la discriminación directa, existe un propósito discriminatorio; en la indirecta, las distinciones son aparentemente neutras, pero resultan, comprobadamente, perjudiciales. En esta última no es la intención sino los efectos, que agravan, empeoran o ponen en riesgo, lo que se considera<sup>41</sup>.

37 Para Giménez Gluck, (op.cit. p. 65 y siguientes) *“los rasgos que dan lugar a acciones positivas han de ser rasgos transparentes e inmodificables. La razón es obvia: de adoptarse acciones positivas en favor de grupos marcados por rasgos fácilmente modificables o poco transparentes (religión, opinión) éstas podrían dar lugar a continuos fraudes.”*

38 Op.cit. p. 261.

39 Barrère Unzueta, M.; op.cit. p. 19-22.

40 Ibídem, p. 23 y siguientes.

41 El distingo entre discriminación directa (disparate treatment) y discriminación indirecta (disparate impact), lo introduce, como ya se señaló, la Corte Suprema norteamericana en el caso Griggs v/s Duke Power Company. El Tribunal Constitucional español ha definido la discriminación indirecta de la siguiente manera: *“tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tiene el lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual”* (STC 145/91).

La discriminación deliberada, por su parte, es aquella en que el trato distinto o desfavorable es pretendido o intencionado. La discriminación inconsciente, en cambio, es aquella en que el resultado perjudicial es causal o aleatorio.

La discriminación también puede ser individual o grupal. Esta clasificación es esencial, porque choca con el criterio metodológico de las acciones afirmativas. Para unos autores, el énfasis debe estar puesto en la anti clasificación; para otros, en cambio, el énfasis debe estar puesto en la anti subordinación.

Mientras la primera perspectiva analiza el fenómeno en términos de acumulaciones de actos discriminatorios individuales, la segunda enfatiza el hecho que la igualdad no sea imputable a comportamientos o prácticas individualizadas y concretas, sino que es inherente a estructuras o prácticas sociales.<sup>42, 90, 91, 92</sup>

Kaufman<sup>93</sup> distingue entre la discriminación genérica y la discriminación realmente tipificada o discriminación propia. En la primera, se interactúa con un grupo determinado, o con una persona por la circunstancia de pertenecer a ese grupo, de un modo susceptible de degradar o mortificar a esa persona o a los integrantes del grupo, no siendo ese grupo específicamente designado por la legislación antidiscriminatoria como requirente de protección específica. En la discriminación propia, por el contrario, hay una definición precisa en la ley antidiscriminatoria de la discriminación prohibida.<sup>94</sup>

42 El mismo distingo utiliza Owen Fiss para analizar el feminismo (¿Qué es el feminismo?, en Revista Doha-14, 1993, p. 319 a 335). *"Hacia mediados de los años setenta, el movimiento por los derechos civiles perdió la mayor parte de sus fuerzas, tanto en los tribunales como en cualquier otra parte. La marea estaba cambiando. Muchos continuaron luchando por una mayor igualdad para los negros, pero sus esfuerzos fueron tanto desesperados como marcados por una actitud defensiva que buscaba aferrarse a lo que se había obtenido en el pasado. En ese mismo momento, sin embargo, el movimiento de mujeres comenzó a tomar raíz en los círculos legales y en 1973 estableció una cabeza de playa decisiva en el campo constitucional con el fallo Roe v. Wade. El camino hacia delante no era ni recto ni estaba despejado. Pero durante el final de la década de los setenta y la década de los ochenta, el movimiento de las mujeres creció en poder y adhesiones, así como el movimiento de los derechos civiles perdió su importancia. Y es hoy que el movimiento de las mujeres constituye la avanzada de la lucha por la igualdad.*

*Los feministas recorrieron un camino teórico paralelo al del movimiento de los derechos civiles en su interpretación de la igualdad. El feminismo comenzó con un ataque a la discriminación; condenó aquellas políticas y prácticas por las cuales un hombre es elegido para un trabajo o un cargo en la universidad simplemente porque es un hombre. Los feministas proclamaron una regla unívoca para ambos sexos y demandaron que las personas no fueran juzgadas o discriminadas en base a su sexo. Esta era la posición dominante del feminismo en los años setenta y es conocida como "feminismo liberal". Pero a medida que el movimiento maduró, un objetivo más ambicioso se hizo evidente –terminar con la subordinación de las mujeres como grupo- y éste es el objetivo que define hoy al movimiento.*

*Los feministas ahora están preocupados por lo mismo, con las jerarquías, antes que con la discriminación, y entienden la igualdad en términos de lo que llamaré principio de antisubordinación: un principio que condena aquellas prácticas que tienen el efecto inevitable de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados.*

*Dentro de este esquema la discriminación sigue siendo condenada. Pero su función de subordinar a las mujeres como grupo y por ende de crear y perpetuar una jerarquía de género y no simplemente porque supone un tratamiento injusto para ciertos individuos identificables. Más aún, la discriminación –la elección entre candidatos que compiten por un cargo sobre la base de género- es visto como uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos."*

En tercer lugar, Fiss agrega que el grupo debe haber carecido de poder político o haber tenido un poder político severamente limitado. Expresamente señala: *“No es sólo el nivel socioeconómico de los afroamericanos como grupo lo que explica el peculiar lugar que les corresponde dentro de una teoría sobre la igual protección. Se debe, también, a su condición política. El poder político de los afroamericanos se encuentra fuertemente restringido. Durante los dos últimos siglos el poder de este grupo fue restringido de los modos más directos, por ejemplo, a través de la privación de sus derechos políticos. La fuerza electoral de los afroamericanos no es equivalente a su número.”*

- 43 Reva, Siegel (El discurso de la igualdad: los valores de la antilibertad y la antilibertad en las luchas constitucionales sobre el caso Brown; en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo; año 9, N° 1, julio 2008) señala: *“Algunas veces, simplemente, la afirmación expresa la idea de que el compromiso antilibertadario inaugura la tradición moderna de la igual protección. Pero también puede expresar la convicción normativa de que la antilibertad representa el valor fundamental de la tradición, el valor del individualismo... Para muchos, la creencia de que los compromisos antilibertadarios son fundamentales implica la perspectiva de que nuestra tradición abarca una concepción particular de la igualdad, una concepción que está comprometida con los individuos más que con los grupos. Según esta visión, la adopción del principio antilibertadario por parte de la tradición, implica el repudio de una concepción alternativa de la igual protección, el principio de la antilibertad: la convicción de que está mal que el Estado se involucre en prácticas que refuerzan el estatus social inferior de los grupos históricamente oprimidos. Los fundamentos del principio antilibertadario es que explica, de este modo, varias características de nuestra tradición de la igual protección, siendo la más destacada entre ellas su compromiso de proteger a los individuos contra toda forma de clasificación racial, incluyendo la discriminación positiva o inversa. El compromiso de proteger a individuos antes que a grupos también explica por qué el derecho constitucional no trata como presumiblemente discriminatorio a las prácticas explícitamente neutrales que impactan de manera desigual sobre grupos excluidos históricamente. Los académicos debaten sobre cuál debe ser nuestro entendimiento constitucional de la igualdad, pero la mayoría estaría de acuerdo en que el derecho estadounidense de la igual protección, conforme se ha desarrollado durante el pasado medio siglo, ha expresado compromisos antilibertadarios más de que antilibertad...” Si prestamos atención a las largas luchas sobre la implementación de Brown, podremos capturar mejor la falta de dirección y la contradicción del derecho a la igual protección, a fin de discernir los distintos modos en que la antilibertad y la antilibertad son tanto amigos como contendientes. La historia muestra que los valores de la antilibertad están contenidos en el origen del principio de antilibertad. Estos valores han sido infinitamente refutados, a veces limitados, y con frecuencia, amordazados. Los valores de la antilibertad no son ajenos a la tradición moderna de la igual protección, sino una parte fundante de este concepto, aunque profundamente moderada por otros valores, incluyendo la necesidad de tener una Constitución que se dirija a todos”.*
- 44 Falcón y Tella (ob.cit. p. 256), señala que la Constitución alemana no permite hablar de derechos colectivos o de un grupo, de ahí que no se autorice la discriminación de individuos para compensar la discriminación que hayan sufrido en el pasado determinados grupos, como el de las mujeres.
- 45 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso González y otras (Campo algodón) vs. México (16.11.2009), consistente en la desaparición y posterior muerte de tres jóvenes en noviembre de 2001 en Ciudad Juárez, se inclina por la tesis de la subordinación. Expresamente señala en el considerando 401 de esta sentencia: *“401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”*

En el mismo sentido,<sup>46</sup> se expresa <sup>47</sup>Ferreres Comella<sup>48</sup>. Para él, los grupos que merecen esta protección judicial más intensa son aquellos que reúnen dos características. Por una parte, *“han sido objeto de prácticas discriminatorias en el pasado. Las desigualdades que en el pasado padecieron determinados grupos fueron injustificadas y las creencias que pretendían servir de fundamento a esas prácticas eran inadmisibles, pues constituían o encubrían prejuicios. Por la otra, “como consecuencia de esas prácticas, subsisten en la actualidad desigualdades de hecho y prejuicios arraigados que impiden a sus miembros desplegar plenamente su personalidad en los diversos sectores de la vida social y política. Es necesario que subsistan hoy los efectos de esas prácticas históricas de discriminación. Los efectos son de dos tipos. En primer lugar, la discriminación pasada puede haber creado una desigualdad de hecho que dificulta a los miembros de los grupos discriminados a acceder a las diversas esferas de la vida social y política en condiciones de igualdad con los miembros de los grupos que han sido dominantes. En segundo lugar, la discriminación pasada puede haber logrado que arraiguen en la sociedad un conjunto de prejuicios (sentimientos de hostilidad o de estereotipos inaceptables) que perjudican a estos grupos”*”.

Pero las acciones positivas no sólo exigen las condiciones que acabamos de señalar respecto del grupo que las recibe. Es necesario que tengan una finalidad: corregir o compensar su situación. A través de las acciones afirmativas se favorece a personas o grupos en situaciones de desventaja, presente o pasada. En las acciones afirmativas se busca entregar un beneficio inmediato destinado a incrementar niveles de igualdad real y efectiva. Tiene, entonces, un fin social o promocional. En este sentido, la acción afirmativa es un remedio destinado a poner término, a impedir, o a reducir desigualdades injustas. Puede materializarse en medidas de distinta naturaleza: políticas, normas, mecanismos.

Como señala Martín Vida<sup>49</sup>, la acción positiva *“supone un beneficio inmediato (y, en principio, exclusivo) para esa persona o para ese colectivo, ha de matizarse en el sentido, conectado con las anteriores precisiones, de que tal beneficio se le concede precisamente en tanto que miembro de ese colectivo, en tanto que poseedor de ese rasgo definitorio, y en tanto que víctima, precisamente por la posesión de esa característica, de estructuras que lo condenan, de una manera u otra, a la subordinación”*. La finalidad perseguida por la medida es *“la de poner fin a la situación de desventaja que tiene su origen en una historia pasada y continuada de discriminación (que en la actualidad llega a revestir rasgos estructurales) en perjuicio de determinados colectivos y mediatamente, la de*

46 Kaufman, Gustavo; Dignus Inter Pares; Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2010, p. 31.

47 El mismo autor distingue además entre la discriminación estatal y la privada (p. 41). El mismo autor, establece una serie de principios antidiscriminatorios, como la legalidad (la discriminación antijurídica es la tipificada por la ley) y la gravedad social (sólo las conductas que no son menores, eventuales o pasajeras deben prohibirse) (p. 123 y siguientes).

48 Ferreres Comella, Víctor; Justicia constitucional y democracia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 250 y siguientes.

49 Op.cit. p. 39-40.

*reducir los niveles de desigualdad entre esos colectivos (y sus miembros) y el resto de la sociedad: en definitiva, la de alcanzar mayores cotas de igualdad real en el seno de esa comunidad, lo que a la larga supondrá un beneficio para el conjunto de la misma*<sup>50</sup>.

### III. CLASIFICACIONES DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

La doctrina ofrece distintas clasificaciones para detectar las acciones afirmativas. En primer lugar, García Añón<sup>51</sup> distingue tres tipos de medidas: las medidas que denomina “de concienciación”, las medidas de “facilitación” y las medidas de “retribución”.

Las medidas de “concienciación”, son generalmente medidas de formación o de carácter publicitario que pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización del problema. Por ejemplo, las campañas de publicidad para la igualdad sexual, el fomento de cursos de especialización.

Las medidas de facilitación, por su parte, que también denomina de impulso o de promoción, son las medidas previas tendientes a la constitución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover o impulsar la igualdad para el futuro. Dentro de ellas, distingue tres tipos. Unas, son las medidas de incentivación para el aumento de los medios o la disminución de las desventajas: como podrían ser los casos de subvenciones, becas y las denominadas medidas de reclutamiento. Otras, son las medidas de discriminación inversa o positiva, que se caracterizan porque en el caso de dos supuestos desiguales realizan un tratamiento desigualitario en beneficio del peor situado. Ejemplos de medidas de discriminación inversa pueden ser el establecimiento de baremos distintos para hombres y mujeres, en beneficio de estas; las cuotas o reservas de plaza para estos colectivos desfavorecidos en puestos de trabajo, centros de enseñanza o candidaturas. Finalmente, se encuentran las medidas de trato preferencial: el establecimiento de una prioridad o ventaja, o sea un trato preferencial o desigual en el supuesto de que exista una situación de partida semejante, entendiéndose que se encuentran en una situación contextual de desventaja.

La tercera categoría son las medidas de retribución, recompensa o sanción positiva. Se trata de medidas que se adoptan tras la realización de la acción querida. Por ejemplo: la asignación de un premio o una exención fiscal.

50 La Ley N° 20.422, sobre Discapacidad, recoge todos los elementos de una discriminación positiva. En ella está presente la idea de grupo postergado (artículos 5° y 13), de discriminación, (artículos 6°a) y 9°), de igualdad de oportunidades (artículos 1°, 7°, 8°, 19, 23, 43) y la de entrega de un beneficio (artículos 6 b) y c), 45, 21, 62)

51 García Añón, José; op.cit., p. 6.

Otro autor que clasifica las medidas de acción positiva, es Martín Vida<sup>52</sup>. Este distingue entre las medidas de discriminación inversa en sentido amplio y medidas de discriminación inversa en sentido estricto.

Cuando aparecen los elementos de escasez y de indivisibilidad, señala esta autora, estamos en presencia de lo que genéricamente podríamos denominar medidas de discriminación inversa o positiva en sentido amplio. En puridad de conceptos, aun siendo medidas de acción positiva, como todas las demás, se caracterizan además porque la carga que conlleva la concesión del bien escaso a los miembros del colectivo tradicionalmente marginados, recade directamente sobre miembros concretos e individualizados del colectivo dominante, que dejan de obtenerlo, no pudiendo dicha carga repartirse entre todos los individuos que integran ese colectivo, de modo que necesariamente van a ser algunos de ellos quienes padezcan directamente la no obtención del bien de que se trata.

Las medidas de discriminación inversa en sentido amplio, por su parte, pueden revestir básicamente tres modalidades.

En primer lugar, *“hay un grupo de medidas dentro de esta categoría que conceden al miembro del colectivo tradicionalmente marginado, una puntuación extra por su condición de tal, que se sumaría a la puntuación asignada a los méritos valorados. El bien no se concede automáticamente a ese sujeto, pero su candidatura es especialmente tenida en consideración porque pasa a ocupar una posición superior en el ranking de candidatos, al valorarse, junto a sus méritos, su condición de miembro de un colectivo tradicionalmente marginado.”*

En segundo lugar, están las medidas que se denominan medidas de desempate. En ellas se *“adjudican más o menos automáticamente el bien escaso al miembro del colectivo discriminado (normalmente la tradicional discriminación ha de reflejarse en una infrarepresentación de los miembros de ese colectivo en el ámbito de que se trate) siempre que su nivel de cualificación sea idéntico al de otros candidatos que aspiran a ese bien. Es decir, no se concede el bien escaso a nadie que, aún perteneciendo al grupo tradicionalmente marginado, reúne menos méritos que los otros aspirantes”*.

En tercer lugar, se encuentran aquellas medidas que *“no exigen necesariamente a los miembros del grupo, tradicionalmente discriminados, la misma cualificación que a los otros, sino que se da preferencia automática a la contratación o promoción del miembro del colectivo infrarepresentado, pese a que su cualificación sea inferior, aunque sí se suele exigir, en todo caso, es la posesión de una cualificación mínima necesaria para desempeñar la tarea de que se trate. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con las medidas de desempate, aquí quien se beneficia de la discriminación inversa no conseguiría acceder al bien escaso si no fuese por la puesta en práctica de la medida. Hay un auténtico trato privilegiado en favor de*

52 Op.cit., p. 44 y siguientes.

*alguien que posee una cualificación menor que quienes compiten con él por el bien escaso”.*

Otra autora que aborda las clasificaciones de las acciones positivas es Barrère Unzueta<sup>53</sup>. Para ella, la doctrina judicial estadounidense distingue tres programas de affirmative action: blandos (soft), enérgicos (aggressive) y rompedores (hardball). *“Los del primer tipo anuncian oportunidades a todos los segmentos de la población, sin fijarse en la raza o en el género. Los segundos, en cuanto dirigidos a un resultado, asignan un plus a determinadas minorías o mujeres en competición con la población en general, si bien no excluyen totalmente a quienes no forman parte de tales grupos del porcentaje de puestos o beneficios en cuestión. Por último, los del tercer grupo, establecen una preferencia absoluta hacia los miembros de los grupos señalados, si bien requieren que un administrador de los programas compruebe que las personas pertenecientes a tales grupos han resultado efectivamente victimizadas”.*

Finalmente, está la clasificación de Giménez Gluck<sup>54</sup> que distingue entre acciones positivas moderadas y las cuotas. En las primeras, se encuentran todas aquellas que, *“sin constituir cuotas en procesos de selección, benefician a los miembros de los colectivos minusvalorados por su sexo, raza o, en determinados casos, minusvalía. Estas acciones positivas, en vez de influir directamente en el proceso selectivo para favorecer la elección de los miembros de los grupos desventajados, como hacen las cuotas, tratan de remover los obstáculos que impiden a los miembros de estos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones. Se adaptan mejor, pues, al concepto tradicional de igualdad de oportunidades: conseguir que todas las personas gocen de una posición similar en el punto de partida. De ahí que sean bautizadas en este libro como acciones positivas moderadas: no provocan el daño a terceros que provocan las cuotas; no tienen la eficacia igualitaria que conlleva la radicalidad de estas últimas”.*

El otro tipo de acciones son las cuotas. Estas consisten en *“cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la administración, plazas universitarias, etc.). ... Su carácter diferenciados estriba en que provocan un daño directo en los miembros de grupos no beneficiados, puesto que aquí ya no se trata de no obtener determinados beneficios reservados a los colectivos objeto del plan, sino de perder bienes sociales escasos y codiciados que les hubieran correspondido si no se hubieran tenido en cuenta favorablemente el rasgo (sexo, raza, discapacidad), de sus competidores en el proceso selectivo sobre el que se proyectan”.*

---

53 Op.cit., p. 44.

54 Op.cit., p. 76 y siguientes.

En definitiva, las clasificaciones de las acciones afirmativas apunta a describir medidas duras y medidas blandas; acciones u omisiones; medidas temporales o permanentes, inmediatas o diferidas, dirigidas al Estado o a los privados.

#### IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS ACCIONES POSITIVAS

Otro punto digno de analizar en las acciones afirmativas o positivas, además de su historia y su concepto, es el fundamento que dan los autores para que existan. Las acciones afirmativas se justifican a partir de distintos puntos de vista. Marcela Rodríguez<sup>55 56</sup>, las resume de la siguiente forma:

En primer lugar, están los argumentos de justicia compensatoria. El objeto de una medida de acción positiva es ubicar a aquellos que han sufrido injurias pasadas en el lugar que ellos hubieran ocupado, de no haberlas padecido. La finalidad es que todos los ciudadanos ostenten las mismas oportunidades en la línea de salida.

En segundo lugar, están los argumentos de justicia distributiva. En esta perspectiva, se trata de mejorar la situación, no porque la sociedad repare injusticias pasadas, sino porque la persona discriminada merece una porción mayor de los recursos de la comunidad. Se trata de generar un marco institucional apropiado para proveer un equilibrio óptimo de un grado social de cooperación necesaria para asegurar el funcionamiento adecuado de la sociedad y la protección de los derechos individuales.

En tercer lugar, se encuentra la utilidad social. Más que prestar atención a los derechos individuales, se trata de incrementar la utilidad social desde el punto de vista del bienestar general. Un programa de acción positiva puede ser adoptado si las ventajas que éste acarrea para la sociedad son mayores que los costos que le significan.

#### V. LAS ACCIONES POSITIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Luego de haber examinado la visión de la doctrina sobre las acciones positivas, es necesario que demos una mirada rápida a nuestro ordenamiento jurídico legal. Este ha incorporado progresivamente la noción de acción positiva, sin aludir necesariamente a ella. Lo ha hecho sobre cuatro ejes fundamentales.

55 “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Gargarella, Roberto; Teoría y crítica del derecho constitucional, tomo 2, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 619 a 637.

56 Ronald Dworkin considera que estas medidas pueden ser justificadas de dos perspectivas diferentes. Por una parte, en un sentido utilitarista. Es decir, porque el nivel promedio de bienestar de la comunidad mejore, aunque decaiga el bienestar de algunos individuos. Por la otra, en un sentido ideal. Es decir, porque es más justo o de alguna otra manera se aproxima más a una sociedad ideal, que se mejore o no el bienestar promedio (op.cit., p. 339).

En primer lugar, a través de la creación de servicios públicos encargados de atender las necesidades de ciertos grupos históricamente minusvalorados<sup>57</sup>. Así, las personas con discapacidad tienen el Servicio Nacional de la Discapacidad (Ley N° 20.422); los niños, niñas y adolescentes vulnerables, tienen el Servicio Nacional de Menores. (Ley N° 20.032 y DL 2465); las mujeres, el Servicio Nacional de la Mujer (Ley N° 19.023); el adulto mayor, tiene el Servicio Nacional del Adulto Mayor (Ley N° 19.828); los jóvenes, el Instituto Nacional de la Juventud (Ley N° 19.042); los indígenas, la Corporación Nacional de Desarrollo de los Indígenas (Ley N° 19.253); los párvulos, la Junta Nacional de Jardines Infantiles (Ley N° 17.301); cierto grupo de escolares, la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (Ley N° 15.720); los pequeños agricultores, el Instituto de Desarrollo Agro-Pecuuario y Comisión Nacional de Riego (Ley N° 18.910 y Ley 18.450). Además, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.530, el Ministerio de Desarrollo Social tiene por propósito “la Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes, y programas en materia de equidad y/o desarrollo social, especialmente aquellas destinadas a erradicar la pobreza y brindar protección social a las personas o grupos vulnerables, promoviendo la movilidad e integración social y la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

En segundo lugar, nuestro ordenamiento ha reconocido las acciones positivas a través de la regulación de la discriminación. En efecto, dos cuerpos legales definen la discriminación: por una parte, lo hace en el Código del Trabajo<sup>58</sup> y, por la otra, la Ley N° 20.422 a propósito de la discapacidad<sup>59</sup>. Dichas definiciones no son muy diferentes a las que contempla el derecho comparado<sup>60</sup>.

57 Para efectos metodológicos, asumo que las personas con discapacidad, los niños y niñas y adolescentes vulnerables, las mujeres, los adultos mayores, los jóvenes, los indígenas, los párvulos y los escolares de escasos recursos, los pequeños agricultores y campesinos, las familias de extrema pobreza, son grupos que están o han estado discriminados o que se hallan en una situación de desventaja. Por lo mismo, cumplen el requisito de diseño de las acciones afirmativas.

58 “Art. 2° inc. 3°-7°. Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.”

59 “Artículo 6°.-Para los efectos de esta ley, se entiende por:

a) *Discriminación*: Toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico”.

60 El artículo 4° de la Ley Mexicana para Prevenir y Eliminar la Discriminación, señala que “Para efectos de esta ley, se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el

También tratados internacionales, suscritos por Chile, definen la discriminación<sup>61</sup>. Sin embargo, no existe una definición común o general de discriminación. Las que existen son para áreas o propósitos específicos<sup>62</sup>.

Asimismo, en materia de no discriminación nuestro ordenamiento tiene las denominadas categorías sospechosas. Estas tienen en nuestro sistema el carácter de prohibiciones de discriminar en base a ciertos factores; están enunciados a

---

*reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.*"

61 Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial la define señalando que "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública." (artículo 1, N° 1). Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, señala que "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera." (artículo 1). Enseguida, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza 1960 señala que "A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:" (Artículo 1). Finalmente, el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, señala que "A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados." (Artículo 1)

62 Actualmente se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley Sobre No Discriminación. (boletín N° 3815). Sin embargo en su evolución legislativa, ha ido cambiando de perspectiva

propósito de regulaciones específicas, y son factores cerrados, no abiertos, pues usan fórmulas genéricas<sup>63, 64, 65</sup>.

Los tratados internacionales suscritos por Chile también establecen estas categorías<sup>66</sup>. Pero estos factores no son cerrados, pues tienen una fórmula abierta (“cualquier otra condición social; “cualquier otra condición”).

La tercera forma a través de la cual nuestro ordenamiento jurídico reconoce las acciones positivas, es mediante el establecimiento de medidas que se enmarcan en esta categoría. Si utilizamos la clasificación de García Añón, encontramos medidas de concienciación, medidas de facilitación y las medidas de retribución. En la primera categoría, se encuentran todas aquellas medidas destinadas a difundir prácticas<sup>67</sup>, realizar acciones de difusión y sensibilización<sup>68</sup>, formular diagnósticos y estudios<sup>69</sup>.

En segundo lugar, encontramos las medidas de facilitación, en sus tres modalidades. Es decir, incentiviación<sup>70</sup>, trato preferencial<sup>71</sup> y discriminación inversa. Cabe resaltar

63 Estas se observan en el Código del Trabajo (artículo 2° inciso 3° a 7°, que contempla los criterios de “raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social”), en el Estatuto Administrativo (artículo 17, que contiene como factores “raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social”) y en el Código Civil (artículo 55, que se refiere a la “edad, sexo, estirpe o condición”).

64 Un caso especial lo constituye la prohibición de discriminar por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). La Ley N° 19.779, que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas, establece tres áreas de protección. En primer lugar, no puede condicionarse la contratación, permanencia, renovación de empleos o promoción a resultados del examen destinado a detectar el virus, o exigirla realización del mismo (inciso primero del art. 7°). En segundo lugar, tampoco se puede condicionar el ingreso a un establecimiento educacional, la permanencia en él o promoción de sus alumnos puede hacerse depender de resultados de un examen destinado a detectar el virus de inmunodeficiencia humana o la realización del mismo (inciso tercero del art. 7°). Finalmente, tampoco podrá condicionarse, por parte de un establecimiento de salud, sea público o privado, el ingreso o atención a personas, a los resultados o realización del examen señalado (inciso cuarto del art. 7°).

65 Al respecto, ver Bayefsky, Anne; El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional; artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, aparecido originalmente en *Human Rights Law Journal*, vol 11, N° 1-2, 1990, p. 1-34

66 Art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 2. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

67 Como las contempladas en los arts. 43° letras a) y b) de la Ley N° 20.422; art. 3° letra d) de la Ley N° 19.828 y arts. 1°, 7° y 28°, letras d) y e) de la Ley N° 19.253.

68 Como lo son las que disponen los arts. 43°, letras b), d) y f) de la Ley N° 20.422; el art. 2° letra d) de la Ley N° 19.023; el art. 2° letra d) de la Ley N° 19.042 y los arts. 28°, letras a), b), c) y f) y 39°, inciso primero y letra i) de la Ley N° 19.253.

69 Como se contempla en el art. 60° y 62°, letra i) de la Ley N° 20.422; art. 2°, letras a), b) y c) de la Ley N° 19.023; art. 3°, letras a) y b) de la Ley N° 19.828 y el art. 2°, letras a) y c) de la Ley N° 19.042.

70 Como son aquellas que se encuentran en los arts. 7°, 19°, 23°, 24°, 25°, 27°, 28° y 30° de la Ley N° 20.422; 82° de la Ley N° 20.255; 2° y 3°, nros.1), 3) y 5) de la Ley N° 18.910; arts. 11°, 13° y 14° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2010, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005; arts. 43°, 44° y 46° de la Ley N° 19.873; arts. 1°, 2°, 6° y 12° de la Ley N° 20.248; art. 12° de la Ley N° 20.370; art. 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales y art. 2° de la Ley N° 15.720.

71 Contenidas, por ejemplo, en el art. 34° de la Ley N° 20.422 y art. 12° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2010, del Ministerio de Educación.

que las medidas de discriminación inversa son escasas en nuestro sistema. Por un lado, están las cuotas<sup>72</sup> y, por el otro, preferencias para la selección de personal<sup>73</sup>. En tercer lugar, se pueden detectar las medidas de retribución<sup>74</sup>.

La cuarta forma en que nuestro ordenamiento jurídico reconoce las acciones positivas, es a través de lo que podríamos llamar el fomento económico. No es casual que la Constitución establezca en el artículo 19 N° 22, la posibilidad de establecer beneficios o gravámenes a favor o en contra de algún “sector, actividad o zona geográfica”, porque esto viene haciéndose en Chile desde antiguo. Esa acción estatal recibe la denominación de “fomento”. Esta, a diferencia de la actividad de ordenación, que lleva a cabo la Administración, y que le permite restringir derechos, y a diferencia de la de servicio público, en que entrega prestaciones, lo que hace es promocionar, ayudar, incentivar a áreas o grupos determinados que se consideran valiosos.

La actividad de fomento está asociada a dos factores: la política económica de un país y a cuánta ayuda el Estado está dispuesto a entregar a los privados que desea potenciar. La actividad de fomento la empezó a realizar en nuestro país el Tribunal del Consulado, que junto con ser un tribunal comercial, promovía estudios para el desarrollo, la agricultura y el comercio. Durante el siglo XIX encontramos los estancos, las patentes exclusivas, las subvenciones para el transporte marítimo y terrestre. A principios del siglo XX se encuentran todas las “Cajas” (de Crédito Popular, de Crédito Minero, de Crédito Agrario). En 1939 se crea la CORFO, institución que realizó una intensa actividad de fomento.

El artículo 19 N° 22 de nuestra Carta Fundamental permite que el Estado entregue beneficios o establezca gravámenes. Los primeros son ayudas en dinero, u otra forma, que el Estado entrega a uno o más particulares, con o sin obligación de reembolso. Pueden ser honoríficas (premios), jurídicas (exenciones) o económicas (subsidijs, subvenciones). La Constitución dice que los beneficios pueden ser directos, que implican transferencia de recursos, o indirectos o franquicias, en que el Estado deja de cobrar o percibir. Los gravámenes en cambio son cualquiera medida desfavorable que impone el legislador, que no conllevan una indemnización, pueden ser limitaciones al dominio, cargas públicas o reales, tributos, etc.

72 Como la que establece el inciso primero de la letra a) bis del art. 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1998 del Ministerio de Educación, al disponer: “Para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la subvención, deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...)

a) bis.- Que al menos un 15% de los alumnos de los establecimientos presenten condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, salvo que no se hayan presentado postulaciones suficientes para cubrir dicho porcentaje”.

73 Como la dispuesta en el inciso primero del artículo 45 de la Ley N° 20.422, que establece que “En los procesos de selección de personal, la Administración del Estado y sus organismos, las municipalidades, el Congreso Nacional, los órganos de la administración de justicia y el Ministerio Público seleccionarán preferentemente, en igualdad de condiciones de mérito, a personas con discapacidad”.

74 Ejemplos de medidas de retribución se encuentran en los arts. 48° y 49° de la Ley N° 20.422 y art. 12° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2010 del Ministerio de Educación.

Lo importante es que la actividad de fomento permite discriminar. Sólo que la sujeta a ciertos requisitos: que haya una ley que lo permita, que ese distingo no sea arbitrario y que la medida vaya a favor o en contra de un sector, actividad o zona geográfica. En virtud de esta norma se entregan subsidios, subvenciones, préstamos, bonos, becas; se crean Fondos, bandas de precios, sobretasas arancelarias, etc. Todas estas acciones son medidas de acción afirmativa en materia económica<sup>75</sup>.

## VI. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA

Hasta ahora hemos analizado las acciones afirmativas desde el punto de vista dogmático y de la forma en que nuestro ordenamiento jurídico de rango legal las reconoce. Sin embargo, se requiere dar un paso más y examinar a las acciones afirmativas desde el punto de vista constitucional.

### El punto de partida: la igualdad ante la ley

Al respecto, cabe señalar que en el derecho comparado las acciones afirmativas se enmarcan dentro de la igualdad ante la ley, en un doble sentido. Por una parte, en que el derecho a la igualdad prohíbe la discriminación arbitraria. En ese sentido, las normas deben ser las mismas para todos, sin que existan inmunidades ni privilegios. Sin embargo, eso puede llevar a una discriminación en la medida que no toma en cuenta las diferencias humanas. Por lo mismo, cobra relevancia cuando es posible establecer diferencias. Ello es posible cuando el trato desigual se basa en causas objetivas y razonables. No se encuentran en esta condición ciertas categorías o factores como la raza, el sexo, la religión. Son las denominadas categorías sospechosas, que obligan a profundizar el examen de la regulación para verificar si se ha ido más allá de lo posible constitucionalmente<sup>76</sup>. Esta perspectiva de la igualdad permite establecer cuándo es

75 Así, el instrumento tributario tiene, entre otros factores, el descuento del impuesto a la renta para instalar sistemas solares térmicos (Ley N° 20.365); la sobretasa arancelaria (ley N° 18.525); los derechos antidumping y derechos compensatorios (ley N° 18.525); la banda de precios (ley N° 18.525); la Ley Arica I y Arica II; la Ley Navarino. En materia de subsidios, por mencionar algunos, está el subsidio al empleo juvenil (ley N° 20.338); el subsidio para la retención y capacitación de trabajadores (ley N° 20.351); el subsidio para el transporte público remunerado de pasajeros (ley N° 20.378); el subsidio al consumo de agua potable y servicio de alcantarillado (ley N° 18.778); los subsidios habitacionales. En las subvenciones, baste mencionar la subvención educacional (DFL N° 2, 1998, Mineduc), las subvenciones que otorgan los municipios (LOCM). Respecto a las garantías, un ejemplo gráfico puede ser el Fogape (D.L. N° 3.472). También se encuentran los préstamos: préstamos habitacionales, de auxilio, que puede otorgar la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (D.S. N° 149, Guerra, 2009); Caja de Crédito Prendario ("la Tía Rica") (DFL N° 16, 1986, Min. Trabajo). Asimismo, está el instrumento de los sistemas: Chile Crece Contigo (ley N° 20.379); Chile Solidario (ley N° 19.949). Está también el de los fonos, como el Fondo de Estabilización de precios del petróleo. Enseguida, pueden ubicarse aquí las facilidades (por ejemplo Permisos provisorios y permisos sanitarios inmediatos para las Pymes (ley N° 20416). A continuación, están los bonos y las becas.

76 Numerosas constituciones establecen en su Constitución estas categorías sospechosas. Así, en España, el artículo 14 señala: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social." La Constitución italiana, por su parte, establece que "Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razones

razonable, admisible o no perjudicial el tratamiento diferenciado o desigual. Por la otra, se encuentra el deber que tienen los órganos del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Es lo que se denomina la igualdad material, en cuya virtud no basta que el Estado no discrimine, sino que debe adoptar medidas para conseguir una igualdad efectiva de todos los ciudadanos<sup>77</sup>.

Mientras la primera perspectiva enfoca la igualdad como un derecho, traducándose en no ser tratado de manera distinta que quienes están en la misma situación<sup>78</sup>; es, por así decirlo, el derecho a la igualdad. La segunda perspectiva la enfoca como obligación que tienen los órganos del Estado de materializar esa igualdad, lo que puede traducirse en un derecho a la desigualdad.

Por otra parte, también es importante distinguir entre el igual tratamiento del ser tratado como igual. Este distingo, introducido por Ronald Dworkin<sup>79</sup>, se afina en lo siguiente. El igual tratamiento es el derecho a una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas. El derecho a ser tratado como igual, por su parte, no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. Es el derecho a que los intereses de cada persona sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro.

Ahora bien, la acción afirmativa implica superar la igualdad formal, la igualdad “ante” la ley, para dar paso a una igualdad material, es decir, un igual tratamiento,

---

de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales.” (artículo 3°). Enseguida, la de Portugal, señala que “1. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley. 2. Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho ni eximido de ningún deber por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social.”

77 Se considera a la Constitución italiana de 1947, la primera que avanzó en esta línea. Su artículo 3°, inciso segundo establece: “*Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.*”

78 Es importante señalar que se puede producir una inconstitucionalidad por elección de propiedades relevantes, de dos maneras distintas. Por una parte, porque se establecen como decisivas propiedades o factores que no deberían serlo, pues con ello quedan excluidos de ciertos beneficios determinados sujetos. Por la otra, porque no se toman en consideración por el legislador alguna propiedad relevante. Sobre el punto ver Cobreros Mendazona, Edorta, Discriminación por indiferenciación, en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 81, septiembre-diciembre (2007), p. 71-114. En el derecho norteamericano se distingue entre el criterio *underinclusive* (cuando la clasificación no incluye a todos los que están idénticamente situados con respecto al fin perseguido) y el criterio *overinclusive* (quedan incluidas personas que no deberían estarlo de acuerdo con el fin de la norma). Al respecto, ver Martín Vida, M. A.; Evolución del principio de igualdad, op.cit. p. 154. En algún momento, el Tribunal Constitucional español sostuvo que el juicio de igualdad no comprende la discriminación por indiferenciación (STC 86/1985) esto es, el derecho a un trato legal diferenciado de supuestos distintos; el artículo 14 de la Constitución española no abarca un derecho a la desigualdad, sino sólo un derecho a la igualdad. Al respecto, ver Rey Martínez, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo; op.cit. p. 11.

79 Op.cit. p. 332.

al compromiso de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva. Es decir, en promover la igualdad de oportunidades.

La igualdad de oportunidades tiene que ver con el mérito y las capacidades como criterio para abrir sendas y transitar caminos de progreso. Se trata que la competencia se haga desde los mismos puntos de partida, no desde desventajas.

La acción afirmativa lo que busca es la paridad de trato, nivelar la cancha a favor de quienes, por su pertenencia a determinados grupos discriminados, y en contra de los que tienen algún tipo de privilegios, no han podido tener igualdad de oportunidades<sup>80</sup>.

La asociación entre igualdad de oportunidades y acciones afirmativas, ha sido reconocida por el legislador. Ello se revela, por una parte, en la ley de la Discapacidad. En efecto, el artículo 7° de la Ley N° 20.422, dispone: *“Artículo 7°.- Se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social.”* Por la otra, se revela en la Ley N° 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social, que señala que personas o grupos vulnerables son *“aquellos que por su situación o condición social, económica, física, mental o sensorial, entre otras, se encuentran en desventaja y requieren de un esfuerzo público especial para participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y acceder a mejores condiciones de vida y bienestar social”* (artículo 2° N° 2).

### Otras normas constitucionales

Sin embargo, en nuestra Constitución hay otra serie de disposiciones aparte de la igualdad ante la ley, que permiten fundar constitucionalmente las acciones afirmativas.

En primer lugar, están todas aquellas normas que tienen que ver con los principios de la Constitución. En esta categoría se ubica la definición de bien común, que obliga al Estado a *“contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. También aquí se ubica el mandato de integración

80 En este sentido, vale la pena recordar que el artículo 10 N° 17 de la Constitución del 25, introducido por la reforma de la Ley N° 17.398, de 1971, señalaba: *“Art. 10. Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República N° 17°.- El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley.”*

armónica (*“promover la integración armónica”*) y el de igualdad de oportunidades (*“asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*). En la misma línea se ubica el mandato de respetar y promover los derechos (artículo 5°).

En segundo lugar, hay una serie de elementos que se infieren a partir de la regulación de los derechos que hace la Constitución en su artículo 19. Desde luego, la no discriminación arbitraria (*“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*). Enseguida, está la forma en que el Estado debe garantizar los derechos sociales, en que se impone un mandato de acceso igualitario (artículo 19 N° 9, 10 y 18).

Además, se encuentra la prohibición, que en materia laboral, se impone para discriminar (*“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”*- art. 19 N° 16 - y *“La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”*- art. 19 N° 17).

También se observa lo mismo en materia de los derechos económicos. Así, los impuestos no solamente pueden ser proporcionales, sino también progresivos (*“La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.”* art. 19 N° 20); el fomento industrial (*“Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”* – art. 19 N° 22); y en materia de propiedad, en que la ley puede establecer limitaciones y requisitos para adquirir el dominio (*“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”* art. 19 N° 23) y para ejercer el dominio, por la función social (*“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”* art. 19 N° 24).

En tercer lugar, se encuentran todos los mandatos de configuración que entrega la Constitución al momento de definir a los Gobiernos Regionales y a los Municipios. A ambos se les encarga el desarrollo o progreso económico, social y cultural, de la región o de la comuna (art. 111 inciso. 2° y 118 inciso. 4°).

## **El examen de constitucionalidad**

Determinar si una medida afirmativa es o no constitucional, implica no sólo contrastar las disposiciones con la Constitución, sino el empleo de complejos instrumentos analíticos. La dificultad analítica radica en que, como señala Rubio Llorente<sup>81</sup>, *“la igualdad “designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación... es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los términos de la comparación ... la igualdad que se predica desde un conjunto de entes diversos ha de referirse, por tanto, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles... toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado tertium comparationis puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva sólo puede existir o no existir... Por lo tanto, la primera dificultad es cuál será el tertium comparationis al que el juez ha de acudir para, en contraste con el del legislador, aceptar o rechazar el que éste incorporó la norma. La Constitución no ofrece ni puede ofrecer, como es obvio, otro apoyo que el de la simple consagración del principio de igualdad.”*

Estos instrumentos han sido desarrollados con particular intensidad en el derecho norteamericano. Baste señalar tres casos resueltos por la Corte Suprema de ese país, para ver la importancia de lo anterior.

En primer lugar, en el caso *Korematsu* (1944)<sup>82</sup>, la Corte Suprema sostuvo que todas las disposiciones legales que restrinjan o eliminen los derechos civiles de un determinado grupo racial están automáticamente bajo sospecha. Pero no son inconstitucionales por sí mismas, sino que los tribunales deben someterlas al más rígido de los criterios de control. No obstante, dijo la Corte, el señor *Korematsu* no fue deportado de la zona militar por hostilidad hacia él o hacia los de su raza. Fue deportado porque *“estamos en guerra contra el Imperio Japonés, porque las autoridades militares temían una invasión en la costa oeste y se vieron obligadas a adoptar medidas de seguridad adecuadas.”*

En segundo lugar, en el caso *Loving v. Virginia* (1967)<sup>83</sup> la Corte sostuvo que el Estado tiene que justificar la discriminación. Se trata, dijo, de una ley que contiene en sí misma una distinción racial, y el hecho cierto de que se aplique por igual a todas

81 Rubio Llorente, Francisco; La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; en Revista española de Derecho Constitucional, año 11, N° 31, enero-abril 1991, p. 9-36.

82 Los hechos del caso fueron los siguientes: Fred Komatsu, ciudadano norteamericano de ascendencia japonesa, se negó, en 1942, a cumplir con una orden que obligaba a ciudadanos japoneses, o norteamericanos de origen japonés, a abandonar sus domicilios en San Francisco, de forma de ser relocalizados en “centros de realojo”. El señor *Korematsu* permaneció en su domicilio en California. Fue detenido y condenado a cinco años de cárcel. El fallo se refiere a la impugnación de la resolución en virtud de la cual se lo condena. Ver Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio; Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, 2° edición; Editorial Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid 2006, p. 276 - 286.

83 Los hechos del caso fueron los siguientes: El señor *Loving* era un hombre de raza blanca; tenía una novia de raza negra. Contrajeron matrimonio en el distrito de Columbia. Residían en Virginia, y al regresar en calidad de cónyuges, fueron detenidos, juzgados y condenados a un año de cárcel por quebrantar una ley que proscibía matrimonios interraciales. El señor *Loving* impugnó la condena. Ver Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio; Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los

las personas de todas las razas no libera al Estado de la severa carga justificativa que le impone la 14ª enmienda en lo relativo a la raza. Además, la cláusula de protección equitativa exige que las distinciones raciales, particularmente sospechosas en el ámbito penal, estén sometidas “al más estricto control judicial” y sólo se podrán considerar constitucionales si acreditan ser necesarias para la consecución de una finalidad legítima de los poderes públicos, al margen de la discriminación racial proscrita por la 14ª enmienda.

En tercer lugar, en *United State v. Virginia* (1996)<sup>84</sup>, la Corte sostuvo dos cosas que interesa destacar. Por una parte, que las medidas discriminatorias entre sexos, deben basarse en una “justificación sobradamente convincente”. La prueba de tal justificación compete exclusivamente al Estado, e implica una gravosa carga de su prueba. El objetivo que constituya la justificación, debe ser real, no hipotético o inventado con posterioridad al inicio del pleito. Las justificaciones que consistan en consabidos y vagos argumentos tópicos sobre diferencias de talento, capacidad y aptitudes, son insuficientes. Motivos bien intencionados que se aleguen para justificar las medidas de exclusión no siempre son válidos; para ser admisibles, es necesario que pongan realmente de manifiesto los objetivos del Estado, y no sólo explicar o racionalizar medidas que en fondo se basan en una finalidad distinta. (En este caso, no se encuentra avalada la posición en cuanto a que la enseñanza sexista persiga la diversidad). Por la otra, señaló que es indudable que existen diferencias inherentes a los hombres y mujeres, pero no pueden servir de pretexto para denigrar a las personas de uno u otro sexo, o para levantar barreras artificiales impeditivas de la plenitud de posibilidades de que todas ellas pueden gozar. Las disparidades de trato en función del sexo pueden servir para reparar las discriminaciones que las mujeres han podido padecer en materia laboral. Una medida, adoptada como compensación a una vulneración constitucional, debe tener por objeto “eliminar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la discriminación pasada”, y “prevenir en el futuro la existencia de nuevas discriminaciones”.

La doctrina<sup>85</sup>, sistematizando estos criterios, señala que existen tres test fundamentales. En primer lugar, se utiliza el test de la mera racionalidad. Es el test más básico. El juez se conforma con que el legislador haya invocado un interés

---

Estados Unidos de América, 2º edición; Editorial Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid 2006, p. 369 – 372.

84 Los hechos del caso son los siguientes: El Estado de Virginia mantenía una academia militar (Virginia Military Academy, VMI) exclusivamente para hombres. La misma había sido fundada en 1839; era conocida por su formación de excelencia (militar y civil, así como en el desarrollo de capacidades de liderazgo y dirección). Tenía un carácter de institución de élite. Las sentencias de primera instancia y de la Corte de Apelaciones (4to distrito), consideraron que la exclusión de mujeres vulneraba la Constitución (14ª enmienda), pero aceptaron como remedio a dicha situación, la creación de un instituto exclusivamente para mujeres (Virginia Women's Institute for Leadership, VWIL). Ver Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio; Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, 2º edición; Editorial Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid 2006, p. 574 – 593.

85 Rey Martínez, Fernando; Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action basada en el género; en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 4, 2000, p. 6-11.

público para establecer la acción<sup>86</sup>. En segundo lugar, utiliza el test del escrutinio estricto. Este se aplica cuando, habiendo un derecho involucrado, se utilizan distingos basados en criterios sospechosos, como la raza, el origen nacional. En este caso, el legislador debe invocar un interés público primordial que el Estado está obligado a proteger y tal diferencia de trato ha de estar conectada por la satisfacción de dicho interés. Este se vincula sólo a tres aspectos: el derecho a voto, la libertad de circulación y el igual acceso a la justicia. Cuando no hay un derecho involucrado, se utiliza lo que se denomina test “intermedio”. Este tiene lugar cuando se emplea por el legislador un criterio sensible, aunque no sospechoso (por ejemplo, la condición de extranjero); implica demostrar un objetivo importante o apremiante. Como señala Martín Vida<sup>87</sup>, *“a la hora de valorar la conexión entre el medio empleado (medidas de tratamiento preferente) y el objetivo al que se aspira (eliminación de las consecuencias de la discriminación) la Corte tiene en cuenta en todo caso: primero, hasta qué punto serían eficaces otras medidas alternativas; segundo, la duración prevista de la medida y su flexibilidad, lo cual incluye un rechazo a las cuotas rígidas y una valoración positiva de la existencia de cláusulas de excepción; y tercero, los efectos que el tratamiento preferente tiene o va a tener presumiblemente sobre la posición jurídica de terceros”*. En tercer lugar se encuentra el test de la justificación “sumamente convincente”. Este tiene lugar cuando el legislador invoca importantes objetivos públicos, y en donde las medidas están sustancialmente dirigidas a conseguir dicho interés. La justificación debe ser genuina y no descansar sobre generalizaciones muy amplias.

Dworkin<sup>88</sup> critica estos test, por el determinismo en su resultado. El test del escrutinio estricto *“es estricto en teoría y fatal de hecho, ya que ningún interés ha parecido lo suficientemente incluyente como para justificar la imposición de mayores desventajas sobre una clase sospechosa, y el escrutinio relajado no es en realidad ningún escrutinio, porque incluso a la legislación más trivial puede atribuírsele siempre algún propósito. ... la estrategia de los niveles de escrutinio resulta inapropiada para lidiar con este problema.”* De ahí que proponga emplear *“un enfoque de escala flexible (sliding scale) para decidir si existe una evidencia convincente de que la clasificación racial realmente refleje un prejuicio o una hostilidad de los tipos prohibidos por la cláusula de igual protección. Un enfoque semejante tomaría en cuenta, entre otros factores pertinentes, la naturaleza de los grupos beneficiados y perjudicados por el programa, las características raciales entre otras, de los funcionarios que han diseñado y van a administrar el plan y si*

86 En el proyecto de ley sobre no discriminación (boletín N° 3815-07), que se tramita actualmente en el Congreso, el estándar de revisión judicial es este. En efecto, en el proyecto original del Ejecutivo, en el despachado por la Cámara de Diputados y en el evacuado por la comisión de Constitución del Senado, la acción de reclamación era por “discriminación arbitraria”. Además, en el texto de esta última Comisión, se establece lo siguiente: *“Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso precedente, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima. (artículo 2° inciso 2°)”*.

87 Martín Vida, M. A.; Evolución de principio de igualdad en Estados Unidos; op.cit., p. 88.

88 Dworkin, Ronald; Discriminación positiva: ¿es equitativa? op.cit., p. 453

este apunta a un fin –como la diversidad en la educación. Por ejemplo, que ha sido históricamente reconocido como apropiado por la institución en cuestión”. Dworkin agrega que la prueba del escrutinio estricto ha sido interpretada de dos maneras muy distintas. De acuerdo con la primera versión, que denomina la de la necesidad imperiosa, “cualquier clasificación racial impuesta por cualquier órgano de gobierno y por cualquier motivo, automáticamente viola la cláusula de la igual protección.” La segunda versión, que denomina la versión impugnatoria, “no presupone ni siquiera en un campo teórico, que toda clasificación racial viole la Decimocuarta Enmienda y, en consecuencia, no supone que ninguna clasificación resulte tolerable, a menos que sea exigida por alguna emergencia, lo suficientemente grave como para ignorar una desviación constitucional. Dicha versión estima que las clasificaciones raciales violan la cláusula de igual protección sólo cuando han sido generadas por los estereotipos y las actitudes inaceptables y llenas de prejuicios que la cláusula prohíbe. Pero también supone que, dado que la raza ha resultado ser con frecuencia un terreno fértil para el prejuicio y el favoritismo, constituye una sabia estrategia constitucional imponer una estricta carga de la prueba sobre cualquier institución que emplee una clasificación semejante, exigiéndole que muestre la existencia de una motivación adecuada lo suficientemente concluyente como para rebatir cualquier sospecha realista de que en verdad dicha clasificación fue adoptada por motivos inaceptables. Esta versión impugnatoria resulta mucho más exigente que la prueba de la escala flexible, ya que aquella coloca el estándar de la prueba en un nivel muy elevado. Pero mucho más flexible que la versión de la necesidad imperiosa, porque el hecho de que una institución sea capaz de refutar cualquier sospecha señalando el fin o el interés legítimo a cuyo logro tiende su clasificación racial, depende no sólo de la urgencia intrínseca de dicho fin, considerado en términos abstractos, sino de todas las circunstancias concretas”.

Otros autores han diseñado otros test para examinar las medidas. Fiss<sup>89</sup> aporta dos. Por una parte, el daño al estatus. Este consiste en examinar la práctica que perjudica al grupo. Por de pronto, porque ciertas prácticas estatales pueden resultar dañosas pero no empeorar o poner en riesgo o agravar el estatus o la posición del grupo. Desde esta perspectiva, la acción estatal discriminatoria es aquella conducta estatal que empeora el estatus de un grupo especialmente desventajado. Enseguida, porque el juez debe comprobar si la acción afirmativa mejora realmente la posición del grupo desaventajado.

Fiss también emplea el test del beneficio irrenunciable. Este requiere que los tribunales se pregunten si es que existen medios alternativos para que la sociedad promueva sus intereses, y si estas alternativas son menos dañosas en relación con el grupo desaventajado. Si estas vías alternativas existen, entonces la práctica en cuestión deber ser invalidada, dado que no constituye una vía a la que no pueda renunciarse. Si, en cambio, no existen alternativas que sean menos perjudiciales para el grupo, los tribunales deberán plantearse un nuevo interrogante: deben estimar el daño que se produce en el estatus del grupo desaventajado y los

89 Grupos y la cláusula de la igual protección, op.cit.

beneficios que obtiene el resto de la sociedad y, en un análisis final, determinar si el beneficio en cuestión es un beneficio irrenunciable.

Es importante señalar que en Estados Unidos, existe toda una teoría del control constitucional a partir de que las minorías discretas e insulares tienen derecho a una protección constitucional especial en relación con el proceso político. John Hart Ely<sup>90</sup> sostiene que el proceso político no inspira confianza y obliga a actuar al juez constitucional, cuando los representantes comprometidos con una mayoría efectiva, sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad, o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a aquella minoría, la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos<sup>91</sup>.

En España, por su parte, se utilizan básicamente tres test. En primer lugar, el de proporcionalidad<sup>92</sup>. Este busca lograr el equilibrio entre la finalidad de la medida y las consecuencias jurídicas del trato desigual. Este test postula que se debe medir si la medida era adecuada (idónea, adecuación medio-fin o congruencia) y necesaria (que la medida no sea más gravosa que otras); por ejemplo, duración, flexibilidad, efectos sobre terceros, si está suficientemente sustentada en evidencia, si están todos los que deberían estar incluidos.

En segundo lugar, la doctrina también afirma que la desigualdad, para ser arbitraria, debe ser irrazonable, no justificada objetivamente, lo cual exige una triple comprobación: que la desigualdad exista (test de la diferencia de consecuencia jurídica), que haya motivos para pretender la igualdad (test de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad) y que sea justificada (test de la razonabilidad)<sup>93</sup>.

90 En Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional; Ediciones Siglo del Hombre Editores, Bogotá 1997, p. 130.

91 Dworkin, Ronald; en Discriminación positiva: ¿es equitativa?; sostiene que *“la cláusula de la igual protección no resulta violada cuando algún grupo ha sido derrotado en una decisión importante de acuerdo a los méritos de su posición, o a través de la política, sino que cuando la derrota es un efecto de su especial vulnerabilidad al prejuicio, la hostilidad o los estereotipos y su consecuente situación disminuida –su ciudadanía de segunda clase– en la comunidad política. La cláusula mencionada no garantiza a cada ciudadano que vaya a beneficiarse de igual modo con cada decisión política; sólo le garantiza que va a ser tratado como un igual –con igualdad de consideración y respeto– en el proceso político y las deliberaciones que producen dichas decisiones.”* (p. 451).

92 Jiménez Campo, Javier; La igualdad jurídica como límite frente al legislador, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 3 N° 9, septiembre-diciembre, 1983.

93 Alonso García, Enrique; El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, en Revista de Administración Pública N° 100-102, enero-diciembre 1983, p. 21 y siguientes. El autor define cada test de la siguiente manera. El test de la diferencia, el test de la desigualdad implica que lo único que hay que demostrar es que el ordenamiento jurídico conlleva una consecuencia jurídica diferente para dos o más personas o colectivos. El test de la relevancia implica que no basta con demostrar que el ordenamiento jurídico prevé consecuencias jurídicas diferentes, sino que hace falta demostrar que tales situaciones tienen cierta identidad y que el ordenamiento jurídico valora de alguna forma tal identidad. Finalmente, el test de la razonabilidad consiste en demostrar que la distinción de trato carezca de una justificación objetiva u razonable; la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada.

En tercer lugar, sirven los test para la igualdad<sup>94</sup>. Estos exigen evaluar la diferenciación objetiva y razonable en base a lo siguiente: desigualdad en supuestos de hecho y finalidad constitucionalmente legítima (se deben rechazar todas las medidas que invocan un interés no admisible). La finalidad constitucionalmente deseable debiera ser la redistribución de bienes sociales.

Martín Vida<sup>95</sup> sostiene que para garantizar la compatibilidad de una medida de acción positiva con la Constitución, es necesaria la concurrencia de varios elementos. Por de pronto, la exigencia de legalidad, es decir la intervención del legislador para identificar y delimitar situaciones de hecho concretas que exigen un concreto tratamiento. Enseguida, es necesaria la motivación, o sea, que quien adopte la medida, adopte datos que confirmen la existencia de una probada situación real de discriminación que afecte al colectivo al que se aplica la medida. También se requiere la adecuación y proporcionalidad, esto es, que la medida sea suficiente y adecuada para lograr su objetivo y que haya un equilibrio entre el fin que se persigue y los medios que se utilizan. Asimismo, se requiere la temporalidad. Es decir, la medida deja de estar justificada en el momento en que su objetivo sea satisfecho. Finalmente, se requiere flexibilidad. Esto es, que conceda un cierto margen para apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto que permita adaptar la medida en su aplicación específica e irla haciendo evolucionar en el tiempo, en función de la modificación de tales circunstancias.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la doctrina ha distinguido entre la jurisprudencia equiparadora y la jurisprudencia compensadora<sup>96</sup>. La primera, es aquella *“provocada por supuestas discriminaciones directas o indirectas que limitaban o prohibían a la mujer la realización de ciertas actividades si permitidas o exigidas a los varones”*. Lo que busca esta jurisprudencia es *“eliminar aquellas normas o actuaciones que conceden ventajas o inconvenientes en función de la pertenencia a uno u otro sexo”*. Por su parte, la jurisprudencia compensadora tiene lugar a raíz de *“discriminaciones que, en el ámbito del trabajo y la seguridad social, otorgaban a las mujeres ciertas ventajas o beneficios de cuyo goce estaban excluidos los varones en la misma situación”*. *“Al tomar en consideración como punto de partida la realidad social de la marginación de la mujer en el ámbito laboral y legitimar, en consecuencia, un derecho desigual (no igual, como en la jurisprudencia de equiparación) favorable a la mujer, se plantea el problema crucial de identificar el criterio o los criterios que permiten distinguir válidamente las medidas paternalistas (aparentemente protectoras, pero en realidad discriminatorias en cuanto limitadoras de las posibilidades profesionales de la mujer) de aquellas otras de acción positiva o compensadoras de la subordinación histórica de la mujer (y por ello, no sólo permitidas por el derecho constitucional, sino también exigidas*

94 López Guerra, Luis y otros; Derecho Constitucional, volumen 1, 7ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, p. 186 y siguientes.

95 Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva, op.cit., p. 137.

96 Rey Martínez, Fernando; El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo; Editorial Mc Graw Hill, Madrid 1995, p. 10.

*como deber de los poderes públicos desde los postulados de la dignidad humana y de la igualdad real y efectiva de hombres y mujeres)*"<sup>97</sup>.

En Alemania, el Tribunal Constitucional ha pasado por tres etapas<sup>98</sup>. Una primera etapa (1950-1960), se da cuando no hay igualdad formal en las leyes alemanas, aunque la Constitución la previese, con discriminación contra la mujer, aunque también con un cierto proteccionismo o favoritismo en su favor. En la segunda etapa (1970-1980), el Tribunal lucha por la igualdad formal a través de una tarea igualitaria, niveladora y equiparadora, que elimina obstáculos pero que suprime las medidas proteccionistas otorgadas a la mujer. Así, se declara inconstitucional la prioridad del padre como cabeza de familia. La tercera etapa se abre en la década del 80. En este período se entiende que la Constitución no se limita a prohibir la discriminación, sino que el logro de la igualdad de ambos sexos, puede justificar medidas favorecedoras de la mujer. Por ello, se considera que la prohibición del trabajo de bomberos y el trabajo nocturno para las mujeres, son medidas a primera vista protectoras de las mujeres pero, lo que hacen, es discriminarlas.

## VII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC chileno es relativamente nuevo. Recién va a cumplir 40 años, incluidos los 17 del Gobierno Militar, por lo tanto, no tiene una gran cantidad de jurisprudencia. No obstante, es posible encontrar en sus sentencias distintos aspectos de las acciones afirmativas.

En primer lugar, está todo el test que nuestro Tribunal ha establecido respecto de la igualdad<sup>99</sup>. Como este es usado en distintos casos, no se puede relatar asociado a uno en particular, porque lo relevante es aquí el criterio de análisis.

97 Al Tribunal Constitucional español le ha correspondido analizar discriminaciones directas, discriminaciones indirectas, medidas paternalistas o falsamente protectoras de la mujer y ha validado medidas consideradas acciones positivas legítimas. Al respecto, ver Rey Martínez, Fernando; *Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*, en *Revista Derecho del Estado* N° 25, diciembre de 2010, p. 5-40. Así, ha considerado como medidas de discriminación directa disposiciones legales que reservan la titularidad de la familia al padre (STC 241/1988), discriminaciones por razón del embarazo (STC 166/1988), inadmisión por el Ministerio de Defensa a una mujer (STC 216/1991), prohibición del trabajo de la mujer en las minas (STC 229/1992). Como discriminaciones indirectas, ha considerado el que trabajadores ganen menos que hombres que realicen el mismo trabajo (STC 58/1994). Como medidas paternalistas o falsamente protectoras, ha considerado la estipulación de un descanso mínimo y continuo para trabajadoras (STC 38/1986), otorgamiento de un plus de transporte nocturno sólo a trabajadoras (STC 28/1992). Ha considerado como medidas de acción positiva legítima, la estipulación del estatuto de trabajadores que permite a las trabajadoras ausentarse por una hora del trabajo, o sustituir dicho derecho por una reducción de la jornada normal en media hora por lactancia de su hijo menor de nueve meses, es constitucional (STC 109/1993 y 187 del mismo año).

98 Al respecto, ver Falcón y Tella op.cit., p. 58 y siguientes.

99 Sobre la importancia de los test de examen de constitucionalidad ver García García, José Francisco; *El Tribunal Constitucional y el uso de test: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica*, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 38, N° 1, 2011, p. 101-138

Este se compone de tres variables fundamentales<sup>100</sup>. Por de pronto, por la situación de hecho diferente<sup>101</sup>. Enseguida, debe existir una distinción razonable y objetiva<sup>102</sup>. Finalmente, la medida debe ser tolerable por el destinatario<sup>103</sup>, no desmedido<sup>104</sup> y no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido<sup>105</sup>.

100 Sobre el punto, Correa Sutil, Jorge; Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?, en Anuario de Derecho Público 2011, Universidad Diego Portales, Santiago 2011, p. 96-126.

101 Así, en la STC 1365/2009, considerando 29, señaló:  
*“Que, en este sentido, este Tribunal ha entendido que la razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental.*

*Así se ha afirmado que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219).*

*De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987);*

102 Así en la STC 1365/2009, considerando 33, sostuvo:

*“Que, además, los propósitos de política criminal que subyacen al sistema de registro de las huellas genéticas de las personas condenadas, de conformidad con la Ley N° 19.970, resultan objetivos, alejando el temor de arbitrio de parte de la autoridad encargada de formarlo y mantenerlo.*

*Se cumple, asimismo, desde este punto de vista, con otro de los criterios que este Tribunal ha fijado como decisivos para establecer si determinada hipótesis normativa importa una vulneración de la igualdad ante la ley. En efecto, recordando jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales español y alemán, ha fallado que “si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que los justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.” (Sentencia Rol N° 1.535, considerando 35° y 37°);”*

103 Así, en la sentencia 1365/2009, considerando 34, afirmó:

*“Que el juicio de igualdad que se viene realizando respecto de los preceptos legales reprochados en estos autos no sería completo si no se considerara un último criterio –también enfatizado por la jurisprudencia de este Tribunal–, que se refiere a que la distinción que dichos preceptos introducen sea tolerable para el destinatario (sentencias roles 790 y 1.535);”*

104 Así, en la STC 1584/2010, considerando 20, sostuvo:

*“para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.*

105 Así, en la sentencia 986/2008, considerando 32, sostuvo:

*“Que la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario. Cabe agregar que, dentro de dicha tendencia, en materia de derecho comparado, se ha declarado que “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad,*

En segundo lugar, en materia económica, el Tribunal no ha tenido problemas en validar acciones afirmativas inversas en base al 19 N° 22 de la Constitución. Así, consideró legítimo un gravamen impuesto a empresas privadas (Compañías de Seguros) en beneficio de entidades privadas que cumplen funciones públicas (Bomberos). La norma respectiva imponía a las aseguradoras la obligación de financiar todos los accidentes del trabajo que sufran los bomberos (STC 1295/2009)<sup>106</sup>.

En materia de beneficios económicos, el Tribunal también ha validado la subvención educacional (STC 410 y 771).<sup>107</sup>

---

*sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”.*

106 En esta sentencia, el Tribunal definió lo que entendía por discriminar. Al respecto, señaló que discriminar, de un lado, es dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos; del otro, es el separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra (C 87). Asimismo, validó el criterio de agrupamiento en el 19 N° 22 de los beneficiarios de la medida. Expresamente sostuvo que: “...el último requisito que establece el artículo 19 N° 22 radica en que los beneficios o los gravámenes, además de estar establecidos por ley y no ser arbitrarios en la discriminación que imponen, deben ir a favor o en contra de “algún sector, actividad o zona geográfica”. Con ello, se fuerza al agrupamiento o formación de categorías de sujetos o territorios para establecer las medidas. Es decir, debe aludirse a grupos peculiares y diferenciados.” (C 92). Enseguida definió lo que entendía por gravámenes especiales. Para ello, primeramente, hizo una precisión: “las medidas a través de las cuales el Estado puede actuar, son los “beneficios directos o indirectos” y los “gravámenes especiales”. Como se observa, no se utiliza aquí por la Constitución conceptos precisos sino expresiones técnicas y genéricas. Con ello se buscó “ser breve y permitir a los organismos destinados a interpretarla una adaptación adecuada” (Evans, E.; ob. cit., pág. 213). Será el legislador, entonces, quien irá definiendo, en cada caso, en qué consisten estas medidas. No quiso el constituyente utilizar expresiones que limitasen la creatividad de la ley. Será cada norma legal la que las irá configurando, de acuerdo a las necesidades de política económica que pueda demandar la sociedad en un momento determinado. Pero, claramente, se distingue entre medidas favorables (los beneficios) y medidas desfavorables (los gravámenes). En ambos casos, el legislador queda facultado para establecer una relación jurídica, con derechos y obligaciones recíprocas, entre el órgano encargado de materializarlas y el privado que las recibe o soporta. El régimen jurídico que normará dicha relación, tendrá un componente de derecho público y, por tanto, de contenido obligatorio e indisponible, y otro libremente pactado.” (C. 89). Luego de efectuada esa precisión, el Tribunal define gravámenes especiales: “son cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar todo particular que se desenvuelve en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización. Comprende cualquier limitación al dominio, y no se limita sólo a las cargas públicas reales o a los tributos. Así, puede consistir en un arancel compensatorio, pero también en controles preventivos de la administración, en prohibiciones, etc. Lo importante es que dicha medida sea una obligación que deban soportar todos los sujetos que operan en un determinado sector, actividad o territorio, siendo por tanto general, aunque no implique transferencia de recursos; que esa medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial. Con este último calificativo se resalta, de un lado, la necesidad de que se configure con detalle por el legislador, es decir, que no sea una medida genérica; y, del otro, que tenga cierto grado de singularidad;”

107 En la STC 410, el Tribunal realiza un examen empleando la proporcionalidad como criterio de análisis. Expresamente, señala: “CUADRAGESIMOCUARTO. Que como se explicará más adelante al estudiar este precepto en otro de los Capítulos del requerimiento, esta disposición tiene como objetivo esencial extender el derecho a la educación, en el actual sistema y en el nuevo régimen de Jornada Escolar Completa Diurna, a aquellos alumnos que presenten condiciones de “vulnerabilidad socioeconómica”. Al exigirse como un requisito para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la llamada subvención escolar se establece como una contraprestación razonable a la subvención que

En tercer lugar, el Tribunal ha considerado grupos desaventajados a distintas categorías. Así, lo ha hecho respecto de los discapacitados (STC 745), los escolares (STC 410), los menores de edad (STC 1683), los homosexuales (STC 1683), los indígenas (STC 1050).

Respecto de los discapacitados, consideró que a pesar que la Constitución dice que el voto es secreto, la ley podía establecer que éstos, con la finalidad de sufragar, pudieran ser ayudados por terceros. El Tribunal empleó el test de la proporcionalidad para legitimar la medida, pues dijo que la disposición era idónea, necesaria y producía un menor impacto para hacer efectivo el derecho a sufragio de estas personas<sup>108</sup>.

En relación a los escolares, el Tribunal validó que los establecimientos de enseñanza media que reciben subvención del Estado tuvieran un 15% de los alumnos de condiciones de vulnerabilidad socioeconómica. El Tribunal consideró que esta norma buscaba garantizar el objetivo esencial de extender el derecho a

---

*se otorga y encuentra su fundamento final en lo prescrito en un precepto vital de nuestra Constitución como lo es el inciso cuarto de su artículo 1º, en cuanto dispone que es finalidad del Estado promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece;*

*CUADRAGESIMOQUINTO. Que el Mensaje del Presidente de la República después de precisar los Antecedentes, Ideas Centrales, Objetivos y Contenido del proyecto que somete a la consideración del Congreso, y antes de entrar a su articulado específico, termina con una oración final, a modo de resumen general, expresando: "Con este proyecto, en suma, el Gobierno espera continuar con el objetivo de asegurar una educación de calidad equitativamente distribuida."*

*CUADRAGESIMOSEXTO. Que analizado el contenido de la norma impugnada a la luz de este propósito básico y fundamental del proyecto, no puede menos que concluirse, en forma indubitada, que existe una relación directa entre aquella disposición y esta finalidad, pues ella no es más ni menos que la simple concreción positiva de "la representación intelectual del asunto que se quiere abordar", o tal vez en términos más sencillos, es el instrumento idóneo para solucionar el problema que se persigue resolver: mayor posibilidad de educación para aquellos que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica. En palabras del Mensaje "una educación de calidad equitativamente distribuida". En consecuencia, este motivo de inconstitucionalidad también deberá ser desestimado;"*

108 En la STC rol 745/2007, el Tribunal sostuvo: "12º. Que el proyecto en estudio limita y puede afectar el objetivo constitucional de que el voto sea personal y secreto, el que, como se ha dicho, se funda principalmente en razones de interés público. A un mismo tiempo, el voto asistido puede llegar a ser el único modo de hacer efectivo el derecho a sufragio de aquellos ciudadanos que se vean impedidos, conforme a las características del sistema electoral vigente, de marcar su preferencia por sí mismos en una cámara secreta. En tal sentido, el voto asistido se justifica para alcanzar un fin consustancial al régimen democrático consagrado por la Constitución, como es el de hacer efectivo el derecho al sufragio y propender a su universalidad, finalidades que se ven vigorizadas en el sistema que nos rige en que el sufragio es obligatorio para los ciudadanos; 13º. Que, cuando se trata de conciliar dos esferas de interés igualmente tutelables que aparecen potencial o realmente antagonizadas, es necesario que la modalidad de armonización que se adopte sea una que afecte lo menos posible cada uno de los valores jurídicos en juego. Al efecto es menester, en primer lugar, que la fórmula legal escogida constituya un medio idóneo para alcanzar la finalidad legítima de hacer efectivo el derecho a voto de los discapacitados, pues, de lo contrario, se autorizaría limitar las características que la Constitución ha atribuido al sufragio por un medio que no sería apto para lograr objetivos igualmente legítimos. En segundo lugar, el mecanismo ideado por el legislador debe, dentro de lo razonable, producir el menor impacto en el carácter personal y secreto que la Constitución atribuye al voto;

la educación y era una contraprestación razonable a la subvención que otorga el Estado<sup>109</sup>.

Otro aspecto vinculado a los escolares es la posibilidad de establecer mecanismos de selección “objetivos y transparentes”. El Tribunal consideró que la medida era razonable para lograr la selección<sup>110</sup>.

El tercer aspecto vinculado con los escolares, era el pago de los aranceles. Aquí el Tribunal optó por objetarla. La norma establecía que no podía negarse a renovar la matrícula un establecimiento el año siguiente si existían deudas pendientes. El Tribunal consideró que eso rompía el equilibrio de prestaciones, al postergar a una de las partes las obligaciones pecuniarias<sup>111</sup>.

109 En la sentencia 410/2004, el Tribunal sostuvo: “*CUADRAGESIMOCUARTO. Que como se explicará más adelante al estudiar este precepto en otro de los Capítulos del requerimiento, esta disposición tiene como objetivo esencial extender el derecho a la educación, en el actual sistema y en el nuevo régimen de Jornada Escolar Completa Diurna, a aquellos alumnos que presenten condiciones de “vulnerabilidad socioeconómica”. Al exigirse como un requisito para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la llamada subvención escolar se establece como una contraprestación razonable a la subvención que se otorga y encuentra su fundamento final en lo prescrito en un precepto vital de nuestra Constitución como lo es el inciso cuarto de su artículo 1º, en cuanto dispone que es finalidad del Estado promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece; CUADRAGESIMOSEXTO. Que analizado el contenido de la norma impugnada a la luz de este propósito básico y fundamental del proyecto, no puede menos que concluirse, en forma indubitada, que existe una relación directa entre aquella disposición y esta finalidad, pues ella no es más ni menos que la simple concreción positiva de “la representación intelectual del asunto que se quiere abordar”, o tal vez en términos más sencillos, es el instrumento idóneo para solucionar el problema que se persigue resolver: mayor posibilidad de educación para aquellos que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica. En palabras del Mensaje “una educación de calidad equitativamente distribuida”. En consecuencia, este motivo de inconstitucionalidad también deberá ser desestimado; QUINCUGESIMOPRIMERO. Que, en relación con la discriminación o diferencia arbitraria que se configuraría en la disposición examinada, esta Magistratura deja constancia que el pago de la subvención lo hace el Estado con sujeción al principio de igualdad, beneficiando así a los establecimientos de enseñanza, tanto públicos como privados, de la misma manera y con el correspondiente monto. A mayor abundamiento, relevante es destacar que la norma objetada tiene aplicación común o general para todos los establecimientos de enseñanza subvencionados involucrados en ella, cualquiera sea el proyecto educativo de sus sostenedores y los niveles de enseñanza básica y media a los cuales alcanza. En fin, procede realzar que la libertad de enseñanza no es lesionada por tal exigencia, porque ésta tampoco la afecta, especialmente, en sus facultades previstas en el artículo 19 N° 11 inciso primero de la Constitución, por las razones ya analizadas en la parte primera de esta sentencia.”*

110 “*SEPTUAGÉSIMO. Que, en análogo orden de ideas, cabe observar que lo dispuesto en el inciso segundo del artículo impugnado no es más que un conjunto de antecedentes e informaciones, que el establecimiento debe proporcionar a quienes postulen para ingresar a él, mediante los cuales el legislador pormenoriza, con las garantías de objetividad y generalidad ya destacadas, los aspectos más importantes de la transparencia subrayada. Tales antecedentes e informaciones son, sin duda, razonables para la implementación de la finalidad recién recordada, adecuados a la consecución de cuanto tal propósito implica y necesarios en relación con la competencia conferida al legislador en la norma constitucional mencionada. En conclusión, este Tribunal no acogerá la inconstitucionalidad del artículo del proyecto que ha sido impugnado.”*

111 “*OCTOGÉSIMOTERCERO. Que, a juicio del Tribunal, la norma impugnada, transcrita en el acápite anteprecedente, produce una grave alteración en el sistema de prestaciones entre las partes de la respectiva relación jurídica, lo cual puede acarrear graves consecuencias. Efectivamente, los fundadores*

En relación a los menores, el conflicto se originó respecto a la tipificación de la sodomía consentida entre un menor, como sujeto pasivo, y un adulto, como sujeto activo. Mientras la mayoría del Tribunal consideró que la norma protegía al menor<sup>112</sup>, la minoría consideró que era establecer una categoría sospechosa en contra de los homosexuales. La minoría, además, establece en su análisis que frente a la categoría sospechosa ya no hay presunción de constitucionalidad y existía una categoría hostil a la igualdad ante la ley<sup>113</sup>.

---

*o sostenedores de los establecimientos afectados por el respectivo no pago no podrán postergar las obligaciones que exige su funcionamiento, dado que siguen compelidos a pagar sus compromisos contraídos, pero sin que les sea permitido obtener la solución de lo que se les debe hasta el inicio del año escolar siguiente. En otras palabras, el fundador o sostenedor del establecimiento para su debida mantención deberá continuar cumpliendo con todas las obligaciones que de ello deriva, tales como sueldos de profesores, pagos periódicos provenientes del inmueble en que funciona y proveedores en general. No obstante, su contraparte, por el contrario, sin siquiera tener que dar una explicación o actuar por causa justificada, sino tan sólo porque el legislador se lo permitiría incondicionalmente, podría postergar sus obligaciones pecuniarias, sin dificultad hasta el inicio del año escolar siguiente. Semejante desequilibrio en el cumplimiento de las prestaciones de las partes involucradas resulta definitivamente inaceptable, porque la norma proyectada se erige en un aliciente a la morosidad y puede conducir a la generalización de esta conducta, la cual traería necesariamente, como consecuencia, la imposibilidad de que los fundadores o sostenedores puedan seguir manteniendo su respectiva entidad educativa; OCTOGÉSIMOCUARTO. Que, por otra parte, debe considerarse que en el complejo sistema de financiamiento diseñado para el adecuado funcionamiento de los establecimientos educacionales subvencionados, se parte de la base real que el aporte estatal no es suficiente para que dichas entidades puedan cumplir su cometido. De allí, que ellas tengan la facultad de cobrar matrícula y, en determinadas circunstancias, derechos de escolaridad a los padres o apoderados de los alumnos. Pues bien, de aceptarse que las obligaciones de estos últimos pueden postergarse durante un periodo escolar hasta el inicio del año siguiente se está atentando contra el sistema mismo, pues se desconoce la base real sobre la cual se halla estructurado, todo lo cual significa, en último término, que se está colocando en grave riesgo de subsistencia a los establecimientos educativos subvencionados. En este orden de ideas, por último, procede dejar establecido que, el carácter subvencionado de un establecimiento educacional, no permite a los órganos estatales, el legislador incluido, aducir el otorgamiento de tal beneficio para cargar sobre quienes los reciben el cumplimiento de condiciones, prohibiciones o requisitos que les impidan, o tornen muy difícil o gravoso el ejercicio de un derecho constitucionalmente asegurado;"*

112 El considerando 28 de la STC Rol 1683/2011, afirma: "VIGESIMOCTAVO: Que, de acuerdo a lo que se expuso anteriormente, en el caso del artículo 365 del Código Penal el fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta. De esta forma, por mucho que la relación aparezca como consentida –a diferencia de la violación sodomítica comprendida hoy en el tipo de la violación–, el legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar."

113 "DECIMOCTAVO. Que, en segundo lugar, al momento de establecer diferencias en la ley es necesario tener en consideración las denominadas "categorías sospechosas". Ellas obligan a un análisis más riguroso y exigente del principio de igualdad, pues su presencia invierte la presunción de constitucionalidad de que en virtud del principio de deferencia al legislador goza todo precepto legal, ya que pueden afectar a grupos minoritarios especialmente vulnerables a un trato discriminatorio. Ello implica que la discriminación por sexo, una categoría paradigmáticamente sospechosa, debe pasar un escrutinio estricto.

*Al respecto, se ha señalado: "Es necesario precisar la existencia de un núcleo duro de la igualdad establecida en el derecho internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24º; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1º), como son el de que la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua,*

Finalmente, otro grupo sobre el cual el Tribunal ha emitido pronunciamiento es, respecto de los indígenas. Al analizar la consulta que establece el Convenio N° 169 de la OIT, el Tribunal sostuvo que los indígenas eran un grupo “socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia”<sup>114</sup>.

Una cuarta categoría de fallos está compuesta por aquellos que se pronuncian sobre las categorías sospechosas. En la STC Rol 977, el Tribunal descarta que se empleen, para el trato diferente, características subjetivas adscritas, como la edad, el sexo, la raza, el origen social o nacional<sup>115</sup>.

Una quinta categoría de fallos son los que se dictaron a raíz de la tabla de factores que usan las Isapres para determinar el precio del plan de salud. Este utiliza como variables el sexo y la edad. El Tribunal Constitucional, en la sentencia rol N° 1710, declaró derogada esta disposición. Es, a mi juicio, la sentencia más completa en materia de no discriminación.

---

*religión, opinión filosófica o política, siendo las diferencias realizadas por el legislador basadas en tales situaciones, en principio, ilegítimas. Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario” (NOGUEIRA, HUMBERTO: Derechos fundamentales y garantías constitucionales, T. II, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 223).*

*Por su parte, Rey Martínez, al analizar tales criterios en la Constitución española, afirma que “cuando estamos en presencia del criterio de la raza, de la opinión, del sexo, etc., la igualdad se transforma en prohibición de discriminación. Cuando es otro criterio distinto de los enumerados en el art. 14 CE (o de los que, sin estar tipificados en él, el Tribunal Constitucional vaya distinguiendo como desigualdades tan socialmente divisivas que pasa a considerar discriminatorias en sentido estricto), la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato.” (REY MARTÍNEZ, FERNANDO: El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 59).*

*La excepción a lo anterior está constituida por la llamada “discriminación positiva”, que la ley puede establecer a favor del más débil, incluso en materia penal.*

*Nuestro sistema jurídico acepta esta postura. Así lo establece la Constitución en su artículo 1° y en el enunciado del artículo 19, lo cual se refuerza por el N° 2° de dicho artículo, al señalar que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Asimismo, el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2°) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente. Por lo demás, este Tribunal ha sostenido que es una categoría hostil a la igualdad ante la ley el “propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas” (STC rol 986/2008; rol 1414/2010);”*

114 Expresamente, sostuvo: “DECIMO QUINTO. Que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante;” (STC 1050/2008).

115 Expresamente, el Tribunal señaló: “Decimoprimer.- Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria;”

En lo que aquí interesa, es importante anotar los siguientes aspectos del fallo:

En primer lugar, el Tribunal reconoce que las discriminaciones pueden ser directas (diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones) e indirectas (medida neutra que tiene un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación)<sup>116</sup>.

En segundo lugar, sostiene que el sexo y la edad no son, por regla general, diferencias jurídicamente reprochables ni arbitrarias. Pero pueden llegar a serlo si no responden a una fundamentación razonable y no son proporcionales<sup>117</sup>. Sexo y edad son una categoría sospechosa porque son estados naturales, inimputables a las personas que los viven<sup>118</sup>.

En tercer lugar, el Tribunal consideró que la edad no podía significar una desprotección ante la seguridad social y, por lo mismo, había un deber de acción del Estado<sup>119</sup>.

116 El considerando 104, de la STC Rol 1710/2010, señala: *“la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación”. Por su parte, “la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra.”*

117 En el considerando 105, señala: *“La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como lo señala un reciente estudio: “el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital.”* Luego, en el considerando 145, agrega: *“...si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos.”*

118 En el considerando 109, se afirma: *“Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. ... Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley;”*

119 Respecto del rol del Estado, señaló: *“CENTESIMODECIMOCTAVO: Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el “deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud”. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140); la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N° 294, diciembre, 2004, p. 18); CENTESIMODECIMONOVENO: Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho “a la protección de la salud”; CENTESIMOVIGÉSIMO: Que la fórmula constitucional parte por señalar que es “deber del Estado” dicha protección. Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determinado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una*

En cuarto lugar, el Tribunal utilizó como estándar de análisis de las tablas de factores, los siguientes. Por de pronto, utilizó la razonabilidad, entendiéndola como no arbitrariedad. Enseguida, utilizó la desproporcionalidad; la medida debe ser idónea y necesaria<sup>120</sup>. A continuación, utilizó el estándar de la igualdad esencial. Esta tiene lugar cuando un grupo destinatario de la norma, comparados con otro grupo, son tratados de manera distinta, respecto de elementos básicos de la dignidad humana, o de la igualdad de oportunidades, o de la igualdad entre el hombre y la mujer, a pesar de que ambos grupos no medie ninguna diferencia de entidad o de importancia que pudiere justificar dicho tratamiento desigual<sup>121</sup>.

*conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2006, p. 437);*

*CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO: Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión “preferente”, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado “no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable” (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho de la salud; Editorial Conosur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber “significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última” (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 397);CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO: Que, a continuación, la Constitución utiliza la expresión “garantizar”. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Para el profesor Cea Egaña, se busca “asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho, que las acciones de salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas” (ob. cit., p. 310). Se pretende que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud (Nogueira Alcalá, H.; ob. cit., p. 127);”*

120 En el considerando 145, afirmó: “Que, en primer lugar, es dable observar que si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de “instrucciones de general aplicación”, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad;”

121 “CENTÉSIMO: Que en el fallo Rol 1273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la

Finalmente, consideró que no podía haber tratos desiguales sobre la base de factores inherentes a la condición humana.

En quinto lugar, el Tribunal sostuvo que la tabla de factores, para ser legítima, debía ser, primero, proporcional en relación a las rentas, no pudiendo generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud<sup>122</sup>, ni puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas<sup>123</sup>, ni obligar a una obligación imposible de sobrellevar. Segundo, la tabla de factores debe permitir la intervención del afiliado, sin que se pueda limitar a aceptar o

---

*base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables”, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”;*  
 CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO: *Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes –roles 1273 y 1348-, la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución);”*

122 En el considerando 156, se señaló: “Que en el inciso cuarto del numeral 9° de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer “cotizaciones obligatorias”, las que son administradas por “instituciones públicas o privadas”. Se les asegura, por tanto, a las Isapres, un ingreso constante. Frente a esa regla el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la “protección de la salud”, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional. No obstante, el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en esta materia genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige;

123 En el considerando 155, se señala: “Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.”

rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca<sup>124</sup>. Tercero, los distintos factores de la tabla debían tener una fundamentación razonable y ser proporcionales<sup>125</sup>.

Finalmente, el Tribunal examinó el comportamiento de las Isapres. Al respecto señaló que el contrato de salud era un contrato de orden público, no sujeto a la autonomía de la voluntad y no es un contrato de seguro privado<sup>126</sup>. Esta doctrina la ha reiterado en más de 50 recursos de inaplicabilidad que se han dictado sobre la misma materia, con posterioridad a la sentencia Rol 1710.

## VIII. COMENTARIO FINAL

Las acciones afirmativas son un fenómeno jurídico conocido en otras latitudes. En nuestro país, en cambio, recién el legislador comienza a avanzar en la materia, lo mismo que la jurisprudencia a manifestarse en torno a ella.

Con la excepción de la actividad de fomento, regulada en el artículo 19 N° 22 de la Constitución, el resto de las acciones afirmativas debe construirse, constitucionalmente, a partir de distintas normas de la Carta Fundamental.

De ahí que para entender este fenómeno, es necesario, por una parte, realizar una exploración del derecho comparado y, por otra, detectar en nuestro ordenamiento la configuración que el legislador ha empezado a hacer de estas medidas. Este es el punto de partida de cualquier análisis.

Ello es lo que he pretendido, en este reducido espacio, realizar en este trabajo. Espero haberlo logrado.

124 En el considerando 153, se afirma: *“Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley “las condiciones” que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca;”*

125 En el considerando 155, se lee: *“El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrata con una Isapre.”*

126 En el considerando 154, se afirma: *“Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público;”*

## Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile.

### Haroldo Brito, Ministro de la Corte Suprema de Justicia

En primer lugar quiero agradecer al Instituto Nacional de Derechos Humanos la invitación a participar en este seminario que ciertamente enfrenta un tema de vital importancia. Además quiero señalar que me siento muy honrado de integrar un panel con profesores como Couso y Carmona; también agradecido de la moderación de Luis Hermosilla, mi querido amigo de tantos años. Son situaciones gratas, que, en fin, hacen este trabajo más ameno, a pesar de su rigurosidad y atractivo para mí.

En realidad, yo tengo una brevísima intervención. Son unas cuantas ideas sobre el desarrollo del razonamiento que me he atrevido a postular, recogiendo algunos criterios de sobra conocidos. En fin, me enfrento con la convicción de que estamos abordando un tema no teórico. Creo que es una cuestión particularmente actual. No obstante lo ya obrado en este seminario que concluye en el presente panel, debo tener en cuenta la importancia que reviste el hecho de haberle dado la denominación de *acciones afirmativas* –entre otros varios nombres con que se conocen- puesto que ésta es una medida que conduce a eliminar asimetrías e inequidades entre distintos conglomerados sociales. Ciertamente, para hacer real y efectiva la igualdad.

Creo que el concepto surge de circunstancias en las cuales se han constatado la existencia de poblaciones socialmente discriminadas, la existencia de modelos y prácticas discriminatorias, fuertes desventajas, carencia de condiciones de desarrollo personal y exclusión social. Estas acciones son consecuencia de haber significado la situación, y creo yo, de la convicción de su carácter injusto y, por lo mismo, inaceptable en Estados que se organizan atendiendo a criterios vectores muy claros, tales como -entre otros-, la dignidad humana, la solidaridad y con toda precisión la igualdad. Porque es claro que la cuestión jurídica que nos convoca hoy día, en estos días, es precisamente la igualdad.

La investigadora del Centro de Estudios Constitucionales de esta casa (Universidad de Chile), Patricia Zuloaga, nos dice que “la igualdad entre los seres humanos es una construcción filosófica que sirve de base para la formación de sistemas político sociales caracterizados por su orientación hacia la justicia y el consiguiente principio de equidad”. Esto, lo que nos está diciendo, es que la igualdad no existe en un plano real. Es una construcción jurídica sobre la cual se sustenta una organización estatal. Sobre la cual, en fin, se edifica este sistema jurídico en el que nosotros nos desenvolvemos. Toda vez que se trata de ficción jurídico-valórica es claro que si queremos ser realistas no podemos menos que estar muy consientes que la igualdad no se encuentra al alcance de la mano. Lo que nos

obliga a tener presente que es un bien jurídico que debe ser gestado y extendido, promovido y cautelado. Creo que esto nos conecta con el concepto.

Por otra parte, la función jurídica de estas acciones afirmativas, claramente, es igualar, hacer iguales a quienes no lo son. “Avanzar hacia la igualdad sustancial”, en palabras de Picasso. Humberto Nogueira nos dice que “con ellas se trata de obtener la adecuada integración social y acceso a los derechos formales consagrados en el ordenamiento jurídico”. Estas acciones se adoptan para resolver problemas de igualdad de oportunidades, lo que es tremendamente importante en la referencia, creo yo, porque la norma más tarde, precisamente, se refiere a esto. Igualdad de oportunidades para impedir o reducir los perjuicios de la discriminación. Por lo mismo atienden una exigencia ética sobre la respuesta en la interrogante ¿Qué debemos hacer con las desigualdades que observamos? ¿Qué debe hacer el Estado con las desigualdades que atiende? Es claro, entonces, que las acciones afirmativas nos vinculan directamente con el valor justicia, fundamental en el ordenamiento jurídico. Criterio rector del ordenamiento jurídico. Así, entonces, estas acciones afirmativas surgen como herramientas jurídicas, para intervenir la realidad, aquella en que encontramos desigualdades y discriminación. Esto es, trato diferente a iguales y conductas, que entre otras formas, diferencian y excluyen injustamente a personas por diferentes e inaceptables motivos. Restringen el goce o ejercicio voluntario de los derechos humanos y libertades fundamentales, todo ello sin justificación relevante. Llamo nuevamente la atención sobre la expresión que estoy usando, todo ello sin justificación relevante. En definitiva, con las acciones afirmativas se pretende impedir los efectos de actuaciones pensadas en la discriminación o conductas incorrectas, moralmente reprochables, reprobables.

En estos días, en verdad, no puede razonablemente ponerse en duda que no obstante innegables adelantos y mejores condiciones de vida de variado orden, no se ha logrado edificar realmente un derecho para los débiles y sus indispensables garantías. En nuestra realidad se consagra hoy, como nunca antes en la historia -como afirma Ferrajoli-, “la mayor igualdad en abstracto de los hombres a la par de la mayor desigualdad en concreto”. La edad de los derechos a los que se refería Bobbio, es la edad de la desigualdad más radical. De allí que el Estado, y de eso se trata, no pueda menos que discriminar precisamente para remediar la situación estableciendo beneficios a favor del sector vulnerable.

Una aseveración más: con las *acciones afirmativas* se pretende que el principio de igualdad considere la particular situación de un grupo social determinado y mute su carácter formal para entregar una respuesta concreta, efectiva al requerimiento de igualdad de oportunidades. De lo anterior: tal objetivo es paradójico porque buscando la igualdad necesariamente se debe establecer una desigualdad. Es claro, el tránsito de lo formal de la igualdad en abstracto a la igualdad real o sustantiva, requiere sea dado otorgando un trato desigual porque, de esta forma, precisamente, se iguala.

A modo de síntesis, quiero usar un vocablo particularmente expresivo: cuando se actúa de esa manera, simplemente, se crea un privilegio. Por ello, cabe preguntarse, como lo ha planteado Luis Hermosilla al inicio, ¿es constitucional establecer medidas de esta clase que inequívocamente establecen diferencias? La misma pregunta puede plantearse de manera distinta: cuando se implementan estas medidas de *acción afirmativa*, ¿se encontraría este principio de igualdad o, por el contrario, con ellas se extiende razonablemente su aplicación? La pregunta es pertinente porque es sabido que los cuidados del sacristán pueden causar la muerte del señor cura.

El punto de partida para justificar esta clase de acciones es la propia garantía de la igualdad la cual que previene que ni la ley, ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. La norma constitucional entonces, a contrario sensu, autoriza a la ley y a la autoridad a establecer diferencias. Claro está, diferencias o discriminación no arbitrarias. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. La garantía de la jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición. Pues nos impide que la legislación en forma distinta cree situaciones diferentes. Siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas. O en porte indebido de privilegio personal o de grupo. A este respecto el profesor Nogueira trabaja con el artículo primero inciso tercero de la Constitución Política que en lo que ahora importa previene: “que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es contribuir al bien común para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible con pleno derecho, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”. Es deber del Estado promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida personal. En su opinión el sistema de valores y principios establecidos en las bases de la institucionalidad nos conducen a esta conclusión. De tal manera que sostengo a resulta de estas normas que es clara la probabilidad de obrar en tal sentido. Pero, sortear la dificultad inicial de justificar normativa y constitucionalmente estas *acciones afirmativas*, surge una nueva cuestión. Actuar con seguridad jurídica, esto es, que al concepto de arbitrariedad que emplea la norma se de un alcance que no contraríe la garantía y, al mismo tiempo, permita una diferenciación eficiente que instale una verdadera relación de igualdad allí donde precisamente no la hay.

Estamos ahora en una cuestión de justificación de la *acción afirmativa* de que se trate. Para esto contamos con aportes de la doctrina y la jurisprudencia. Brevemente algunos criterios. La Corte Interamericana en una conocida opinión consultiva dijo que “no hay discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente”, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

afirmó que se requiere una justificación objetiva o razonable que debe perseguir una finalidad legítima, y existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad a perseguir. Como decía, ahora, es una cuestión de razonamiento, de justificación del caso concreto. Ciertamente, una cuestión particularmente compleja.

Para terminar, un brevísimo comentario ya hecho de algún modo: ésta no es una cuestión de corte teórica. Es una acuciante demanda que cada día se formula con más fuerza y mayor justificación.

## Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile.

**Javier Couso, Director del Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales**

**E**n primer lugar, extendiendo mis agradecimientos al Instituto Nacional de Derechos Humanos por la invitación a exponer sobre la constitucionalidad de las acciones afirmativas en el sistema jurídico chileno, importante tópico que, sin embargo, ha sido escasamente abordado por la doctrina constitucional nacional. Adicionalmente, es un verdadero gusto presentar junto a dos distinguidos magistrados de tribunales que tienen relación con este problema y, a quienes, además, tengo mucha estima.

Quisiera partir suscribiendo lo que han sostenido tanto el Ministro Brito como el Ministro Carmona. Pero para complementar lo dicho por ellos, voy a retomar una frase de éste último. Carlos Carmona ha afirmado que el Tribunal Constitucional ha tenido pocos casos relacionados con este asunto, agregando que ello también es el caso en la Corte Suprema. La pregunta que surge al constatar esto es el motivo de tan baja actividad jurisdiccional en este campo. Mi tesis es que ello se debe a que hasta ahora los grupos de la elite chilena han sido poco afectados por la (escasa) legislación que establece políticas de acción afirmativa en nuestro país. En efecto, en Chile no existe, por ejemplo, legislación para garantizar una cuota mínima de mujeres en el Parlamento u otros órganos públicos de importancia, como ocurre en muchos otros países. Tampoco existe legislación que disponga políticas de acción afirmativa en el caso de los pueblos indígenas o de otras minorías desventajadas. Consecuentemente, las elites no se han visto perjudicadas por la existencia de este tipo de políticas.

Imaginemos, por el contrario, que en todas las universidades de alto prestigio del país un 20% o 30% de la matrícula estuviera destinada por ley miembros de grupos desventajados, impidiendo que grupos importantes de la elite fueran accedieran a dichas instituciones de educación superior, a pesar de tener mejores calificaciones que integrantes de grupos favorecidos por leyes de acción afirmativa. Asimismo, imaginemos que la legislación que regula la asignación de concesiones de radiodifusión o televisión estableciera que grupos marginados (minorías indígenas, minorías sexuales, etc.), tuvieran el derecho a tener concesiones por el solo hecho de ser grupos históricamente discriminados. Las situaciones hipotéticas que he planteado no son algo teórico en países como los Estados Unidos. De hecho, en ese país hay un fallo de finales de los años setenta en que se otorgó a grupos afroamericanos una concesión de radiodifusión precisamente en atención a su etnicidad.

Si bien en nuestro país existen algunas formas de acción afirmativa, sus alcances son tan débiles que no alcanzan siquiera a generar la polémica que producen en otras latitudes. Así, por ejemplo, en los concursos de Becas Chile se otorga un

mínimo puntaje extra a miembros de pueblos originarios, pero como el 95% del puntaje final de los candidatos depende de las calificaciones y ranking de egreso de los mismos, la acción afirmativa en este caso es poco más que ‘un saludo a la bandera’, que no altera quién gana y quién pierde esos concursos (y sabemos que calificaciones y rankings de egreso están fuertemente asociado al capital social de los postulantes, el que se encuentra extremadamente mal distribuido en Chile).

Si, contrariamente a lo anotado, existieran en Chile leyes de acción afirmativa cabales, que hicieran realmente una diferencia, mi impresión es que el Tribunal Constitucional se ‘inundaría’ de acciones de inaplicabilidad en que miembros de la elite objetarían la constitucionalidad de leyes de acción afirmativa que los afectarían. Por esto, es útil conocer la experiencia norteamericana, que es donde se ha generado la jurisprudencia más sofisticada en este campo.

Como lo destacaba Carlos Carmona, en los Estados Unidos las leyes que incorporaron políticas de acción afirmativa estuvieron fundamentalmente asociadas a intentar compensar la discriminación racial que había existido hasta los años sesenta. La idea era dar un ‘golpe de timón’, que alterara el rezago social de que la discriminación legal contra los afroamericanos había producido. O sea, en alguna medida, se trataba de terminar con el estigma de estos grupos, romper con una especie de inercia social que continuó después del fin de la segregación legal que había existido contra los afroamericanos. También se buscaba compensar a los grupos que habían sido victimizados, no solo tratar de nivelar el terreno, sino compensarlos por el inmenso daño producido por la discriminación legal previa. La idea era entonces ofrecer ciertos privilegios legales que pudieran compensar, al menos en parte, siglos de segregación legal, como una forma de reparación. Un tercer objetivo que se buscaba con estas leyes de acción afirmativa a favor de los afroamericanos era la promoción de la diversidad (algo de lo que se habla poco en Chile). La idea era que en una sociedad segregada, la diversidad representa un valor digno de promoverse por parte del Estado, ya que la propia democracia se beneficia de la interacción entre grupos variados. Por supuesto, las políticas de acción afirmativa suponen terminar con el formalismo legal, es decir de la idea de que luego de siglos de discriminación basta con pasar una ley para terminar con las consecuencias sociales de la situación anterior.

Los ámbitos de aplicación de la acción afirmativa en los Estados Unidos fueron variados: educación (especialmente lugares muy selectivos, como las escuelas de medicina), concesiones públicas y otras. Gran parte del debate jurisprudencial en Estados Unidos se planteó por alumnos blancos que quedaban fuera de escuelas de medicina porque afroamericanos con menos calificaciones era aceptados por pertenecer a minorías raciales que habían sido previamente segregadas. En el ámbito de las concesiones estatales, lo típico fueron contratos a empresas cuyos dueños eran negros o hispanos y que por ese solo hecho le ganaban en una licitación a otros grupos.

Por otra parte, los mecanismos utilizados para implementar políticas de acción afirmativa fueron variados, como cuotas mínimas, porcentajes, o subsidios a minorías. Es decir, a igual capacidad, se prefería a integrantes de minorías desventajadas, a personas menos capaces que competidores pertenecientes a grupos históricamente privilegiados.

En lo que sigue, se pasa revista a las objeciones que se plantearon en los Estados Unidos a las leyes que incorporaron políticas de acción afirmativa, porque me parece que es altamente probable que esas mismas objeciones se plantearán en Chile cuando se establezcan aquí acciones afirmativas que afecten ‘en serio’ a personas de la elite.

El primer ataque a las acciones afirmativas que se planteó en los Estados Unidos fue que éstas perpetúan la estigmatización. Esto, bajo el supuesto que al favorecer a integrantes de grupos previamente discriminados el ingreso a ambientes muy competitivos (como son las escuelas de medicina) se crea la idea de que los beneficiados con la acción afirmativa no son capaces. Lo que impide que la sociedad advierta que también hay gente capaz que proviene de esos grupos, y que van a estar bajo sospecha que sin el medio de la acción afirmativa ellos no habrían llegado ahí.

El segundo ataque a la acción afirmativa fue que supuestamente promueve el resentimiento de quienes –producto de aquel- se ven personalmente perjudicados. Imaginemos a un inmigrante blanco en Estados Unidos que dice: “Si yo no contribuí al problema de discriminación contra los negros que tuvo esta sociedad, ¿Por qué tengo que pagar por lo que ocurrió en épocas anteriores?

Otra forma en que se ha articulado el problema constitucional de la acción afirmativa en los Estados Unidos ha sido fraseado de la siguiente manera: ¿Cómo equilibrar el legítimo objetivo público de nivelar el terreno social terminando con la inercia que perpetúa la segregación, el objetivo de promover la diversidad social y el objetivo de compensar a grupos históricamente discriminados con el derecho fundamental de un individuo por recibir un trato igual por parte del Estado?

La respuesta liberal –en el sentido norteamericano de la palabra- es que cuando se discrimina, por ejemplo, a un hombre blanco en beneficio de un hombre perteneciente a un grupo desventajado (o en beneficio de una mujer) el anterior simplemente está experimentando una carga legítima que conlleva vivir en una sociedad integrada. Desde esta perspectiva, tratar igualmente a gente que no lo ha sido en el pasado sería una forma de desigualdad.

Más allá de los argumentos que hemos revisado más arriba, y tomando en cuenta que la jurisprudencia de los tribunales suele ser sensible a cambios en su integración, la creciente presencia de jueces conservadores en la Corte Suprema de los Estados Unidos ha producido una gradual evolución de la jurisprudencia

constitucional en esta materia, evolución que es crecientemente hostil a algunas formas de acción afirmativa. En efecto, primero se prohibieron las cuotas fijas (por ejemplo, aquellas que disponían de un 30% de contratos a minorías, 10% de minorías en universidades selectivas, 50% de mujeres en ciertos lugares). Otro cambio es que se elevó el nivel de escrutinio que la Corte hace de leyes de este tipo. Para entender esto, cabe señalar que en los Estados Unidos hay tres tipos de escrutinios. El primero, un test de mera razonabilidad, que sólo exige a las leyes ser ‘racionales’. El segundo, es un tipo de escrutinio más elevado y, finalmente, el tercero exige un enorme peso de la prueba por parte del Estado para justificar una acción afirmativa o una discriminación positiva que deje fuera a grupos importantes.

El último problema que se ha planteado en la discusión jurisprudencial norteamericana en relación a la acción afirmativa es que no está claro cuándo llegará el momento en que ésta no será necesaria. Los que objetan la acción afirmativa dicen que dicho momento es siempre postergado, lo que sólo perpetúa la división en la sociedad.

En fin, los tópicos mencionados más arriba representan a mi juicio la médula del debate constitucional norteamericano en relación a la acción afirmativa. Nuestra situación constitucional, por otra parte, está aún muy lejos de estos términos del debate dado que –reitero– en el fondo en Chile no han existido aún leyes que realmente discriminen positivamente a grupos históricamente desventajados en perjuicio de las elites.

Producto de lo anterior, el estado del debate constitucional en este campo es aún precario. De hecho, incluso el derecho fundamental de la igualdad ante la ley ha sido poco desarrollado en nuestra doctrina y jurisprudencia. Dicho esto, si nos viéramos enfrentados a tener que decidir explícitamente si las acciones afirmativas son (o no) constitucionales, me parece que debiéramos concluir que lo son. Ahora bien, y entrando un poco más en detalle, no me parece claro que todas las formas de acción afirmativa pasarían el test de la constitucionalidad en Chile. En ese sentido, dada la cultura jurídica nacional, lo más probable que la constitucionalidad de medidas de acción afirmativas seguramente van a ser sometidas al ‘test de proporcionalidad’ que Carlos Carmona sugería. Es ese el test que probablemente más propicio y más adecuado a nuestra cultura jurídica y ahí van a ser planteadas cuestiones sobre necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto.

Otra pregunta constitucional que creo debiera hacerse y en donde la sociedad civil tiene la palabra es la siguiente: ¿Podría el Tribunal Constitucional forzar al legislador o al ejecutivo a adoptar medidas de acción afirmativa? En principio pienso que sí. Sería algo sumamente activista por parte del Tribunal –y de difícil implementación– pero no sería algo inconstitucional. De hecho, me parece que el activismo judicial ya llegó a la constitucionalidad chilena y no veo el por qué no se podría producir un requerimiento (la creatividad jurídica se la dejo

a la sociedad civil), que se plantee si es que aquí no habría un caso de omisión legislativa u omisión del Estado que pudiera revestir el carácter inconstitucional por qué no se tomaron medidas de acción afirmativa, por ejemplo, en el caso de sub representación femenina en el congreso.

Más allá de esto, me parece claro que más temprano que tarde va a plantearse un debate constitucional mucho más sofisticado y demandante en esta materia. Algo que nos va a obligar a los que creemos en la acción afirmativa a refinar nuestra posición, planteándonos el tipo de medidas más adecuadas y respondiendo preguntas como ¿qué mecanismos de acción afirmativa pasarían el test de constitucionalidad? Y ¿qué mecanismos no lo pasarían?. En ese sentido, me parece que todo está aún por verse.

## PREGUNTAS AL PANEL

**Pregunta 1:** ¿Hay alguna diferencia jurídicamente relevante entre la regulación de la Constitución del 25 y la Constitución actual en relación a la regla de igualdad?

**Carlos Carmona:** una pequeña introducción. Si uno toma como referente al derecho comparado nosotros no tenemos una cláusula tan generosa como la constitución española, la italiana o la portuguesa que derechamente hablan, por ejemplo la española, que los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones siguientes: raza, sexo, etc. O la italiana que dice que todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razones de sexo, lengua, religión, y más o menos lo mismo dice la constitución de Portugal. Las cláusulas pueden ser demasiado generosas pero son inviables política o económicamente. Muchas de estas cosas implican recursos económicos y no van a existir los fondos para llevarlos a cabo.

La Constitución establece, por una parte, la integración armónica y la igualdad de oportunidades como mandato común a todos los órganos, y el respeto y promoción a todos por igual sin distinción. Y luego, la cláusula de igualdad. La suma de esos dos elementos lo hace bastante especial. Nuestra Constitución, a diferencia de otras, establece en los temas sensibles (educación, salud, trabajo) normas específicas que los otros países no tienen. Entonces, creo que es la suma de todo lo que hace fuerte nuestra Constitución para soportar un embate. Podemos lamentar que no tenemos una cláusula como la que acabo de señalar, pero lo mismo está recogido de otra forma en nuestra Constitución. No podemos criticar porque a lo mejor no establece las categorías sospechosas. Sin embargo, el Código del Trabajo establece las categorías sospechosas. No todo tiene que ser rol del constituyente, a veces el legislador puede ser mucho más generoso. O, establecer el mecanismo de acciones vía laboral es mucho más expedito que si lo tuviéramos en la Constitución. Creo que si estuviera solamente en la Constitución la gente tendría dificultades para implementarla, buscar el instrumento. En cambio que esté en la ley y regulado en detalle creo que es mejor. No todo, creo yo, tiene que estar en la Constitución. Nuestras cláusulas son interpretables en manera amplia.

**Haroldo Brito:** En Estados Unidos, después de la enmienda, en un caso de la Corte Suprema declaró que las mujeres no tenían derecho a entrar a las universidades y que eso era perfectamente constitucional en Estados Unidos y convivió con esa misma norma la segregación racial por sesenta, setenta años. Luego, esa misma norma fue interpretada para una acción afirmativa fuerte y ahora ha habido un repliegue fuerte, por la integración de la Corte. Entonces, creo que nuevamente la única gran diferencia entre nuestro sistema constitucional y el de Estados Unidos es la vinculación obligatoria al precedente. Lo que a mí me preocupa es que al ser todavía poco claro el nivel del precedente a nivel de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, el cambio en su integración hace casi automático el cambio de legislación al cambio de jurisprudencia. Por ejemplo, en Estados Unidos si

estuviéramos en la situación de Chile, el derecho al aborto probablemente ya habría sido derogado. Sabemos que la integración de las Cortes Constitucionales influyen en como es el resultado de la interpretación pero sin tener el elemento estabilizador del presente obligatorio me preocupa que en Chile tengamos muy poca certeza jurídica. Es decir, que pasemos de uno a otro.

**Pregunta 2:** Mi nombre es Andrés Rivera y también María Georgina Rivera. Soy una persona transexual, biológicamente nací mujer. Las personas transexuales tenemos que presentar demandas de cambio de nombre y de sexo pero para eso no podemos tener hijos y tenemos que operarnos para ser estériles. Ahí, primero, hay una violación clara a los derechos sexuales y reproductivos que debemos tener todos y todas. Segundo, hay personas transexuales a los que se nos puede cambiar el nombre y no así el sexo. Me puedo llamar Andrés Ignacio Rivera Duarte, sexo femenino. El sexo es lo que manda por ejemplo para ir a votar y me exponen a ese tremendo peligro y discriminación oprimiendo mi ser. Las personas transexuales somos vejadas en muchas ocasiones en los tribunales. Tenemos que presentar fotos de terno con camisa y corbata para demostrar que somos hombres. Tenemos que tener testigos que nos conocen como hombres y con el nombre de hombre. Deben acreditar que me conocen hace cinco años. ¿Qué hacemos cuando es la propia justicia la que nos está violentando y violando nuestros derechos? ¿Es posible que el Tribunal Constitucional pueda tomar acciones afirmativas en contra de los tribunales locales, en contra de la Corte? ¿Cómo podemos hacer para que nuestros derechos sean resguardados y no violentados? ¿Quién debe velar para que se cumplan los derechos?

**Haroldo Brito:** Usted plantea una situación desconcertante. Lo primero que debo decirle y quizás no pueda decirle mucho más. Quizás deba decirle una obviedad, hay que accionar. La verdad de las cosas es que la respuesta debe limitarse a eso: usted debe accionar. Debe, en fin, generar una pretensión en que estratégicamente en un grupo esa pretensión debe ser planteada. En verdad no se me ocurre otra cosa que decirle, y con la mayor consideración por cierto.

**Carlos Carmona:** hay niveles de actuación de los distintos poderes del Estado. En lo que usted plantea hay un nivel básico de poder desde el legislador. O sea, es el legislador el que debe regular esto antes que nada. Los jueces pueden salvar alguna omisión dentro de los instrumentos que ellos tienen o manejan. En el caso del Tribunal no puede trabajar nunca de oficio, o sea, le llegan los asuntos. No puede andar buscando los temas y mientras no le lleguen no se puede pronunciar. Pero, creo que el rol prioritario, primero y básico es del legislador, quien debe dar el puntapié en estos temas. Creo que hay mociones en esta materia, evidentemente no avanzan, pero ése es un problema del Congreso. Ellos tienen que ser los primeros en hacer y luego veremos cómo se establece.

**Luis Hermosilla:** quisiera agregar que en ese mismo sentido en el fundamento del accionar del Instituto Nacional de Derechos Humanos, precisamente, ahí se ha

generado por parte del propio Estado un lugar, una instancia, donde casos como el que usted plantea debiesen ser representados, planteados y el Instituto cumplir con sus obligaciones en la ley.

**Javier Couso:** En el caso que usted plantea, usted está pidiendo igualdad básica ante la ley, ni siquiera está pidiendo acción afirmativa. Es un caso donde a falta de un *Ombudsman* (que es otro proyecto que duerme en el Congreso hace mucho tiempo), es muy difícil accionar desde la judicatura. Ellos están disponibles para resolver casos y se echa de menos un *Ombudsman*. Creo que el Instituto de Derechos Humanos (no conozco la legislación que lo regula) tiene espacios para sustituir a un *Ombudsman*.

**Luis Hermosilla:** no tiene el espacio, pero si es disposición nuestra más allá del texto legal acoger y partir por lo primero que es representar y visibilizar los conflictos y las asimetrías.

**Pregunta 3:** quiero dar cuenta de un hecho que ya se ha judicializado ante la Corte Suprema y por lo mismo quiero saber la opinión del ministro Sr. Brito en ese sentido. A propósito de los inmigrantes y la acción de reclamación especial del artículo 89 del Decreto Ley 1094, que cayó en conocimiento de los ministros de la Corte Suprema con un resultado desastroso para quienes han interpuesto esa acción. Yo solo he encontrado una revocación del decreto de expulsión que, mas encima, es una atribución jurisdiccional que se atribuye la administración a partir del Departamento Extranjería y Migración. En ese sentido, ¿usted cree que los ministros están en condiciones, o la Corte como agente estatal tiene las condiciones, para llevar a cabo políticas de corte correctivas cuando el aparato legislativo no da cuenta de la situación de los inmigrantes en Chile? Cuando lo único que tenemos son los pronunciamientos de la Corte Suprema en casos extremos, en circunstancia que solo tenemos 24 horas antes de ser expulsados.

**Haroldo Brito:** Efectivamente, los decretos de expulsión no dejan tiempo a la reacción oportuna. Antes han ocurrido algunas otras cosas, otras intervenciones de la administración, que normalmente son fruto de reparo de la acción judicial. El punto pasa por generar convicción entre nosotros, en esta comunidad jurídica, que el inmigrante también es sujeto de derecho, que tiene derecho a instalarse en algún lugar, no obstante no sea éste el lugar de nacimiento. Es un punto de partida que debe instalarse para una discusión. De tal suerte que yo entiendo que los resultados son desastrosos. Comparto y no puedo discutir esa afirmación.

Pero entre nosotros, en esta sociedad, no existe esa convicción de que quien no es nacional puede vivir acá, y la legislación establece algunos criterios que son selectivos para la autorización debida en este país. Esos criterios selectivos están siendo aplicados con bastante rigurosidad, criterios como que podemos rechazar la solicitud de permanencia de aquellas personas que han sido condenadas por otros delitos en sus países de origen. Esto es bastante recurrente. De tal suerte que al momento

de resolver ese tipo de petición hay que hacer una combinación entre la norma que permite rechazar la solicitud de permanencia asilada en la circunstancia de la condena anterior y, relacionar esa norma con criterios de comprensión del complejo sistema de la criminalidad para saber realmente qué es lo verdaderamente agresivo. Normalmente los solicitantes han sido condenados por delitos con escasísima agresividad y la respuesta entonces es puramente formal. Tiene una anotación en su prontuario, tiene una sanción. Se han dado caso en que las sanciones no han sido cumplidas. Se han dado casos en que los países que han impuesto las condenas no han insistido en la ejecución de las mismas lo que nota que para ellos mismos el hecho criminal que se toma en cuenta por nosotros carece de significación. Esos antecedentes se han dado y tiene usted razón no hay sentencias que distingan y acepten la solicitud en ese caso. Eso se está haciendo reiterado y en ese caso usted es completamente exacto.

**Pregunta 4:** A partir de lo que decía el Ministro Brito del accionar, quería hacer una reflexión que tiene que ver tal vez con un tema que no se ha planteado y que dice relación con el acceso a la justicia y la administración de justicia. Aquí quiero ocupar un caso puntual: la Corte de Apelaciones de Santiago no admitió a tramitación un recurso de protección de una ciudadana musulmana que fue obligada por el Banco del Estado a descubrirse para cobrar un cheque de ciento cincuenta mil pesos. Cabe decir que esta ciudadana musulmana no usa el velo que cubre el rostro sino solamente su cabellera, es decir, es totalmente identificable. Esta ciudadana pidió además retirarla en una sala contigua cosa que no se le permitió. Por lo tanto, se le vulneró en bastantes de sus derechos constitucionales. Ella asistió a la Corporación de Asistencia Judicial donde se le recomendó la presentación de un recurso de protección. La Corporación de Asistencia Judicial, como todos sabemos está sobrepasada, no tenía posibilidad alguna de presentar su caso. La ciudadana, sabiendo que el recurso de protección no requiere del patrocinio de abogados, lo presentó por sí misma. El argumento de la Corte de Apelaciones para rechazarlo fue que no identificó suficientemente el derecho. Entonces, yo pongo dos puntos sobre la mesa. Primero, el deber del Estado de garantizar el acceso no solo de esos grupos de elite, sino también, de las personas que son discriminadas y que mayormente no tienen los recursos para acceder a la justicia. En lo segundo, respecto a la actitud afirmativa de los ministros de esa Corte que, a sabiendas del derecho sobre el cual ella estaba interpelando, lo hayan rechazado por esa causa cuando hay un deber de esos ministros por los tratados internacionales de derechos humanos de salvaguardarlos. Aquí a la persona se le denegó accionar por una situación de forma y creo que este caso es uno de los varios otros casos de esta naturaleza. Entonces me parece que un punto es la forma de tramitación y los resultados que en justicia se obtienen para situaciones de desigualdad. Y lo otro es la desigualdad que hay en el acceso a la justicia y el tratamiento de la misma. Me gustaría una reflexión de Javier y del Ministro, en su caso de no admitir la tramitación.

Además, no puedo abstenerme a decir que generalmente pasamos del legislador a la justicia y luego al ejecutivo y así nos vamos. Los tres poderes del Estado son un solo Estado y es el mismo. Las reglas de extranjería son un decreto de

Pinochet del año 1980, también las normas de telecomunicaciones son un decreto supremo, el decreto que regula la manifestación pública también es un decreto supremo de Pinochet. Si lo revisáramos bajo el Tribunal Constitucional todos violarían derechos constitucionales. Sin embargo, todos siguen ahí y ni el Tribunal Constitucional, ni el legislador, ni los Tribunales de Justicia cuando hemos conocido sobre estas situaciones han reparado también en ellos. Ese es el punto que quisiera plantearles: el acceso a la justicia.

**Javier Couso:** La literatura en sociología legal es bastante y quizás conteste que en general son las capas medias quienes tienen el capital simbólico para hacer accionar el sistema judicial. Hay países como la sala cuarta de la Corte Suprema costarricense que ha sido pionera en tener niveles de admisibilidad increíbles. O sea, hay un caso casi anecdótico en que en una servilleta alguien, un niño, presentó un caso a la sala cuarta de Costa Rica. Ese es un extremo y Chile está en el otro polo. A veces por un tecnicismo y en parte porque en Chile no tenemos esa capacidad que tiene la Corte en Argentina y en Estados Unidos de escoger y deja afuera ciertos casos porque entiende que no puede resolver cientos de miles. Entonces escoge los que tienen más potencial. Muchas veces utiliza la admisibilidad para dejar fuera casos. Creo que hay muchos casos en que incluso por vía jurisprudencial podrían ambos tribunales optar para aligerar el acceso a la justicia. Esa es mi opinión personal.

**Haroldo Brito:** Evidentemente el recurso de protección es una acción de cautela, ni siquiera está dirigida contra una persona sino es una demanda del Estado a fin de reponer los derechos que están vulnerados. La única forma en que esta acción sea eficaz es que se le enfrente de manera formalizada porque de otro modo el ciudadano, en fin, no podría sino contar con una asistencia jurídica que no siempre está al alcance de la mano. Conuerdo con usted en ese sentido. No se pueden resolver este tipo de cuestiones a partir de criterios en que en otras ramas del derecho, no en el derecho constitucional, en el tema de las garantías, tienen plena y completa explicación. Aquí las cosas deben resolverse desde otro punto de vista hacerse efectivas, en fin para actuar correctamente. En eso concuerdo con usted al margen de lo que nos ha planteado porque esa es una cosa aun pendiente. Hay que poner de manifiesto la necesidad de contar con algún instrumento que supere el entendimiento que ha tenido la Corte Suprema respecto al recurso de protección. Creo firmemente en la necesidad de que se dicte una ley que conduzca al procedimiento de esta clase de acciones. Me parece que es una cuestión de la esencia, y que la forma en que actuamos los tribunales en esta situación sea a través de una ley que reúna distintos criterios porque es una cuestión de mayor importancia. Eso es una cuestión pendiente de hace muchísimo tiempo.

## PANELISTAS

### - Lorena Fries Monléon

Abogada, Master en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Oxford. Con 25 años de experiencia en derechos humanos, ha coordinado la presentación de informes sombra ante el Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas e informes regionales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y ha participado en procesos de negociación de tratados de derechos humanos y justicia como representante de la sociedad civil. Es consultora en el ámbito de los derechos humanos de las mujeres para organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y para agencias internacionales. Actualmente es la directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

### - Cecilia Medina

Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile, Doctorada en Derecho en la Universidad de Utrecht, Holanda. La jurista chilena cuenta con una larga trayectoria en docencia e investigación del derecho internacional de los derechos humanos. Entre 2002 – 2008, se desempeñó como Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y fue Presidenta de dicho tribunal entre 2008 – 2009. Durante ocho años, integró el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y fue Presidenta del mismo en los años 1999 y 2000. Actualmente es la directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

### - Guido Girardi

Médico, de larga trayectoria política que inicia como dirigente estudiantil a comienzos de los años ochenta. Es uno de los fundadores del Partido Por la Democracia PPD. Durante los años 1992 y 1993 se desempeñó como Director del Servicio de Salud Metropolitano, y en 1994 arriba a la cámara de Diputados, siendo re-elegido por dos períodos más. Actualmente es senador de la República y presidente de esa cámara.

### - Sebastián Valenzuela Agüero

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Magíster en Ciencias Penales de la misma universidad. Se ha desempeñado como Defensor Penal Público. Durante el año 2010 fue Jefe del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia y actualmente es jefe de la división de defensa social de ese mismo Ministerio.

**- Sonia Montaña**

Socióloga boliviana. Su carrera profesional comenzó en 1983 cuando fundó y dirigió el Centro de Información y Desarrollo para la Mujer (CIDEM) en Bolivia. Fue Subsecretaria de Asuntos de Género en el Ministerio de Desarrollo Humano de Bolivia entre 1993 y 1995 y ha sido asesora y consultora en varios países de América Latina. Es la actual directora de la División de Asuntos de Género de la CEPAL y, bajo sugestión se crea el Observatorio de Igualdad de Género.

**- Vicky Guzmán**

Psicóloga. Master en Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Lima y Candidata a doctora Universidad Autónoma de Barcelona. Experta en políticas públicas de género, investigadora del Centro de Estudios de la Mujer, CEM, y consultora del área Unidad Mujer y Desarrollo – Género y Políticas Sociales e investigadora de la CEPAL.

**- Jorge Contesse**

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, UDP y abogado. Master en Derecho de la Universidad de Yale, EE.UU y con estudios de doctorado en la misma universidad. Ha sido investigador visitante del Centro de Derechos Humanos, Universidad de Fordham, en Nueva York, y consultor e investigador de importantes organismos internacionales, como Human Rights Watch, el International Council on Human Rights Policy, la Fundación Ford y el Centro de Estudios de Justicia para las Américas.

**- Pablo Cornejo**

Abogado, integrante de Libertades Públicas. Es académico del Departamento de Derecho Privado Universidad de Chile. Ha sido abogado asesor de la Comisión de Defensa Ciudadana. Es experto en temas de matrimonio igualitario y acuerdo de vida en común.

**- Carlos Carmona**

Abogado de la Universidad de Chile. Ha estado vinculado al Ministerio Secretaría General de la Presidencia, ocupando diversos cargos, entre ellos, como Subsecretario y Jefe de la División Jurídica. En el año 2006 fue designado como Secretario Ejecutivo de la Comisión Asesora Presidencial para proponer medidas en materia de probidad y eficiencia en el sector público. Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de la Católica y de la Diego Portales. Actualmente es Ministro del Tribunal Constitucional.

**- Haroldo Brito**

Abogado de la Universidad de Chile de Valparaíso. A lo largo de su carrera judicial se ha desempeñado como Juez de Letras de Los Andes, relator de la Corte de Apelaciones de Santiago, juez del Quinto Juzgado del Crimen de Valparaíso, magistrado del Segundo Juzgado del Crimen de Santiago y Fiscal suplente de la Corte de Apelaciones de Santiago. Actualmente es Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

**- Javier Couso**

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica y Doctor en Derecho de la Universidad de Berkeley, EE.UU. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y del directorio de la Corporación de Expansiva-UDP. Actualmente es Director del Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales.





## **SEMINARIO INTERNACIONAL**

### **IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: ESTANDARES Y MECANISMOS PARA LA IGUALDAD REAL**

Santiago, 14 y 15 de julio (por las mañanas)  
Auditorio de la Facultad de Derecho – Universidad de Chile

### **Programa**

**DÍA 1, 14 de julio de 8:30 a 13:00hrs.**

#### **Inauguración del seminario**

**1er panel: El principio de igualdad y no discriminación; estándares internacionales y medidas de acción afirmativa**

- Lorena Fries, Directora del INDH. Igualdad y no discriminación en Chile, principales desafíos.
- Cecilia Medina, Directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ex Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Modera: Claudio Gonzalez, Consejero INDH

#### **2do Panel: Igualdad real; legislación, políticas públicas y medidas especiales en Chile**

- Senador Guido Girardi, desde la perspectiva del debate parlamentario sobre medidas de acción afirmativa.
- Sebastián Valenzuela Agüero, Ministerio de Justicia, desde la perspectiva de la acción del poder ejecutivo.
- Sonia Montaña, CEPAL, desde un análisis crítico de la acción estatal.

Modera: Silvana Lauzán, Jefa Unidad de Estudios del INDH

**DÍA 2, 15 de julio de 9:00 a 13:00hrs.**

**1er Panel: Importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados**

- Vicky Guzmán, Experta en políticas públicas de género. Análisis desde la perspectiva de las mujeres.
- Jorge Contesse, profesor de derecho de la Universidad Diego Portales y coordinador del Informe Anual de Derechos Humanos de la UDP. Análisis desde la perspectiva de los pueblos indígenas.
- Pablo Cornejo, Abogado integrante de Libertades Públicas. Universidad de Chile. Análisis desde la perspectiva de la diversidad sexual.

Modera: Felipe Simonsohn, Jefe Unidad Jurídica y Judicial del INDH

**2do Panel: Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile**

- Carlos Carmona, Ministro del Tribunal Constitucional.
- Haroldo Brito, Ministro de la Corte Suprema.
- Javier Couso, Director del Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales.

Modera: Luis Hermosilla, Consejero del INDH





**INDH**  
INSTITUTO NACIONAL DE  
DERECHOS HUMANOS

