

# Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (*affirmative action*)

José Manuel Díaz de Valdés Juliá <sup>1</sup>

Profesor de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Abogado, Licenciado y Magister en Derecho Público

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Master of Laws

UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE

UNIVERSIDAD DE HARVARD

## I. Introducción

Durante los últimos años se han comenzado a recepcionar en Chile, con creciente fuerza, las ideas propias de lo que se ha denominado “discriminación positiva” o “acción afirmativa”.

De origen norteamericano y progresiva difusión mundial,<sup>2</sup> la discriminación positiva es un fenómeno extraordinariamente polémico, capaz de dividir profundamente sociedades sobre la base de distintas concepciones de lo que es moral y jurídicamente correcto. Previsiblemente, tales diferencias se han trasladado al ámbito jurisdiccional, dando lugar a largas y sonadas batallas judiciales. De esta forma, la sociedad le está solicitando al derecho que cumpla con su rol, en cuanto a dar solución civilizada a los conflictos sociales de relevancia.

Ahora bien, la evaluación jurídica de la discriminación positiva presenta una serie de dificultades. Una de ellas es la gran carga valórica incorporada al debate. En efecto, se trata de un tema con profundas implicancias axiológicas que trascienden la mera consideración jurídica *stricto sensu*, y que hacen particularmente difícil un análisis desapasionado y científico. Es así como incluso los nombres utilizados por la doctrina para identificar a este fenómeno reflejan una postura a su respecto. Una posición favorable se puede traducir en nombres como “acción afirmativa”, “acción correctiva” y “discriminación positiva”, mientras que una visión negativa se encarnará en conceptos tales como “discriminación inversa” o “discriminación compensatoria”.

<sup>1</sup> Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mis ayudantes señores Nicolás Enteiche Rosales y Paulina Lobos Herrera.

<sup>2</sup> BARRÈRE (1997), p. 56.

Una segunda dificultad es la confusión conceptual reinante en la materia. Creemos que ello se debe, principalmente, a que la discusión acerca de la juridicidad o constitucionalidad de la discriminación positiva se ve influenciada, profunda y decisivamente, por factores extrajurídicos (e.g., sociológicos, antropológicos), que le sirven de supuesto. Evidentemente, tal influencia se ve reflejada en el lenguaje empleado por críticos y defensores, quienes en su discurso combinan y confunden una serie de conceptos jurídicos y no jurídicos, los que utilizados de esa manera aparecen como vagos y contradictorios. Palabras e ideas tales como meritocracia, compensación, igualdad real, discriminación, derechos de grupos, entre muchas otras, se usan en forma disímil y flexible, contribuyendo notoriamente a la confusión de quienes intentan penetrar en el debate jurídico sobre la discriminación positiva.

Finalmente, debemos considerar que la discriminación positiva presenta tanto importantes fortalezas y bondades, como también notables debilidades y problemas, todos los cuales se acentúan o atenúan dependiendo de las características particulares de cada medida concreta de discriminación positiva. Desde esta perspectiva, un análisis jurídico debiera siempre considerar las circunstancias del caso particular en estudio. Por lo mismo, resulta importante identificar nítida y separadamente las argumentaciones positivas y negativas que puedan ofrecerse acerca del fenómeno en comento, las que no siempre concurren como un todo en cada caso.

En este contexto, el presente artículo enfrenta el tópico de la discriminación positiva desde una perspectiva exploratoria. Junto con identificar los elementos que, en nuestra opinión, deben ser tomados en consideración al momento de evaluar jurídicamente manifestaciones específicas de discriminación positiva, se intentará singularizar las posibles argumentaciones sobre la materia. Todo ello contribuirá, esperamos, a una imprescindible aclaración conceptual. En otras palabras, intentamos construir un marco teórico y argumental que nos permita afrontar en mejores condiciones el análisis propiamente jurídico de la discriminación positiva.

En razón de lo anterior, este trabajo se ha dividido en tres secciones. La primera de ellas analiza ciertas consideraciones previas o supuestos que debieran tenerse presentes al momento de analizar los claroscuros de la discriminación positiva. La segunda sección identifica sintética y críticamente las principales justificaciones y defensas del fenómeno en estudio, mientras que la tercera se focaliza en sus vicios o defectos.

Hacemos presente que este artículo constituye la primera parte de un trabajo mayor, el cual continúa con el análisis de constitucionalidad de la discriminación positiva, sobre la base del marco teórico y argumental ofrecido en este texto. Ambos documentos, por tanto, deben considerarse como un solo todo.

## II. Algunas consideraciones previas

### 1. Definición de discriminación positiva

Para los efectos de este artículo, entenderemos a la discriminación positiva como el conjunto de políticas públicas, y mecanismos de implementación de aquellas, destinadas a otorgar un trato preferente a individuos pertenecientes a grupos marginados o desfavorecidos de la sociedad, con el consecuente perjuicio para quienes, sin pertenecer a tales grupos, habrían obtenido el respectivo beneficio de no mediar la preferencia<sup>3</sup> (en adelante, "DP").

Conviene realizar tres comentarios en relación a la definición precedente. En primer lugar, para que exista DP es necesario que sea posible identificar víctimas que sufran sus consecuencias. Por tales entendemos personas que hubiesen podido acceder al beneficio o bien en cuestión de no haber mediado la preferencia respectiva. En otras palabras, toda DP supone y contiene necesariamente una discriminación negativa: existen víctimas que pagan por el beneficio que se otorga.

La precisión anterior nos permite distinguir la DP de otras políticas públicas de beneficio a ciertos sectores de la población. Es así como, por ejemplo, una pensión de viudez a indigentes no constituye DP, pues si bien se trata de un beneficio especial a favor de un grupo, no es posible identificar a individuos perjudicados, vale decir, personas que hubiesen obtenido esa pensión de no haberse concedido exclusivamente a las viudas indigentes. Otro caso es el del fuero maternal, ya que si bien se trata de un beneficio para un sector determinado de la población, tradicionalmente discriminado, no existe otro grupo que habría podido acceder a dicho beneficio de no haber mediado la preferencia a favor de las mujeres.

En contraste, imaginemos que una empresa decide que el 50% de sus nuevas contrataciones deben ser mujeres. Supongamos que se abren diez puestos de trabajo y que, aplicando los criterios tradicionalmente utilizados por esa empresa, tales cargos serían adjudicados a siete hombres y tres mujeres. En virtud de la cuota del 50%, dos de aquellos hombres deberán ceder su lugar a otras tantas mujeres. Este sería un claro ejemplo de DP, por cuanto es posible identificar uno o más individuos directamente perjudicados (los dos hombres excluidos), quienes hubiesen obtenido el bien o beneficio (el empleo) de no haber mediado la preferencia a favor de las mujeres impuesta por la DP.

<sup>3</sup> Definiciones de DP pueden encontrarse en MCCRUDEEN (1998), p. 1; ISSACHAROFF (1998), p. 671; VALLE (1973), p. 470; BARRÈRE (1997), pp. 30 y 81, y DONOSO (2001), p.199.

Volviendo a nuestra definición de DP, un segundo elemento a destacar es que esta forma de política pública no se plantea en el contexto de cualquier discriminación que se presente en una sociedad. Aquella sólo adquiere sentido frente a discriminaciones sistemáticas, entendiendo por tales aquellas que son continuas, extendidas y persistentes, y que causan efectos severos, apreciables y generales sobre la categoría de personas de que se trate.

Finalmente, no debe confundirse DP con cuotas. Entre ambas existe una relación de género a especie. Si bien las cuotas constituyen la versión más visible, existen muchas otras políticas públicas que también podemos clasificar de DP. Un ejemplo de aquellas sería otorgar puntaje adicional a las personas de ascendencia indígena que postulan a viviendas sociales. Otro caso sería la utilización del sexo o la raza como factores finales de selección entre dos candidatos que aparecen como igualmente calificados para un puesto de trabajo.

Para los efectos de este artículo, la consecuencia principal de la distinción precedente es que no todas las argumentaciones propias de las cuotas son aplicables a las demás formas de DP, consideración que ha sido fundamental en aquellos países que han prohibido las primeras sin abolir completamente las segundas.

## 2. Nuestros prejuicios

La discriminación positiva tiene mucho que ver con prejuicios, entendidos como la "opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal".<sup>4</sup> En efecto, la DP intenta revertir conductas sociales basadas en una serie sistemática de prejuicios simplistas y dañinos. Que la mujer sea menos competente que el hombre para desempeñar cargos directivos en una empresa; que los indígenas sean todos alcohólicos; que los pobres sean invariablemente flojos; que los orientales sean desaseados, entre otros, son ejemplos concretos de cómo los prejuicios contribuyen a la efectiva exclusión de algunos grupos humanos de una real igualdad de trato, más allá de lo que establezca la letra de la ley.

La aplicación constante y generalizada de estos prejuicios colabora eficazmente al desarrollo de una situación de "discriminación fáctica" (i.e., al margen de las disposiciones normativas formales), por la que grupos enteros de la población son objeto de exclusión laboral, educacional, en el desarrollo y aplicación de políticas públicas, entre otras. La evidente injusticia de esta situación es el punto de partida de la DP, la que intenta convertirse en instrumento para su cambio.

<sup>4</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), p. 1822.

Para ello, afirma que el ordenamiento jurídico no puede limitarse a prohibir majestuosa e inútilmente la discriminación, sino que debe adoptar una actitud agresiva de identificación y castigo de las conductas que la evidencian así como de los prejuicios que la fundamentan.

En el plano jurídico, la DP recuerda y destaca que las normas constitucionales que disponen que todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1° Constitución Política, en adelante “CP”), o que todos somos iguales en y ante la ley (arts. 1° y 19 N°s 2, 3 y 22 CP), no deben interpretarse como meras proclamaciones grandilocuentes. Aquellas deben ser capaces de producir efectos reales en la vida de la comunidad, combatiendo las discriminaciones originadas en prejuicios, por inveterados que sean, y garantizando en los hechos “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1° inciso 5° de la CP). No sólo se trata de una exigencia impuesta por el principio de supremacía constitucional, sino también por el imperativo jurídico y moral de brindar pleno respeto y eficacia a los derechos fundamentales.

Sin embargo, la erradicación de los prejuicios que dan lugar a discriminación no es una tarea fácil para el derecho en general, y para la CP en particular, fundamentalmente en razón del diverso nivel de conciencia que existe en relación a los mismos. Es así como muchos de los prejuicios funcionan sin que quien los aplica se dé perfecta cuenta de ello. En efecto, muy poca gente se considera a sí misma como derechamente racista o sexista, lo que no significa que a la hora de contratar a alguien no vayan a aplicar arraigados prejuizgamientos contra los orientales o las mujeres. Y el tema no es blanco-negro; entre la plena conciencia y el total desconocimiento existen todas las variaciones posibles de gris, entendido como el mayor o menor grado de reconocimiento de los propios prejuicios y de su influencia en las decisiones del sujeto respectivo.

Lo anterior constituye un problema para el derecho, toda vez que le impone barreras de difícil penetración. En efecto, ¿cómo puede el derecho evaluar la intención racista o sexista del sujeto si las más de las veces ni siquiera él lo tiene claro?, ¿qué tan identificables son los prejuicios?<sup>5</sup> Adicionalmente, aun si el discriminador es consciente de sus prejuicios, puede ser muy difícil para la víctima probarlo.

Frente a ello, debemos recordar que en materia de vulneración de derechos fundamentales la preocupación primordial es la protección de la víctima y sólo subsidiariamente el castigo del victimario. En este contexto, diversas manifestaciones de la DP postulan que es posible establecer conductas racistas

<sup>5</sup> Véase a este respecto MITCHEL Y TETLOCK (2007), pp.1052-1054.

o sexistas, y por lo tanto reconocer víctimas, prescindiendo de la intención particular y concreta del victimario,<sup>6</sup> basándose exclusivamente en los resultados agregados de sus acciones. Así por ejemplo, si en un pueblo donde las mujeres constituyen el 40 % de la fuerza laboral existe una fábrica en que sólo trabajan hombres, podría afirmarse que las mujeres suficientemente calificadas que han postulado a dicha fábrica han sido objeto de discriminación. No sería necesario a estos efectos comprobar la intención discriminatoria de quien contrata en la empresa.

Evidentemente que esta solución plantea una serie de interrogantes, tales como la determinación precisa de los "criterios de resultado" susceptibles de "probar" discriminación; la justicia de la eventual sanción al empleador; la determinación del remedio apropiado, entre otros.

No quisiéramos concluir esta sección sin realizar una aclaración. Una de las críticas que se formulan en contra de la DP es sobrevalorar la importancia de los prejuicios. De esta forma, se le imputa una suerte de determinismo social que niega la capacidad de superación del individuo, y que lo rebaja a una situación meramente pasiva frente a los "ataques" de la sociedad. Así, sería exagerado y simplista atribuir la deficiente situación actual de un individuo perteneciente a algún grupo desfavorecido exclusivamente a la discriminación ejercida contra ese grupo.

En principio estamos de acuerdo con que la mera pertenencia a un grupo no puede determinar la suerte de un individuo. Sin embargo, consideramos que la crítica en cuestión deja intacto el problema de justicia e igualdad antes planteado. En efecto, lo relevante en este contexto no es el relativo éxito o fracaso de una persona en el seno de una sociedad, sino el hecho real y tangible de la discriminación en su contra. Tal y como regla nuestra Constitución, los actos discriminatorios están prohibidos, independientemente del resultado agregado que aquellos puedan tener sobre una persona o grupo. El hecho de que la víctima haya podido sobreponerse cabalmente a las consecuencias de tales actos discriminatorios no es justificación para los mismos, los que continúan siendo jurídicamente impermisibles.

En definitiva, cualquiera sea el grado de influencia de los prejuicios en la vida de una persona, pareciera ser evidente que aquellos son los mayores responsables de las discriminaciones relevantes que observamos en la actualidad. Asimismo, la incapacidad del ordenamiento jurídico "clásico" para terminar con tales prejuicios en forma efectiva, es uno de los fundamentos más importantes que han impulsado el desarrollo de distintas formas de DP.

<sup>6</sup> BARRÈRE (1997), p. 76.

### 3. La discriminación y el derecho

La discriminación en contra de ciertos grupos es un hecho cierto y real en nuestra sociedad. Frente a ello, cabe preguntarse acerca del grado de influencia o poder de que goza el derecho para cambiar realidades sociales persistentes y complejas como lo es la discriminación.

Al respecto, la realidad histórica y comparada<sup>7</sup> pareciera demostrar que aquella subsiste más allá de las intenciones de constituyentes, legisladores, administradores y jueces. Ello no obstante los avances que el derecho puede facilitar en cuanto instrumento de mayor igualdad (e.g., prohibiciones de discriminar; garantías jurisdiccionales; sanciones severas a conductas discriminatorias; asesoría judicial a las víctimas; subsidios focalizados).

El relativo fracaso del derecho en esta materia es justamente lo que impulsa a los defensores de la DP a proponer alternativas más radicales de combate a la discriminación. Más aún, postulan que el derecho en vigencia debe ser revisado con gran detenimiento, con el objeto de descubrir si en los hechos combate la discriminación, o por el contrario, contribuye a su mantenimiento.<sup>8</sup>

### 4. La discriminación es evolutiva

Siendo un fenómeno social, la discriminación va cambiando no sólo de sociedad en sociedad, sino también a través del tiempo. Los criterios para discriminar se modifican. Los grupos afectados también. Para mayor complejidad, en ciertas ocasiones se mantiene tanto el grupo afectado como el factor de diferenciación, pero varía el grado o fuerza de la discriminación.

Así, por ejemplo, la religión es un factor de diferenciación que hoy posee menos fuerza en Occidente que hace 300 años. Recordemos, por ejemplo, la imposibilidad de los católicos de acceder al servicio civil inglés. O más recientemente, la prohibición de las actividades de los Testigos de Jehová en Grecia. Paradojalmente, la religión se ha fortalecido como factor de diferenciación en algunos contextos, cual es el caso de los cristianos en algunos países musulmanes o en ciertas regiones de la India, o de los católicos en China.

La raza pareciera ser un factor de diferenciación de gran fuerza, si bien los grupos afectados han ido variando. Es el caso de EEUU, donde la discriminación racial ha dejado de centrarse exclusivamente en las personas de raza negra,

<sup>7</sup> Particularmente ilustrativa a este respecto es la experiencia de EEUU.

<sup>8</sup> BARRÈRE (1997), p.34.

para incluir a los latinos e indígenas americanos, y hasta cierto punto, a los orientales.

En cuanto a la variación de la intensidad de la discriminación, un ejemplo elocuente es el de las mujeres, quienes en diversos países occidentales siguen siendo discriminadas, pero a un nivel muy inferior al existente tres o cuatro décadas atrás.

Ahora bien, la esencial mutabilidad de la discriminación presenta una serie de consecuencias importantes para el derecho.

En primer término, es fundamental tener muy claro que gran parte de las soluciones que se implementen para resolver discriminación social son temporales. Aquellas responden a una situación concreta, a un momento determinado en la vida de una sociedad, y no pueden presentarse como verdades inmutables. Es el caso de la DP, la cual ha sido consistentemente presentada como una solución temporal, tal y como lo ha recordado la Corte Suprema de los EEUU, quien incluso habría establecido un plazo al respecto.<sup>9</sup> De lo anterior se colige que es imprescindible realizar una revisión y evaluación constante de las medidas e instrumentos antidiscriminatorios en general y de la DP en particular.

Por supuesto que existen medidas y normas antidiscriminatorias de mayor permanencia, tales como las prohibiciones generales de discriminar (e.g., art. 19 N°2 de la CP), pero incluso tales normas pueden actualizarse precisando grupos o criterios de discriminación.

En segundo término, la naturaleza evolutiva de la discriminación dificulta la identificación de sus manifestaciones, particularmente en sus formas nuevas o ascendentes. Es así como la discriminación por raza en Chile se dirigió tradicionalmente a los sectores indígenas de la población. Sólo recientemente hemos reconocido como discriminación ciertas situaciones que desde hace años perjudican a orientales (e.g., denegación de visas, exclusión de lugares abiertos al público general).<sup>10</sup> Nuevamente, se impone una exigencia de atención constante de parte del derecho, de forma de desarrollar a tiempo las medidas necesarias para combatir las nuevas caras de la discriminación.

En tercer lugar, la constante evolución de la discriminación dificulta la ponderación de las aspiraciones y reclamos de los diversos grupos perjudicados. Este es un problema complejo incluso en una visión atemporal, pero se agrava

<sup>9</sup> *Grutter v. Bollinger* (2003).

<sup>10</sup> *Servicio Nacional del Consumidor v. Centro de Salud y Recreación Gunther Mund y Compañía Limitada* (1993).

notoriamente al introducir el factor tiempo. Así, por ejemplo, resulta extremadamente difícil determinar en el Chile de hoy si mujeres e indígenas constituyen la lista prioritaria de grupos que merecen la preocupación por parte del Estado y la sociedad. Alguien podría mencionar a los discapacitados, a las personas en extrema pobreza o a los homosexuales. Una vez definida esta "lista corta" de grupos, cabe preguntarse cuál de entre ellos requiere mayor atención y recursos, o en qué proporción en relación al resto, etc. Tal vez lo lógico sería señalar que todo lo anterior depende del grado de injusticia contenido en la discriminación respectiva: a mayor injusticia mayor prioridad. Pero justamente el punto en comento es la evolución constante e inevitable de las formas, criterios y grados de la discriminación. Lo que hoy pareciera ser prioritario no tiene porqué haberlo sido 20 años atrás... o en 20 años más.

Obviamente esto complica la lucha del derecho, del Estado y de la sociedad contra la discriminación, y los obliga a adoptar una aproximación lo suficientemente flexible para responder a los cambios mencionados.

Resulta evidente que la DP se ve particularmente afectada por la dificultad antes descrita, toda vez que ella supone necesariamente acciones concretas y excepcionales de beneficio a ciertos grupos particulares. La excepcionalidad y dudosa constitucionalidad de tales medidas exige con particular fuerza que los grupos beneficiados sean realmente aquellos en necesidad urgente e impostergable de mayor justicia. El constante cambio en la composición o urgencia de tales grupos, por tanto, dificulta la justificación de medidas y normas de DP. Adicionalmente, cabe destacar las dificultades que surgen de contrastar discriminaciones actuales con pasadas; ¿puede un grupo fuertemente discriminado en el pasado (e.g., indígenas) gozar de preferencia sobre un grupo actualmente discriminado (e.g., homosexuales) si el grado de discriminación –y por tanto las consecuencias– del primero fue/es mayor al del segundo? Debemos recordar que la DP se construye sobre la identificación de grupos desfavorecidos, los cuales compiten por el apoyo del Estado y la sociedad. En este contexto, la evolución de la discriminación en el tiempo agrega a la competencia grupos "históricos" de difícil comparación con los actualmente discriminados.

## **5. La discriminación contenida en normas jurídicas puede ser difícil de identificar**

La discriminación no es un fenómeno siempre evidente, reconocible en la realidad sin mayor dificultad. Si bien es cierto que algunas de sus formas pueden ser bastante obvias y visibles (e.g., segregación racial en EEUU, limitación severa a los derechos políticos de las mujeres en países islámicos), la mayoría de ellas son mucho más sutiles y difíciles de identificar. En su dimensión normativa, algunos llaman al primer tipo "discriminación directa" y al segundo

“discriminación indirecta”.<sup>11</sup> En la primera la norma identifica con claridad al grupo perjudicado. No es necesario que la mención deba ser explícita (e.g., las mujeres no tendrán derecho de sufragio en las elecciones presidenciales), sino que basta con que sea evidente o fácilmente reconocible (e.g., sólo los hombres podrán sufragar en las elecciones presidenciales).

La discriminación indirecta, por el contrario, supone que la norma en cuestión a primera vista pareciera no ser discriminatoria. Se trata de normas cuyo texto no permite identificar un grupo perjudicado, o en que si bien se singulariza un grupo afectado, el criterio de diferenciación utilizado aparece como razonable en ese contexto. Sin embargo, en ambos casos la norma continúa siendo discriminatoria por cuanto su aplicación práctica resulta en un claro perjuicio para uno o más grupos reconocibles de la sociedad, sin que ello sea razonable. La discriminación indirecta, por tanto, destaca los efectos tangibles de la norma por sobre los efectos esperados o declarados en su texto.

Imaginemos como ejemplo una norma jurídica que prohíbe y castiga severamente el ausentismo laboral por razones de índole religiosa. A primera vista, se trata de una norma no discriminatoria, pues trata a toda la población por igual y no permite identificar un grupo particularmente perjudicado por la misma. En la práctica, sin embargo, una norma de este tipo sería altamente discriminatoria en el caso chileno. En efecto, la gran mayoría del país es católica, y esa mayoría puede practicar libremente sus ceremonias y conmemoraciones más importantes, por cuanto la mayor parte de ellas están reconocidas como feriados en el calendario civil (e.g., Navidad, Semana Santa, Asunción de la Virgen). Quienes se ven claramente perjudicados son los miembros de religiones minoritarias (judíos, islámicos, otros cristianos, etc.). De esta forma, nos encontramos frente a una norma indirectamente discriminatoria, pues establece un imperativo –y un castigo– que será sólo aplicable a los no católicos.

En definitiva, la existencia de discriminaciones indirectas u “ocultas” dificulta en forma relevante su reconocimiento y combate: aquellas son menos visibles, su realidad más discutible, y son contenidas por normas que guardan una apariencia de corrección que puede ser difícil de develar.

A todo lo anterior debe agregarse la consideración acerca de la intencionalidad del agente que discrimina. La falta de conciencia del agente discriminador, o su conciencia parcial, acerca del hecho de estar discriminado, sin duda que dificulta la identificación de la discriminación. Nos remitimos en esta materia a lo ya señalado en relación a los prejuicios.

<sup>11</sup> BARRÈRE (1997), p. 26.

### III. Razones en favor de la discriminación positiva

#### 1. La búsqueda de la igualdad

La DP surge en el seno de sociedades en que existen discriminaciones estructurales o sistemáticas, entendiéndose por tales aquellas que son continuas, extendidas y persistentes, y que causan efectos severos, apreciables y generales sobre la categoría de personas de que se trate. Tales formas de discriminación han perdurado no obstante la implementación de los mecanismos jurídicos “tradicionales” para combatir y erradicar las diversas formas de discriminación. Entre tales mecanismos podemos mencionar la consagración expresa de un derecho genérico a la igualdad jurídica; prohibiciones constitucionales o legales específicas (i.e., identificando alguna forma particular de discriminación, ya sea por materia –económica, acceso a empleos públicos, tributación, etc.– o por criterios diferenciadores –raza, religión, sexo, etc.–); garantías o acciones procesales rápidas y eficientes para detener y sancionar infracciones a la igualdad jurídica; creación de entidades públicas destinadas al combate a la discriminación; otorgamiento de subsidios focalizados, entre otras.

En este contexto, la DP sostiene que no puede haber igualdad jurídica propiamente tal en una sociedad en la cual el derecho no ha sido capaz de extirpar una realidad práctica de discriminación sistemática. Ante el fracaso de los mecanismos jurídicos tradicionales en el combate a ciertas formas de desigualdad, se haría necesario la utilización de otros medios más radicales, tales como la DP.

Apelar a la igualdad como sustento de una determinada argumentación jurídica es una invocación poderosa, destinada a asegurar solidez y profundidad en el mundo jurídico y en la sociedad política. Lo anterior es plenamente aplicable a nuestra realidad nacional, donde la “igualdad es un principio cardinal en la Carta Fundamental”,<sup>12</sup> cuestión que se confirma al constatar que “no hay en la Constitución valor, principio, concepto o criterio más repetidamente mencionado que la igualdad. Lo es incluso más que la libertad y la seguridad”.<sup>13</sup>

En materia de DP, sin embargo, se produce un problema particular, y es que tanto su defensa como el ataque a la misma se fundamentan en argumentos y concepciones diversos de igualdad. Ambas alternativas, por tanto, parecen asumir la estatura jurídico-moral de defensora de derechos fundamentales y de un elemento estructural de la democracia, cual es la igualdad.

El problema se acentúa dadas las distintas concepciones de igualdad. Es así

<sup>12</sup> CEA (2004), p.126 (Tomo II).

<sup>13</sup> CEA (2004), p.127 (Tomo II).

como la vieja distinción entre igualdad formal y material ha dado lugar a otras categorizaciones más modernas, tales como el derecho a ser tratado como un igual versus el derecho a igual tratamiento en los beneficios y cargas asignados;<sup>14</sup> igualdad de bienestar versus igualdad de recursos,<sup>15</sup> entre muchas otras.

Dentro de esta frondosidad conceptual, el término que se mantiene como predominante en Chile es el de igualdad de oportunidades, el cual encuentra consagración expresa en el artículo 1º inciso 5º de la CP. La dificultad se mantiene, sin embargo, en cuanto a la determinación del contenido exacto de dicha igualdad.<sup>16</sup> Sabemos que va más allá de un concepto puramente formal, y que no alcanza a la plena igualdad material.<sup>17</sup> En el terreno intermedio, sin embargo, existen diversas alternativas, el análisis de las cuales excede al objeto de este artículo.<sup>18</sup> Baste señalar que dicha igualdad presupone la existencia de desfavorecidos y la necesidad de ayudarlos para al menos lograr un punto de partida o línea base común con sus semejantes.<sup>19</sup>

Desde la perspectiva de la DP, los puntos relevantes a este respecto son a lo menos dos: i) cualquier concepción que se adopte acerca del contenido preciso de la igualdad de oportunidades será incompatible con la situación de los grupos marginados, constatación que obliga a buscar mecanismos novedosos de combate a la discriminación sistemática, y ii) la igualdad de oportunidades exige acciones positivas de parte del Estado para lograr su progresiva consecución.<sup>20</sup>

La primera aseveración justifica el carácter de denuncia de la DP. La segunda serviría para fundamentar sus contenidos, ya que en palabras de Francisco Zúñiga "El principio de igualdad de oportunidades autoriza a dar un paso adelante al autorizar discriminar, hacer diferencias, constituir privilegios a favor de categorías sociales o minorías étnicas marginadas o desfavorecidas".<sup>21</sup>

<sup>14</sup> SQUELLA (1995), p. 428, basándose en Dworkin.

<sup>15</sup> Véase RIVERA (1993) comentando la diferenciación originalmente propuesta por Dworkin.

<sup>16</sup> A modo de ejemplo, véase a SEQUELLA (1995), p. 435; MCCRUDDEN (1998), pp. 553 y ss. en cuanto a la relación entre mérito e igualdad de oportunidades; ANDERSON (2004), pp. 89 y ss., y ZUÑIGA (2002), p. 249.

<sup>17</sup> Tal y como señala GREEN (1998), ambos conceptos se vinculan a la igualdad de oportunidades, y no deben considerarse como contradictorios. Más aún, la división entre los mismos es flexible y depende de la realidad práctica en que se aplique. Cf. GREEN (1998) pp. 120-121.

<sup>18</sup> Véase, a modo ilustrativo, GREEN (1998), p. 149.

<sup>19</sup> Cf. CEA, (2004), p.125.

<sup>20</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1973-1974), sesión 40, p. 19 y sesión 45, p. 15. Véase también SILVA (1997), Tomo IV, pp. 70 y ss.; CEA (2002), Tomo I, pp.186 y ss.; y *Sentencia Rol 185-1994* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 28 de febrero de 1994 (Control de constitucionalidad, Ley 19.300).

<sup>21</sup> ZUÑIGA (2002), p. 248.

En definitiva, la DP se enmarca dentro de las aspiraciones de una igualdad más sustanciosa que la que actualmente garantiza en forma efectiva el ordenamiento jurídico, apelando a la esencia de dicho valor-derecho, y a un sentido natural de justicia que repugna al mantenimiento de diferencias irracionales y persistentes al interior de la sociedad, con la complicidad más o menos silenciosa del Estado.

## 2. Vigencia real de los derechos de las minorías

La DP se presenta como una solución a problemas estructurales del sistema democrático. Siguiendo su matriz norteamericana, se postula que diversas minorías (no todas) se encuentran en una situación de desventaja en el libre juego democrático. Su exclusión y marginación las mantiene fuera de los círculos de poder, lo que a la vez impide que sus miembros luchen “desde adentro” por cambiar al sistema. De esta forma, el sistema de discriminación y exclusión se perpetúa.

Tomemos el caso de la minoría mapuche en Chile. Defensores de la DP afirmarían que en la medida que sus integrantes no logran acceder al Congreso, la Presidencia de la República, el Gabinete, la Corte Suprema y otras altas magistraturas de nuestro sistema republicano de gobierno, carecen del poder necesario para impulsar mecanismos de inclusión de su grupo en todos los niveles y círculos de la sociedad y del Estado.

Frente a este problema, la DP se presenta como una herramienta útil para permitir el acceso de tales minorías a las más diversas esferas del poder político, otorgándoles de esa forma los medios suficientes para abogar con oportunidades reales por la igualdad de los suyos.

El problema planteado se asemeja al conocido argumento de la “tiranía de las mayorías”, entendiéndose por tal la degeneración de la democracia donde la mayoría en el Parlamento, a través de la ley, puede disponer prácticamente cualquier cosa. La soberanía popular o parlamentaria se exagera al punto de que la minoría puede verse aplastada, arrasada y despojada de sus derechos más elementales por una mayoría inconsciente o despiadada.<sup>22</sup>

Ahora bien, en la democracia contemporánea se ha enfrentado esta preocupación mediante la afirmación sin reservas de los derechos fundamentales en cuanto elementos indisponibles e inalienables que emanan de la mismísima dignidad humana, los que no quedan sujetos al juego de las mayorías y minorías

<sup>22</sup> En palabras de Carl Schmitt, “La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo”. SCHMITT (1971), p. 49.

políticas. A ello se ha unido la instauración de controles de constitucionalidad encargados de hacer respetar tales derechos fundamentales, aun frente a las diversas magistraturas del Estado.

Esta solución, sin embargo, no sería suficiente en el contexto en estudio. Tal y como hemos repetido constantemente, una cosa es eliminar todo vestigio de discriminación directa del sistema jurídico... y otra lograr la completa eliminación de los prejuicios y la discriminación en una sociedad. Las defensas mencionadas frente a la tiranía de las mayorías sólo sirven para lo primero: eliminar de las normas jurídicas todo contenido expresamente discriminatorio. Por el contrario, la erradicación de la discriminación sistémica y no expresada, incluyendo la normativa indirecta, exige más: una serie de acciones –y eventualmente cambios normativos– destinadas a lograr una igualdad real y la inclusión efectiva de las minorías. Tales acciones, sin embargo, tienden a escapar al ámbito de las cortes constitucionales y se radican más bien en la esfera de competencias de los poderes ejecutivo y legislativo.

En este contexto, la DP se postula como un paso más en la lucha por la vigencia efectiva de los derechos de las minorías.

### 3. La neutralidad absoluta no es posible

La visión “tradicional” de la igualdad y la no discriminación promueve un ordenamiento jurídico completamente neutro, donde el sexo, la religión, la raza, la clase social, entre otros, no tengan relevancia alguna. Los norteamericanos han ejemplificado esta idea señalando que su constitución es moral y jurídicamente “*color-blind*”: ciega a las distinciones por raza, lo cual puede extenderse a los otros criterios mencionados.<sup>23-24</sup>

La postura anterior de “ceguera jurídica” puede someterse a diversas críticas. En primer término, cabe destacar que normas que a primera vista parecen neutras pueden tener efectos que distan mucho de tal neutralidad. Así, por ejemplo, una norma que exija una altura determinada para acceder a algún cargo o beneficio, sin que dicha exigencia constituya una condición de idoneidad

<sup>23</sup> Hay quienes discrepan de esta aseveración. Véase MCCRYSTAL (1994), p. 166, y GREEN (1998), p. 126, para quien el principio de “*color-blind*” es un argumento de política pública erróneo y no un imperativo moral. Véase también *Parents involved in community school v. Seattle School District No 1* (2007), y *Grutter v. Bollinger* (2003).

<sup>24</sup> Curiosamente, el origen del término *affirmative action* (discriminación positiva) se vincula más a esta idea de “*color-blindness*”, ANDERSON (2004), pp. 60-61. Con el objeto de aumentar la proporción de las minorías en el mundo laboral, se incentivaba a las empresas a contratar sin considerar la raza, el color o el credo. No obstante, el primero en utilizar el término de “*color-blind*” fue el Juez John Marshall Harlan en *Plessy v. Ferguson* (1896) disintiendo de la opinión de la mayoría.

para ello, podría ser en los hechos discriminatoria hacia las mujeres, o hacia los indígenas y orientales. Del mismo modo, requerir un título profesional para acceder a un cargo de representación popular puede implicar, en la práctica, la exclusión de clases sociales completas, según la realidad educacional de algunos países.

En segundo lugar, la neutralidad absoluta es atacada por cuanto el ordenamiento jurídico ha sido normalmente creado por personas que no pertenecen a los grupos excluidos o marginados. Tales personas, por tanto, dan forma a normas desde su condición no-marginada. Para ellos, lo normal en el mundo es ser no-marginado, y los excluidos constituyen lo *extraño* o *diferente*. En ese contexto, es fácil imaginar que un ordenamiento aparentemente neutro esconda una serie de prejuicios o ideas propias de los grupos no-marginados, y que resultan perjudiciales o extrañas para los excluidos. Es el caso de las personas de raza negra en Estados Unidos, donde las normas jurídicas han sido históricamente formuladas desde una perspectiva *blanco-céntrica* donde los blancos piensan que "lo normal" es ser blanco.<sup>25</sup>

En tercer término, no debe subestimarse la influencia de quienes están llamados a aplicar la norma. Por muy neutral que aquella parezca, su aplicación e interpretación permiten a una variedad de actores (e.g. jueces, miembros de la Administración) gozar de una dosis considerable de influencia en la forma en que tales normas deben entenderse y en los efectos concretos que tendrán. En otras palabras, la supuesta neutralidad abstracta de una norma jurídica se ve necesariamente mediatizada en su aplicación por personas concretas, y ya sabemos que aun cuando tales personas no sean conscientemente racistas, sexistas, etc., no es posible obviar el contenido inconsciente de los prejuicios.

En cuarto lugar, factores tales como la raza, el sexo, la religión, entre otros, no debieran ser completa y absolutamente excluidos como criterios de diferenciación. Existen ciertos contextos donde es conveniente, o incluso necesario, considerar tales circunstancias. Así, por ejemplo, es legítimo que se exija ser católico para optar al cargo de director de un colegio de la Iglesia. Del mismo modo, tomar en cuenta la raza o clase social de una persona puede permitir aquilatar con mayor precisión su capacidad de surgir y superar dificultades. En palabras de Cecil Hunt, tales factores serían importantes para determinar: "who they are, how they got that way, where they want to go, why they want to go there, and the strength of their motivation to accomplish those goals" [*quiénes son, como llegaron a serlo, qué metas persiguen, por qué las persiguen y la fuerza*

<sup>25</sup> HUNT (2006) explica este planteamiento con mayor detalle en *The color of perspective: affirmative action and the constitutional rhetoric of white innocence*. Véase también GREEN (1998), p.124.

*de su motivación para lograrlas*].<sup>26</sup> En otras palabras, los factores señalados nos informan acerca de ciertas características o experiencias de vida que pueden ser relevantes para la adopción de una determinada decisión.

Finalmente, resulta completamente artificial negar la realidad de ciertas características de la persona, tales como su raza o sexo. Aquellas son parte de la identidad particular de cada ser humano concreto. No existen personas sin raza, o asexuadas, por lo que su desconocimiento puede repercutir negativamente en el diseño de las abstracciones que requiere realizar el ordenamiento jurídico.<sup>27</sup>

En definitiva, pareciera ser más conveniente y honesto que el ordenamiento jurídico parta de la base de la existencia de factores como la raza, el sexo, la religión, etc. El reconocimiento consciente de esas diversidades le permitirá adoptar los mayores resguardos al momento de diseñar e implementar normas jurídicas, de forma que aquellas no escondan prejuicios y discriminaciones bajo una falsa apariencia de neutralidad.

#### **4. Los problemas del argumento meritocrático<sup>28</sup>**

Existe una arraigada noción o regla de justicia, al menos en ciertos contextos como el educacional y el laboral, consistente en que la asignación de beneficios y bienes escasos en general, tales como el acceso a trabajos y cupos estudiantiles, deben ser asignados en razón del mérito de los diversos postulantes. A mayor mérito, mayor derecho a ese bien escaso.

Este argumento, que llamaremos “meritocrático”, entra fácilmente en conflicto con la DP. En efecto, si el mérito debe ser la consideración fundamental al momento de postular a un establecimiento educacional, o a un trabajo, no cabe entonces incluir en el análisis de tal candidatura factores como la raza, la religión o el sexo del postulante. Lo contrario implicaría aceptar que no siempre el mejor calificado obtendría el puesto en competencia, lo que a su vez sería no sólo tremendamente injusto hacia el más calificado, sino también perjudicial para la organización que selecciona. Dicha entidad se estaría privando de los mejores individuos posibles, en razón de privilegios especiales destinados a ciertos sectores.

El problema del argumento meritocrático, sin embargo, es que descansa sobre

<sup>26</sup> HUNT (2006), p. 528. Traducción libre.

<sup>27</sup> En palabras de Hunt: “Not only are there no unracial people, but there is no model or paradigm to dictate how to imagine one”. HUNT (2006), p. 527.

<sup>28</sup> En esta sección se ha recurrido repetidamente a las ideas de MCCRUDDEN (1998). Véase *Merit Principles*.

una serie de supuestos que no son fácilmente aceptables o demostrables. En primer término, iguala mérito a justicia: toda selección sería justa en la medida que se fundamente en las reglas de la meritocracia. En segundo lugar, supone que el mérito es algo cuantificable, y que existen herramientas idóneas para ello. Finalmente, asume un significado unívoco para "mérito", cuestión que está lejos de la realidad.

Respecto a la primera objeción, nos parece que se trata de una simplificación que no es aceptable. Si bien se trata de una materia que excede al objeto de este trabajo, baste por el momento señalar que diversos modelos de justicia nos proponen alternativas al mérito como criterio de asignación de beneficios o bienes, particularmente en determinados contextos. Así, por ejemplo, la asignación de pensiones de gracia a viudas sin recursos económicos obedece a un criterio de necesidad, y no de meritocracia. A menos, claro, que nuestra definición de mérito sea extraordinariamente amplia y flexible, cuestión que nos reconduce a la tercera dificultad planteada en el párrafo precedente.

El segundo supuesto que nos parece problemático dice relación con la cuantificación del mérito. Se trata éste de un tema muy discutido, ya que incluso los tests desarrollados como modelos estándar de medición de capacidades (como sería, por ejemplo, la PSU chilena) están bajo constante crítica por lo limitado de su capacidad de medición.<sup>29</sup> La dificultad crece cuando el mérito es evaluado según parámetros fuertemente subjetivos, cual es el caso de una entrevista personal. O cuando el mérito obedece a factores externos al sujeto mismo (e.g., calidades de los padres), cuestión que nuevamente nos enfrenta al problema de definir qué entendemos por mérito.

La tercera objeción es, por tanto, aquella que nos conduce al corazón del problema del argumento meritocrático: qué debemos entender por mérito. En nuestra opinión, se trata de un concepto que en gran medida es una función del contexto. Así, por ejemplo, cuando hablamos del "mérito" de un tenista, es muy posible que nos estemos refiriendo a su "talento" (entendido como una capacidad innata del sujeto), y tal vez en alguna medida al esfuerzo y dedicación con que ha enfrentado su actividad. Por el contrario, si hablamos de un estudiante universitario, su "mérito" podría entenderse como el desempeño pasado en evaluaciones objetivas y comunes a sus compañeros, y nuevamente podría estar unido, en cierta medida, a las calidades del esfuerzo del alumno para afrontar sus estudios. Si hablamos ahora de un abogado, su "mérito" puede ser su registro de casos ganados, o su nivel de conocimientos sobre el tema que interesa. Si nos referimos a un mecánico, su "mérito" podría

<sup>29</sup> GREEN (1998,) pp. 32 y 33; MCCRUDEN (1998).

corresponder a sus conocimientos de mecánica y su capacidad “comprobada” de arreglar autos. Es así como la palabra mérito puede entenderse como un talento o capacidad natural; como un conjunto de esfuerzos pasados que hace merecedor de cierto beneficio; como conocimiento; como experiencia; como una actitud de esfuerzo, disciplina y dedicación; como una característica física; como una conducta aprendida, entre otras diversas posibilidades.

Una alternativa de carácter más general sería definir mérito como “apropiabilidad” o adecuación a un trabajo o posición determinada, en razón de ciertos cánones objetivos. Ahora bien, el problema es que incluso esta definición se presta para varias interpretaciones posibles. Es así como la adecuación puede entenderse como características innatas de las personas (ser inteligente para entrar a la carrera de medicina, ser sordo para trabajar en un campo de tiro); capacidades adquiridas (hablar varios idiomas para acceder a un cargo diplomático); pasado estudiantil sobresaliente (tener excelentes notas en pregrado para entrar a estudiar un doctorado); promesa futura (tests psicológicos sobresalientes que sugieren un brillante desempeño al interior de la empresa), etc. Nuevamente, el contexto es clave para definir qué debemos entender por mérito.

Considerando todo lo anterior, la DP argumenta que la consideración a la raza, el sexo, la religión, etc., no se opone en todos los contextos a la meritocracia. Más aún, el flexible concepto de mérito podría llegar, en algunas situaciones, a comprender la raza, el sexo o la religión. Así, por ejemplo, si se requiere contratar a un líder comunitario para trabajar con comunidades mapuches, podría considerarse que pertenecer a esa etnia sería un mérito (tal y como han demostrado diversos nombramientos en la Corporación Nacional Indígena). Si se requiere un profesor para un colegio católico, profesar esa fe y demostrar un testimonio coherente de vida puede ser considerado un “mérito” en tales circunstancias. Y más indirectamente: una mujer indígena y profesional que está postulando a un puesto de alta exigencia podría invocar como uno de sus “méritos” tales condiciones en cuanto pruebas fehacientes de que ha debido superar barreras importantes en su vida gracias a su capacidad y tesón.

En definitiva, la argumentación a favor de la DP descansa sobre la necesidad de definir mérito en función del contexto. Ello destruye una concepción unívoca de meritocracia, lo que a la vez le permite superar la alegada antinomia meritocracia-DP. Tal antinomia se dará sólo en algunos contextos, y por tanto no puede considerarse como una regla cierta y absoluta que sirva para excluir siempre toda forma de DP.

En nuestra opinión, la DP realiza en esta materia una importante contribución, la que es independiente de la posición que se adopte en relación a la misma

DP. En efecto, la argumentación antes analizada pone en evidencia la necesidad que tiene toda persona o institución que selecciona, con el objeto de evitar cualquier forma de discriminación, de definir con precisión cuál es el concepto de "mérito" aplicable a un proceso particular de selección. No es una tarea fácil, toda vez que obliga a revisar los fines y razón de ser de la institución en cuestión, de forma de definir precisamente qué características debe tener la persona que se va a incorporar y qué medidas serían idóneas para alentar la contratación de tales individuos. Baste observar al respecto el enorme debate existente en EEUU acerca de la selección universitaria, y cómo las diversidades racial, sexual, geográfica, entre otras (potenciadas con medidas de DP), contribuirían o afectarían la persecución y cumplimiento de los fines propios de tales instituciones educacionales.<sup>30</sup>

### 5. Efectos positivos<sup>31</sup>

La discusión propiamente axiológica y teórica sobre la DP ha venido a ser complementada con el análisis pragmático de sus consecuencias. Si bien no nos parece que este sea un criterio definitorio por sí mismo, resulta útil para evaluar algunas de las dimensiones de justicia que pueden verse involucradas, particularmente considerando los relevantes efectos que tales dimensiones pueden producir sobre la opinión pública.

En términos generales, los defensores de la DP afirman que esta mejora ostensiblemente la situación de las minorías o grupos desfavorecidos, aseveración que contaría con cierto fundamento científico gracias a estudios empíricos sobre la materia.<sup>32</sup>

Es así como la DP ayudaría efectivamente a reducir la marginación o discriminación tradicionalmente sufrida por ciertos grupos. Lo anterior sería particularmente aplicable a aquellas formas de DP dirigidas a asegurar cierta igualdad de oportunidades en materia educacional y laboral. En la medida que indígenas, mujeres, entre otros, acceden a una mejor educación, y obtienen trabajos de élite, se producirían una serie de resultados positivos. En primer término, mejorarían sus ingresos, lo que a su vez debiera redundar en un mayor acceso a bienes de consumo (incluyendo mejores servicios educacionales, de salud y recreación para sus familias) y a un ascendente prestigio social.

<sup>30</sup> DWORKIN (2000a); BOWEN y BOK (1998); ANDERSON (2004).

<sup>31</sup> Esta sección descansa en gran medida en los trabajos de BOWEN Y BOK (1998) *The Shape of the River*; DWORKIN (2000b) y DWORKIN (2000a), pp. 386 y ss. Véase también FORDE-MAZRUI (2004), y AIRES Y VARS (1998), entre otros.

<sup>32</sup> En particular BOWEN Y BOK (1998).

En segundo lugar, tales personas se convertirían en íconos visibles de que se puede lograr una integración plena en una sociedad determinada. Ejercerían por tanto una suerte de liderazgo más o menos consciente sobre sus comunidades de origen, impulsando la repetición de sus modelos y multiplicando de esa forma los beneficios de su integración.

En tercer término, la convivencia entre miembros de grupos favorecidos y desfavorecidos al interior de centros educacionales y laborales sería una ventaja en sí misma, ya que permitiría el cuestionamiento de estereotipos por ambas comunidades. Se logra de esa forma un conocimiento real capaz de contribuir decididamente a la atenuación o erradicación de prejuicios, único proceso con fuerza suficiente para provocar un cambio de mentalidad profundo y de efectos en el tiempo. Así, por ejemplo, la mejor forma de convencer a los hombres que trabajan en un ambiente laboral tradicionalmente masculino de que las mujeres son igualmente capaces para ese trabajo, es mediante la experiencia práctica de observar mujeres desempeñándose con éxito en ese ambiente. Ese aprendizaje no sólo es invaluable, sino probablemente mucho más profundo y duradero en el tiempo que la mera repetición automática y semiconsciente de ideales de igualdad.

En cuarto lugar, la DP permitiría el mejor desarrollo de las potencialidades de toda la población, con el consecuente beneficio general. Se trata este de uno de los grandes problemas de la marginación, la cual provocaría la pérdida de grandes y diversos talentos, los cuales quedarían ocultos tras una raza, sexo, etnia, religión, etc. La DP permitiría rescatar tales capacidades y brindarles la posibilidad de su completo desarrollo para el mayor beneficio individual y social.

En definitiva, la DP demostraría en los hechos una serie de consecuencias positivas, un conjunto de avances en el terreno de la justicia existente en una sociedad. Se trataría, por tanto, de una herramienta adecuada para los fines que justificaron su creación.

#### **IV. Razones en contra de la discriminación positiva**

##### **1. El fin no justifica los medios: incompatibilidad de la DP con el bien común**

La DP se presenta como un medio necesario para la superación efectiva de diversas formas de discriminación sistemática históricamente presentes en una sociedad. Sin embargo, sabemos que no todas las herramientas son aceptables, por muy loable y legítimo que sea el fin perseguido.

Particular relevancia adquiere en este contexto la noción de bien común, en cuanto finalidad última del Estado y de su actuar. Aquel se entiende como “*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*”<sup>33</sup> (artículo 1° de la CP), el que a su vez supone el irrestricto respeto a los derechos y garantías que emana de la naturaleza humana (artículos 1° y 5° de la CP). Es claro, por tanto, que toda política pública debe considerar el carácter único e irrepetible de cada ser humano, y que por tanto no es posible beneficiar a un grupo mediante el sacrificio y la anulación de uno o varios individuos.

Aquel es justamente el problema de las variadas formas que puede adoptar la DP. Invocando el bien de la comunidad, y de ciertos grupos de la misma (los tradicionalmente desfavorecidos), intentan validar instrumentos que perjudican desproporcionadamente a ciertos individuos.

Veamos un ejemplo. Imaginemos que una universidad decide que el ingreso a la carrera de ingeniería debe reflejar un 40% de mujeres (i.e., un 40% de los alumnos de primer año deben ser mujeres). Supongamos que existen 100 cupos en esa carrera y que aplicando exclusivamente el criterio de mayor puntaje en la PSU habrían entrado 80 hombres y 20 mujeres. La nueva política de discriminación positiva obligaría a dejar fuera a 20 de aquellos hombres y a aceptar 20 mujeres con puntaje más bajo. ¿Sería ello compatible con el bien común? Nos parece que no. Si bien la política en cuestión puede estar animada en un interés legítimo (e.g., corregir aquellas diferencias que explican que sólo 20 mujeres obtengan suficiente puntaje en la PSU para entrar a la carrera de ingeniería), la carga que se impone a ciertos individuos (i.e., los hombres que deberán ceder su cupo) es demasiado onerosa. En otras palabras, se hace pagar a unos pocos la “cura” de un mal del que debiera responder toda la sociedad (i.e., la discriminación en contra de la mujer).

Las razones por las cuales las mujeres, en el ejemplo sugerido, obtienen menores puntajes en la PSU pueden ser variadas. Su remedio y corrección deben ser una preocupación prioritaria del Estado y de la sociedad. Pero ello no significa que aquellos puedan descargar su responsabilidad descansando en el sacrificio de unos pocos individuos. El medio elegido no es jurídica ni moralmente correcto. En el ejemplo ofrecido, la acción estatal podría dirigirse, por ejemplo, a la mayor

<sup>33</sup> Esta noción de bien común fue intensamente debatida en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, imponiéndose la visión de incluir una definición en el texto constitucional que diera cuenta de la necesidad de armonizar el bien de la colectividad con el bien particular de cada individuo. Véase, por ejemplo, la intervención del comisionado Guzmán en la sesión 45. El origen doctrinal de este concepto debe buscarse en *Gaudium et Spes*, donde se define bien común como “*el conjunto de condiciones de la vida social, que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de la propia perfección*”, CONCILIO VATICANO II (1965).

fiscalización en materia educacional en los colegios de mujeres, o en la entrega de incentivos a las madres que deseen estudiar, o incluso en la modificación de la PSU para incluir otros factores de capacidad que pudiesen estar más igualitariamente distribuidos entre los sexos, entre otros. Todas estas medidas, y muchas más que pueden idearse, no presentan el inconveniente de cargar todo el peso de la corrección de una desigualdad histórica sobre los hombros de unos pocos individuos. No es justo ni proporcionado. Peor aún, para tales individuos el daño puede ser serio. Y más nefasto si tales personas pertenecen a otros grupos desfavorecidos (e.g., provienen de estratos socioeconómicos bajos, o de minorías étnicas), ya que en tales casos se intentaría corregir una desigualdad profundizando otra, y sabemos que no se desviste un santo para vestir otro.<sup>34</sup>

El perjuicio es severo en el contexto de la medida, toda vez que no admite acomodo ni compromiso posible: los hombres afectados son totalmente excluidos de la posibilidad de estudiar esa carrera por el sólo hecho de ser hombres. Este punto es importante, por cuanto nos permite situar el problema en su correcta dimensión. En efecto, el fin de lograr un acceso más igualitario a la educación superior puede perseguirse implementando diversas medidas, tales como las mencionadas previamente. Sin embargo, la característica fundamental o pecado mortal del sistema de cuotas en comento es que su forma de alcanzar el fin propuesto es mediante la exclusión de hombres que, según las reglas del juego vigentes y sostenidas por el Estado (selección según puntaje PSU), habían obtenido el derecho a admisión.<sup>35</sup> El perjuicio es manifiesto, y obedece a una lógica similar al desconocimiento de derechos adquiridos.

La DP, por tanto, olvida que el bien común supone siempre el bien de todos y cada uno, y que por tanto nunca será justificable utilizar a las personas como medios para alcanzar un fin "superior". Puede ser el camino aparentemente más rápido, efectivo y por tanto tentador... pero no es legítimo. En palabras del juez norteamericano más influyente en materia de DP, al menos en el contexto de la discriminación racial: "Nothing in the Constitution supports the notion that individuals may be asked to suffer otherwise impermissible burdens in order to enhance the societal standing of other ethnic groups" [*No existen*

<sup>34</sup> HART (1974), p. 736, *The Constitutionality of reverse racial discrimination*, señala el caso de normas que a primera vista perjudican a los blancos en favor de los negros, pero que en la práctica demuestran que los perjudicados son un grupo de blancos que no tiene acceso a la representación política necesaria para influir en la institución que adoptó la medida de DP, y que es a su vez objeto de prejuicio y discriminación.

<sup>35</sup> En el debate norteamericano sobre la DP, se ha dado gran importancia al medio específico elegido para lograr mayor igualdad, y en particular a la carga que impone sobre los perjudicados por la medida de DP. Véase por ejemplo la opinión del juez Powell en *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) y contrástesela con el fallo de mayoría redactado por O'Connor en *Grutter v. Bollinger* (2003).

*bases constitucionales para imponer a los individuos cargas insostenibles con el fin de mejorar la posición de otros grupos étnicos].<sup>36</sup>*

A mayor abundamiento, debemos recordar que el bien común incluye el pleno respeto de los derechos fundamentales. En el ejemplo propuesto, el derecho a la igualdad de los hombres se ve seriamente afectado, ya sea en su vertiente de igualdad de oportunidades (esencialmente vinculada al acceso a la educación), como en cuanto igualdad de trato (existiría un grupo perjudicado por el solo hecho de ser tal).

En razón de todo lo anterior, sostenemos que la DP es muy difícilmente conciliable con las exigencias que impone el bien común, criterio ordenador final de toda la actividad estatal.

## **2. No es un método suficientemente refinado o preciso**

La DP es una herramienta que presenta una serie de imperfecciones, la seriedad de las cuales se ve resaltada en razón de su capacidad de vulneración de derechos fundamentales, cuestión que la vuelve incompatible con nuestra CP.

Analizaremos brevemente algunas de tales imperfecciones.

### **a) Confusión en cuanto a sus finalidades**

Uno de los grandes problemas de la DP es que no obedece a fines claros y definidos. Por el contrario, distintas aplicaciones o medidas propias de DP responden a diversas y en ocasiones contradictorias finalidades.

#### **i) La compensación por discriminaciones pasadas de grupos**

Una alternativa es concebir a la DP como una forma de compensar las discriminaciones sufridas históricamente por ciertos grupos. En términos simples, la argumentación sería la siguiente: los indígenas (las mujeres, etc.) han sufrido siglos y siglos de discriminación por parte de las mayorías o minorías dominantes. Por tanto, nada sería más justo que invertir tal discriminación con el objeto de que los actuales miembros de aquellos grupos perjudicados obtengan beneficios a costa de individuos pertenecientes a los grupos históricamente beneficiados.

Esta visión, que a primera vista –y erróneamente– guardaría cierta relación o

<sup>36</sup> Opinión del juez Powell en *Regents of the University of California v. Bakke* (1978). Traducción libre.

similitud con una concepción de justicia conmutativa, presenta una serie de inconvenientes. En primer término, no existe base constitucional alguna que permita que ciertos individuos paguen por los errores de otros, aun cuando pertenezcan al mismo grupo de referencia (e.g. social, racial, sexual). En otras palabras, los hombres actuales no son culpables de la discriminación ejercida por los hombres de épocas pasadas en contra de las mujeres de aquellos tiempos, y no existe un vínculo tal entre los hombres actuales y pasados que permita transferir responsabilidad de estos a aquellos.<sup>37</sup> Dicha transferencia no sólo es contraria a caros principios jurídicos (tales como la subjetividad de la responsabilidad, el carácter personalísimo de ésta, la necesidad de antijuridicidad de la conducta al momento de su ocurrencia, entre otros), sino que repugna al sentido común, particularmente de aquellos individuos miembros de los grupos dominantes que se hayan comprometidos con la igualdad étnica, racial, sexual, social, etc. Podríamos graficar el pensamiento de tales sujetos de la siguiente forma: "si yo soy un hombre blanco que no he sido nunca racista o sexista en mi vida, y lo he demostrado de tal y cual forma, ¿por qué debiera ser castigado por el ordenamiento jurídico en razón del racismo o sexismo de mis antepasados?"

Ahora bien, la idea de compensación de discriminación pasada tiene otra vertiente, cual es subsanar o reparar el daño sufrido por los grupos discriminados, el cual los ha dejado en una permanente situación de inferioridad. Es así como la forma de indemnizar o enmendar la discriminación histórica sufrida, por ejemplo, por los mapuches en Chile, es entregar a los mapuches actuales una serie de beneficios.

Si bien esta versión es constitucionalmente menos maligna que la anterior, en cuanto excluye la "transmisión de culpa" o de responsabilidad, tampoco existen bases constitucionales que le sirvan de fundamento. Hay, sin embargo, una diferencia importante: la Constitución no prohíbe, en principio, beneficiar a ciertas personas por el sólo hecho de compensar el daño sufrido por los antepasados siempre y cuando ello no implique la vulneración de los derechos de otros (cuestión que es de la esencia de la DP, según la definiéramos al comienzo de este artículo). Ejemplos de lo anterior serían el fomento de la escolaridad mapuche en Chile mediante la destinación de fondos especiales para ello, o el establecimiento de becas para el aprendizaje del idioma aymará. Estas políticas públicas están dentro del universo elegible por el Gobierno, ya que se sitúan dentro del marco mínimo de razonabilidad exigido a la actividad ejecutiva-administrativa. Sin embargo, sería más conveniente que aquellas respondieran

---

<sup>37</sup> Aun la responsabilidad civil, que es relativamente más susceptible de "transferencia", exige cierta clase especial de vínculo entre el responsable original y el "derivado", tal y como la calidad de heredero, empleador, etc.

a otro tipo de finalidades, tales como garantizar la igualdad de oportunidades, antes que a la mera compensación de discriminaciones pasadas.

En definitiva, la lógica de la compensación se presenta, en el mejor de los casos, como pobre sustento de políticas públicas que no serían propiamente DP, y en el peor, como derechamente inconstitucional.

#### ii) La compensación por discriminaciones pasadas de individuos

Otro de los fines que puede invocar la DP es remediar la discriminación pasada sufrida por las mismas personas que acceden al beneficio en cuestión. Es decir, ya no se trata de una suerte de transferencia de haberes y deberes a través de generaciones, sino de compensar a la misma víctima de la discriminación presente en una sociedad.

En nuestra opinión, la finalidad señalada es constitucionalmente aceptable. Es más, tal compensación podría incluso ser exigida por las nociones más fundamentales de igualdad (como valor y como derecho), justicia y no discriminación.

#### iii) La futura igualdad de grupos hoy discriminados

Otra finalidad que suele invocar la DP es la promoción de la igualdad a futuro de los grupos discriminados. De esta forma, las acciones de DP serían contribuciones a un proyecto mayor que debiera culminar con la completa integración de los grupos desfavorecidos en un pie de igualdad. Es necesario considerar que el mero cese de las prácticas discriminatorias no deja a los perjudicados en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad en forma inmediata; las consecuencias de la discriminación son duraderas en el tiempo, y su eliminación requiere un esfuerzo especial.<sup>38</sup> A diferencia de la finalidad anterior, el

<sup>38</sup> Ello queda graficado en el ejemplo presentado por GREEN (1998), pp. 121-122, donde señala: *“La principal Universidad Estatal, una universidad pública donde sus alumnos son todos de raza blanca, está jugando un partido de fútbol americano con la Universidad Deltaville, una pequeña universidad de alumnos de raza negra. Al término de la primera mitad, la puntuación es 54-0 para la Universidad Estatal, una diferencia marcada no sólo por el hecho de que la Universidad Estatal es una Institución mucho más grande, sino por el relevante factor de que la Universidad Estatal jugó toda la primera mitad del juego con catorce hombres en el campo [tres más que el otro equipo], siendo su razonamiento que los negros son personas “inferiores” a quienes no debería permitírseles jugar contra blancos en igualdad de condiciones; de hecho, ellos deberían sentirse privilegiados de estar jugando con ellos. En el entretiempo, Deltaville obtiene una declaración judicial donde el juez sostiene que el juego ha sido injusto: ‘El fútbol americano’, señala el juez, ‘es un juego que no distingue razas (color-blind), pensado para ser jugado por once jugadores por lado, ni más ni menos’. El entrenador de la Universidad Estatal acepta la decisión gentilmente y dice, ‘salgamos y juguemos el juego’. ‘Espere un minuto’, contesta enojado el entrenador de Deltaville, ‘ustedes debieran jugar la segunda mitad con ocho jugadores, sólo así será justo.’ Entonces el entrenador de la Universidad Estatal termina la corta discusión señalando*

foco no es la persona en sí misma, sino su grupo de referencia, y por tanto los beneficios a individuos concretos sólo adquieren sentido en la medida en que su grupo efectivamente mejore su posición.

La valoración constitucional de esta finalidad es algo ambigua. En principio, comparte la legitimidad de la finalidad precedente en cuanto se vincula a la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades para todos, así como la integración armónica de todos los sectores de que nos habla el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución. Por otra parte, sin embargo, debemos insistir en la necesidad de dar primacía a la persona por sobre su pertenencia a determinados grupos y el beneficio de estos últimos. En otras palabras, la persona debe mantener siempre el protagonismo en el diseño e implementación de las políticas públicas. Ello no se opone, por supuesto, al resultado agregado de una política pública que afecta a diversos individuos, pero nos obliga a mantener la atención en estos últimos. Lo anterior nos permite prevenir ciertos vicios que pudieran producirse. Por ejemplo, se impide que un determinado mecanismo de DP se suspenda o termine en cuanto se cumplan ciertas metas “macro” de integración del grupo de referencia, sin tomar en cuenta su aplicación igualitaria a los individuos que componen dicho grupo. Adicionalmente, permite perfeccionar las políticas específicas de DP para hacerla sensible a las características particulares de los integrantes del grupo que se quiere beneficiar. De este modo, un beneficio otorgado genéricamente a las mujeres, por ejemplo, podría focalizarse en aquellas mujeres que además son indígenas, o madres solteras. Una aproximación “individual” a estas situaciones permite resultados más acordes a los fines de justicia e igualdad que invoca la DP, y que exige nuestra Constitución.

En razón de lo anterior, sostenemos que la plena constitucionalidad de la finalidad en análisis exige entender a aquella de una forma levemente distinta. En efecto, lo que corresponde no es aspirar a la igualdad de los grupos discriminados en sí, sino a la igualdad de las personas que constituyen tales grupos en relación tanto a quienes no pertenecen a tales sectores, como a quienes sí pertenecen.

#### iv) La igualdad de oportunidades

La aclaración precedente nos lleva a la finalidad más general de las utilizables para justificar la DP, cual es la igualdad de oportunidades. Sabemos que este es

---

*con autoridad: 'Ustedes escucharon lo que el juez dijo; el fútbol americano supone ser jugado con once jugadores, de cualquier otra forma, es injusto. Además es un juego que no distingue razas, ustedes no obtendrán tres jugadores extra sólo porque son negros. Dejen de lloriquear, salgamos y juguemos. Sólo están ocho touchdowns abajo' "* (Traducción libre).

un concepto complejo, que muchos presentan como una respuesta evolutiva a la dialéctica entre igualdad formal e igualdad sustancial. Sin perjuicio de remitirnos en esta materia a lo señalado en el primer numeral de la sección III de este mismo texto, cabe recordar que esta finalidad es plenamente compatible con nuestra CP. Dicho texto señala expresamente en su artículo 1° inciso 5° que es un deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, con lo cual impone al Estado la obligación de realizar acciones positivas destinadas a garantizar este derecho.<sup>39</sup> En este contexto, la DP se presenta como uno de los instrumentos a disposición del Estado.<sup>40</sup>

#### v) Otras finalidades: EEUU

Existen otras finalidades para la DP. La tradición norteamericana ha identificado la diversidad, la necesidad de atenuar la insuficiente o disminuida representación de ciertos grupos en variados contextos, la necesidad de crear líderes de comunidades marginadas, entre otros. La primera de ellas, la diversidad, ha sido especialmente invocada en el contexto de la educación y en relación a la raza,<sup>41</sup> y en particular dentro del proceso de admisión a universidades de elite. Tales procesos aplican mecanismos de DP para obtener un cuerpo estudiantil suficientemente diverso, vale decir, integrado por distintos grupos raciales. Cada grupo debería contener un número de individuos suficiente para formar una “masa crítica” y no constituir una mera representación simbólica.<sup>42</sup> Las universidades que invocan esta finalidad afirman que la diversidad es necesaria para otorgar una mejor y más completa educación, con lo que convierten a la DP en una medida necesaria para lograr su fin propio en cuanto instituciones educativas. En todo caso, esta justificación no está exenta de importantes críticas en EEUU.<sup>43</sup>

La segunda finalidad de origen típicamente norteamericano es la necesidad de solucionar la menguada representación de ciertos grupos en el contexto laboral, estudiantil y dirigente. Se refleja aquí la aspiración de integrar a todos los sectores a la población laboralmente activa, y más aún, de aprovechar

<sup>39</sup> COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1973-1974), sesión 40 p.19 y sesión 45 p. 15. Véase también SILVA (1997), Tomo IV, pp. 70 y ss.; CEA (2002), Tomo I, pp. 186 y ss.; y *Sentencia Rol 185-1994* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 28 de febrero de 1994 (Control de constitucionalidad, Ley 19.300).

<sup>40</sup> ZUÑIGA (2002), p. 248.

<sup>41</sup> *Grutter v. Bollinger* (2003); *Gratz v. Bollinger* (2003); *Parents involved in community schools v. Seattle School district N° 1* (2007).

<sup>42</sup> Particular análisis sobre esta finalidad se puede apreciar en los casos *Grutter v. Bollinger* (2003) y *Gratz v. Bollinger* (2003).

<sup>43</sup> VOLOKH (1996); *Grutter v. Bollinger* (2003), voto de Rehnquist. Véase también opinión de Joseph Brown, SJ en *Affirmative Action Symposium* (2004).

al máximo las capacidades de cada individuo y de los distintos grupos en el esfuerzo común de contribuir al proceso económico nacional. Esta aspiración potenció con fuerza el desarrollo de la DP durante las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, primero en relación a las personas de raza negra y después también a las mujeres.<sup>44</sup>

Otra finalidad de la DP sería la formación de líderes provenientes de los diversos grupos sociales, los cuales sirvan de modelo a sus respectivas comunidades. Tales líderes serían capaces de integrarse a la elite, y por tanto darían cuenta de que es posible la plena inclusión de los miembros de tales grupos a la sociedad.

Desde la perspectiva chilena, las finalidades propiamente norteamericanas antes mencionadas pueden resultar algo extrañas. Sin embargo, nos parece que todas ellas podrían ser legítimas y constitucionalmente aceptables en la medida que se convierten en aplicaciones particulares de los deberes del Estado contemplados en el artículo 1° inciso 5° de la CP y del bien común en general.

#### vi) Comentarios finales

Para concluir esta sección, sostenemos que la finalidad que pudiese invocar la DP que más se adecua a nuestra normativa constitucional es el aseguramiento de la igualdad de oportunidades. No obstante lo anterior, otras de las finalidades enunciadas pueden ajustarse a la CP en cuanto concreciones particulares del Bien Común, siempre y cuando su implementación no signifique imponer gravámenes desproporcionados sobre ciertos integrantes de la comunidad o afectar sus derechos fundamentales. Lo que sí resulta primordial es identificar con claridad la (o las) finalidad (es) que inspira (n) una determinada política de DP (cuestión normalmente difusa), con el objeto de poder evaluar con certeza la adecuación entre el fin invocado y los medios elegidos para su concreción. Dicha congruencia es una cuestión fundamental dentro del análisis que gatilla cada uno de estos mecanismos de DP, particularmente en relación a la potencial limitación o afectación de derechos de terceros.

#### b) Problemas de categorización

La DP supone la identificación de ciertos grupos desfavorecidos, los cuales se contrastan con otros grupos que no sufren de tal desventaja. Funciona, por tanto, en una estructura algo maniquea: negros-blancos, mujeres-hombres, judíos-cristianos, etc.

<sup>44</sup> BOWEN y BOK (1998), capítulos II y III.

Esta estructura, sin embargo, presenta una serie de problemas. En primer término, ¿cómo identificamos a los grupos que requieren o merecen una especial protección vía DP?, ¿cuánta discriminación es necesaria, y cómo la medimos? Evidentemente se trata de una materia esencialmente controvertida, que por lo mismo pareciera propia de la decisión política, con los riesgos que ello supone. En general, los tradicionalmente beneficiados han sido comunidades étnico-raciales y la mujer. Sin embargo, la lógica de la DP es perfectamente extensible a otros grupos, tales como religiones minoritarias,<sup>45</sup> sectores socio-económicamente débiles, habitantes de zonas geográficas extremas, entre muchos otros.

Ahora bien, los factores que se utilizan para identificar grupos marginados pueden ser muy diversos. Algunos parecieran ser “naturales” o “impuestos por la naturaleza”: raza y sexo. Otros son más bien elegidos: religión, orientación sexual, lugar de residencia. Algunos son una mezcla entre condicionamiento social y alguna cuota de decisión personal: bajo nivel socio-económico. Por tanto, es imposible sostener que existe un criterio, o una clase de criterio uniforme, más allá de la sola desventaja social en que se encuentran todos estos grupos. Incluso el concepto de minoría no es generalizable a todos los grupos considerados, como lo prueba el caso de las mujeres, o de los negros en la Sudáfrica del *Apartheid*. Y por supuesto que ser minoría no es sinónimo de sujeto de discriminación *per se*.

Cabe considerar que diversas sociedades reconocen y dan mayor o menor importancia a distintos elementos o criterios de los mencionados (o a otros). Los “naturales” son los de mayor importancia y aceptación a nivel comparado, cuestión que puede vincularse tanto a su evidencia (no se puede ocultar la raza como sí se puede la religión o la residencia) como a la tremenda injusticia que conlleva ser perjudicado por algo que no se puede cambiar de ningún modo. En palabras de Dworkin, defensor de la DP: “Racial discrimination expresses contempt, and it is deeply unjust and wounding to be condemned for one’s natural properties” [*La discriminación racial expresa desprecio, y es profundamente injusto e hiriente ser condenado por características que son impuestas por la naturaleza*].<sup>46</sup>

Sin embargo, más allá de las categorías “naturales” (fundamentalmente raza y sexo) todo comienza a ser muy discutible y casuístico.

La dificultad anterior se agudiza notoriamente si consideramos que la aplicación de la mayoría de los criterios mencionados no arroja respuestas químicamente

<sup>45</sup> VOLOKH (1996).

<sup>46</sup> DWORKIN (2000a), p. 407. Traducción libre.

puras, incluso de aquellos que hemos denominado “naturales”. Supongamos que una sociedad decide implementar DP a favor de las personas de raza negra... ¿se aplica ello a los mulatos?, ¿puede establecerse un porcentaje mínimo de sangre negra –suponiendo que ello pueda calcularse de alguna forma– para acceder a tales beneficios?, ¿o será más importante el contexto social de la persona mestiza, i.e. su efectiva convivencia en el seno de una familia negra en un barrio negro? Por otra parte, ¿qué sucede si la persona de raza negra que postula a un beneficio es médico egresado de una excelente universidad y tiene ingresos que lo sitúan entre el 5% más rico de la población?, ¿puede aún calificar como beneficiario de DP por el sólo hecho de ser negro?; ¿dónde trazar la línea entre negros efectivamente marginados y quienes no lo están? Las últimas preguntas son igualmente aplicables al sexo: ¿toda mujer debe por ese solo hecho ser sujeto de DP, o es necesario un contexto efectivo de discriminación? En el caso de otros factores, tales como la religión, el problema se agudiza. ¿Cómo comprobar la seriedad y veracidad de las creencias?, ¿qué sucede si una persona cambia de religión?, ¿pierde los beneficios?, ¿debe restituir lo recibido? En fin, los problemas de determinación de los beneficiados son serios, lo que a su vez abre amplias posibilidades para el surgimiento de abusos de la más diversa índole por parte de todos los involucrados (e.g., postulantes, funcionarios evaluadores, diseñadores de las políticas de DP).<sup>47</sup>

Cabe agregar dos dificultades adicionales. En primer término, la posible superposición entre las categorías o grupos seleccionados. En efecto, una persona de ascendencia mapuche puede a la vez ser mujer, Testigo de Jehová y hallarse en situación de miseria. La pregunta evidente en estos casos es si existe un factor que sea determinante por sobre el resto, o si aquella persona puede acumular los beneficios que le corresponderían por cada una de sus “calidades”, cuestión que debiera depender de las finalidades que se busquen con cada una de los mecanismos de DP en juego, y de la gravedad de las discriminaciones involucradas. Ahora bien, lo anterior nos demuestra que una política coherente de DP debe necesariamente tomar en cuenta las posibles superposiciones de categorías beneficiadas que pueden producirse, y dejar de considerar a los grupos sociales en cuestión como compartimentos estancos. Ello plantea, sin embargo, problemas de diseño y aplicación de políticas públicas que pueden tornarse insolubles, los que a la vez se relacionan con la importancia relativa de cada criterio de asignación de beneficios especiales: ¿requieren más consideración los indígenas o las mujeres?, ¿las minorías religiosas o los indigentes?, ¿es peor la discriminación racial que la sexual?,<sup>48</sup> ¿en qué contexto?, etc.

<sup>47</sup> El mismo Dworkin reconoce este peligro. DWORKIN (2000a), p. 406.

<sup>48</sup> Si bien a nivel teórico toda forma de discriminación es igualmente inaceptable, la diversa situación de marginación de los grupos afectados en cuanto a su intensidad, persistencia y extensión, puede justificar importantes diferencias de prioridad. Recordemos que la DP es una política pública.

La segunda dificultad consiste en el carácter esencialmente evolutivo de los criterios y grupos beneficiarios de DP. Así, por ejemplo, los judíos han sido en diversas épocas perseguidos y marginados. En otras, sin embargo, han podido integrarse con gran éxito en las elites dirigentes. Es así como en la actualidad, por ejemplo, los judíos no pueden alegar con éxito ser parte de los grupos desfavorecidos de la sociedad norteamericana, como sí podrían hacerlo aquellos que viven en Irán. A la inversa, grupos tradicionalmente dominantes en ciertos países africanos se han convertido en objeto de violenta discriminación (e.g. tutsies en Ruanda). En definitiva, la evolución propia de las sociedades obliga a la constante revisión de las políticas de DP (véase la sección II.4 precedente). Lo anterior supone enfrentar la dificultad de determinar en qué momento un nuevo grupo ha comenzado a, o un antiguo sector ha dejado de ser objeto de una discriminación sistemática.

El conjunto de dificultades antes señaladas demuestran, a nuestro juicio, que resulta imposible generar un sistema coherente de discriminación positiva que sea fiel al ideal de justicia que propugnan sus defensores. Se trata de una herramienta demasiado gruesa que ignora distinciones fundamentales y cambiantes, y que no es capaz de integrar en un modelo sistemático y coherente el conjunto de políticas benéficas que debieran destinarse a los diversos grupos que las merecen y requieren.

### **3. Falta de la consideración debida al individuo y a su dignidad**

El error conceptual y axiológico más grave de la DP es la consideración de la persona en función de un grupo de referencia, y no como personas únicas e irrepetibles, dotadas de una dignidad tal que impide su utilización como medio para lograr otros fines. A nuestro juicio, dicha concepción presenta dos consecuencias fundamentales:

#### **a) Desconocimiento de la compleja multidimensionalidad de la persona**

Con el objeto de lograr la mayor integración de los sectores desfavorecidos de la sociedad, la DP tiende a considerar a las personas según pertenezcan o no a tales grupos. Dicha pertenencia se convierte en el dato fundamental, necesario y suficiente, para la aplicación de políticas de DP.

Como consecuencia de lo anterior, la DP nos obliga a considerar a las personas parcialmente, omitiendo todos aquellos aspectos que no digan relación con el criterio que sirve de base para la identificación del grupo beneficiado por la DP. Es así como la persona llega sólo a ser un indígena, una mujer, un Testigo de Jehová, un indigente. El resto de las características de la persona no interesa.

La no consideración de cada persona como única e irrepetible, sin embargo,

es una simplificación inaceptable y peligrosa no sólo a nivel conceptual, sino que produce nefastas consecuencias en el diseño y aplicación de programas y herramientas específicas de DP. En efecto, si el único criterio relevante para conceder un beneficio es la pertenencia a un grupo, se dejan de tomar en consideración elementos que pueden ser tanto o más importantes que dicha pertenencia para determinar el grado de discriminación y la necesidad de acciones afirmativas.

Así, por ejemplo, supongamos que la realidad educacional de la población rural mapuche es extremadamente deficiente, lo que lleva al desarrollo de una política de DP consistente en asegurar un 10% de los cupos de las universidades estatales a los miembros de esa etnia, a quienes adicionalmente no se les cobrará arancel universitario. La lógica de la DP es simple: los mapuches están en una situación educacional muy desfavorecida, dentro de un contexto más general de persistente discriminación, y por la vía señalada se entregarán a tales personas las oportunidades y los recursos necesarios para mejorar su situación e integrarlos de mejor forma a la vida nacional.

El problema se produce, sin embargo, por la extrema simplificación sobre la que se construye este ejemplo de DP. En este caso, "mapuche" se hace equivalente a "menos educado" y con menos recursos económicos. La realidad es más compleja. Muchos mapuches viven en ciudades, han educado a sus hijos en colegios buenos o al menos de calidad mediana, algunos incluso han amasado fortunas... Tales familias mapuches no necesitan de una medida de DP para que sus hijos vayan a la universidad; aquellos ingresarán por sus propios medios y no tendrán problemas mayores al resto de la población para pagar por su educación. Sin embargo, lo más probable es que sean justamente estas familias las que más se beneficien de una política de DP como la señalada. En efecto, normalmente se tratará de familias sustancialmente más cercanas a la realidad universitaria, y que por tanto consideran mucho más frecuentemente dentro de su horizonte de aspiraciones la educación superior de sus hijos. Ello contrasta con la situación de las familias situadas en el entorno rural, que carecen de recursos y de proximidad al mundo universitario. De esta forma, lo esperable sería que el 10% de cupos se asigne en su totalidad, o al menos en su gran mayoría, a sujetos que no las necesitan y que en todo caso no son los destinatarios que inspiraron y justificaron la DP en comento. Se manifestaría, por tanto, un grave problema de focalización, por cuanto se trataría de políticas públicas que no lograrían beneficiar a quienes inspiraron y justificaron su diseño e implementación.

Los problemas anteriores se producen por cuanto la calidad de mapuche no es suficiente para asegurar, en los hechos, falta de oportunidades o marginación severa. El análisis debe hacerse caso a caso, y debe considerar otras caracte-

rísticas tales como la situación económica, el nivel cultural de la familia, las capacidades, etc. Solo así el beneficio llegará efectivamente a quien más lo necesita y responderá debidamente a la justificación de asegurar la igualdad de oportunidades.

Más aún, un análisis individualizado permite asegurar que otras personas, quienes no forman parte del grupo beneficiado, no se vean privadas de sus oportunidades y derechos a favor de otros que se encuentran en una situación similar o superior. En el ejemplo propuesto, la cuota del 10% puede significar el rechazo de una mujer caucásica que proviene de una familia de bajos ingresos, a favor de un mapuche que proviene de un colegio y de una familia de elite. Tales resultados son abiertamente contrarios a las nociones más elementales de justicia y contribuyen decididamente al desprestigio y rechazo de la DP.

Como se puede colegir del ejemplo, las cuotas suponen la versión más extrema de la DP en cuanto no permiten jamás un examen caso a caso, subsumiendo completamente al individuo dentro de una categoría (e.g., mujer, indígena), y provocando un gran riesgo de beneficiar a personas que no necesitan mayor protección, perjudicando a individuos más vulnerables. Es por ello que incluso en EEUU, país que más ha desarrollado la DP, se ha rechazado sistemáticamente la constitucionalidad de las cuotas. La razón es que tales mecanismos carecen de la flexibilidad necesaria para considerar las características personales de los involucrados, tanto de los miembros del grupo beneficiado como de quienes podrían resultar excluidos en favor de aquellos.<sup>49</sup>

En síntesis, la exclusividad e irrepetibilidad de cada persona dificultan enormemente el diseño e implementación de mecanismos de DP, las que por su naturaleza tienden a simplificar al máximo la personalidad humana, restringiéndola a sólo una característica relevante: la pertenencia al grupo discriminado que se desea beneficiar.

## **b) Derechos grupales versus derechos individuales**

La consideración de la persona exclusivamente en relación a su grupo de referencia explica por qué la DP se vincula íntimamente a una pseudonoción de derechos grupales. Al señalar que “las mujeres”, “los indígenas” y demás desfavorecidos tienen derecho a la igualdad de oportunidades, pareciera ser que tales facultades corresponden a un ente difuso conformado por individuos, y no a los sujetos individualmente considerados que componen cada uno de esos grupos. Lo anterior dista mucho de ser una mera disquisición sin mayor

<sup>49</sup> Ver *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), opinión del juez Powell; *Gratz v. Bollinger* (2003), e indirectamente *Grutter v. Bollinger* (2003).

consecuencia. En efecto, cabe recordar que la DP produce efectos perniciosos sobre ciertas personas, i.e., aquellos que se ven desplazados o perjudicados en razón del beneficio que se otorga a los miembros de las minorías o comunidades desfavorecidos. Ahora bien, para justificar ese perjuicio, la DP enfrenta el interés individual de esa persona con el interés del grupo beneficiado. De esta forma, crea un escenario que le es moralmente favorable, ya que se sitúa al sujeto perjudicado en contraposición al bien de un conjunto. En términos simples, el conflicto no se traba entre dos personas con derechos similares, sino que entre una persona y un conjunto de personas. Naturalmente, esa forma de presentar el problema produce una simpatía o inclinación natural al derecho del grupo de personas, y una cierta animadversión hacia el individuo que “egoístamente” opone su interés particular al de un conjunto.

Volvamos por un momento a nuestro ejemplo de la cuota de 40% para la admisión de mujeres a la carrera de ingeniería. Imaginemos que uno de los hombres que debiendo haber entrado por puntaje, y que se lo excluyó en razón de la cuota, reclama argumentando que sus derechos han sido desconocidos y vulnerados. La defensa de la DP opondrá a tales derechos aquellos pertenecientes “a todas las mujeres”. De esa forma, el conflicto se plantea entre “todas las mujeres” o “el derecho de la mujer a la igualdad”, y los derechos de un individuo. Las consecuencias políticas y jurídicas de tal escenario son fáciles de entrever, así como el relativo fortalecimiento de la postura a favor de la DP. En efecto, si todas las mujeres han sido permanente y repetidamente discriminadas, ¿cómo no va a ser justo y correcto imponer una mayor igualdad mediante medidas generales de DP, aun si eso significa el sacrificio aislado de algunos sujetos?

Esta visión es errónea e incompatible con nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, para la CP no existen tales “derechos grupales”,<sup>50</sup> sino sólo “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° de la CP). De esta forma, sólo las personas, no los grupos, poseen derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad de trato y a la igualdad de oportunidades. Este principio básico, común a doctrinas tan disímiles como el liberalismo y el iusnaturalismo, no ha sido puesto en duda en forma seria y está firmemente enraizado en la conciencia jurídica nacional y comparada.

Regresemos una vez más al ejemplo de la cuota de mujeres en ingeniería y al reclamo interpuesto por el hombre que debió ceder su cupo a una mujer

<sup>50</sup> Si bien se ha defendido la existencia de instituciones afines, como los intereses difusos y los derechos de tercera o cuarta generación, aquellas no guardan relación con el derecho a la igualdad que opera como columna vertebral de la argumentación en favor de la DP. A su vez, el fundamento de los derechos de las personas jurídicas obedece a una matriz diversa, y que se reconduce a los derechos de las personas que las forman o integran.

que obtuvo menos puntaje en la PSU. Al momento de identificar el conflicto jurídico en cuestión, no debemos ya enfrentar un bien o derecho individual a otro de carácter grupal y por tanto comprensivo de muchos bienes o derechos individuales. Por el contrario, el problema se produce entre un bien o derecho individual (del hombre excluido) y otro bien o derecho individual (de la mujer incluida). Esta es la única forma de plantear la cuestión de una manera que sea en forma respetuosa de la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan.

No está de más recordar a este respecto que escenarios como los planteados por los partidarios de la DP, en cuanto conflicto entre los derechos del individuo y del grupo, han tenido consecuencias nefastas en la historia de la humanidad. Baste recordar la experiencia de los sistemas totalitarios, quienes repetidamente utilizaron y utilizan argumentos similares para vulnerar derechos fundamentales. En contraste, si algo ha aprendido la democracia contemporánea es que sin respeto a los derechos esenciales del ser humano no hay justicia, igualdad, libertad ni paz social posibles.

#### **4. Consecuencias no deseadas**

Uno de los aspectos más polémicos en relación a la DP son la calidad, cuantificación y evaluación general de sus resultados. Si bien algo se ha avanzado en esta materia,<sup>51</sup> la carencia de estudios pormenorizados y no generalistas en cuanto al grupo beneficiado o al contexto elegido dificultan enormemente la formación de opiniones informadas en la materia.

No obstante lo anterior, es posible identificar en forma teórica algunas eventuales consecuencias negativas de la implementación de medidas de DP. Mencionaremos brevemente algunas de ellas:

##### **a) Exacerba odios y divisiones**

Una de las grandes críticas a la DP es que en vez de contribuir a la progresiva irrelevancia de los factores raciales, sociales, sexuales, etc., pone gran énfasis en los mismos, manteniendo de esa forma su importancia para la sociedad.<sup>52</sup>

Entendemos que en una sociedad ideal la raza, el sexo, la clase social, entre otros, no debieran ser elementos de importancia en la gran mayoría de las dimensiones sociales, tales como el acceso a la educación y al mercado laboral, participación en la vida política, etc. En razón de lo anterior, las normas

<sup>51</sup> Particular mención merecen BOWEN y BOK (1998).

<sup>52</sup> Reconocido incluso por algunos de los defensores de la DP. Véase DWORKIN (2000b), p. 80.

tradicionales antidiscriminatorias contenidas en nuestra CP y en tratados internacionales se concentran justamente en la prohibición de diferencias en razón de tales factores.

La DP hace exactamente lo contrario, ya que utiliza esas mismas categorías para diseñar e implementar discriminaciones, con la diferencia que ahora aquellas benefician a los grupos tradicionalmente perjudicados en razón de tales criterios. De esa forma, aquellos factores se mantienen plenamente visibles en la sociedad, consolidando las líneas divisorias en torno a los mismos. Lo anterior es plenamente aplicable a todas las formas de DP y no sólo a las cuotas, ya que todas ellas suponen “an explicit consciousness of race and some degree of preference based on perceived racial identity” [*una conciencia o reconocimiento explícito de la raza y algún grado de preferencia basado en una identidad racial que se puede percibir*],<sup>53</sup> y evidentemente que lo que se predica de la raza puede extenderse al sexo, condición social, y en general a cualquiera de los factores de diferenciación que utilice la respectiva DP.

Peor aún, las medidas de DP pueden producir rechazo y malestar en la población, y en particular en los directamente perjudicados por ellas. Incluso algunos de sus defensores la catalogan como un remedio desagradable, aunque necesario.<sup>54</sup> Lo anterior es la consecuencia lógica de décadas del discurso y de la lucha pro igualdad y antidiscriminación. En la medida que las sociedades se han convencido, al menos a nivel consciente y racional, que la discriminación es algo malo, algo que hay que combatir, la aplicación de medidas de DP produce una suerte de shock. Ello por cuanto se trata de implementar nuevas formas de discriminación, la cual hemos aprendido a considerar como algo intrínsecamente malo. La paradoja es evidente: ¿cómo va a ser correcto combatir la discriminación discriminando?; ¿cómo se va a remediar una injusticia cometiendo otra?; ¿cómo es posible que el derecho a la igualdad y a la no discriminación se aplique de forma tan desigual?<sup>55</sup>

Así, por ejemplo, llevamos años convenciéndonos que hombres y mujeres son esencialmente iguales, con capacidades y talentos similares, y que los perjuicios contra las mujeres, si bien existen, deben tender a su progresiva eliminación por carecer de base racional. En este contexto, instaurar cuotas de ingreso de mujeres al trabajo o a la educación superior, u otros beneficios equivalentes,

<sup>53</sup> HUNT (2006), p. 517. Traducción libre.

<sup>54</sup> Cf. DWORKIN (2000a), p. 407.

<sup>55</sup> Paráfraseando al Juez Powel, quien señalara que “The guarantee of equal protection [norma de la constitución norteamericana que prohíbe la discriminación] cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are not accorded the same protection, then it is not equal”.

resulta inaceptable, por cuanto favorece a un grupo de la población (las mujeres) que hemos aprendido (o estamos aprendiendo) a considerar como igual a otro (los hombres).

Ciertamente la consecuencia de lo anterior es el rechazo, y en ocasiones la abierta animadversión. Dichos sentimientos hostiles pueden implicar para el grupo beneficiado por la DP un costo o retroceso aun mayor que el beneficio que se le está otorgando, sin considerar que, adicionalmente, el ambiente de esa sociedad se ha deteriorado en su conjunto, revitalizando la división entre los grupos beneficiados y perjudicados.

En definitiva, si bien la DP no es una diferencia de trato basada en prejuicios (véase sección II.2 precedente) como lo es la discriminación tradicional, ambos clases de discriminación mantienen una similitud esencial a los ojos del perjudicado. Es por ello que las medidas de DP atentan contra el discurso tradicional de la no-discriminación, haciendo objeto de resentimiento a los "nuevos privilegiados" por parte del resto de la sociedad, y de los "nuevos perjudicados" en particular.

#### **b) Disminuye estándares de instituciones que utilizan la DP para seleccionar sus miembros**

Uno de los riesgos de las políticas de DP es que aquellas prescinden de, o relativizan fuertemente, consideraciones exclusivamente meritocráticas. Si bien este último es un término cuestionado por la DP, tal y como lo analizamos en la sección correspondiente, podemos a lo menos identificar ciertos factores que en determinados contextos debieran acercarse a la idea socialmente aceptada de mérito. En síntesis, la meritocracia supone una selección fundada en la mayor adecuación objetiva del candidato en relación al lugar o posición que se pretende alcanzar. Es así, por ejemplo, como el rendimiento en la prueba PSU y las notas de enseñanza media pueden considerarse como un indicador de mérito para la entrada en la universidad. O la experiencia en un área laboral específica, los títulos universitarios y el conocimiento de idiomas ayudarían a determinar el mejor candidato para un trabajo determinado. Es cierto que los indicadores anteriores no son perfectos, incluso en el contexto puntual mencionado. Sin embargo, nos parece evidente que en la generalidad de las situaciones, ellos se acercan mucho más al ideal meritocrático y de adecuación objetiva que el uso de factores como la raza, el sexo o la condición socio-económica.

Por tanto, si bien concordamos con los defensores de la DP en que los criterios meritocráticos están sobrevalorados, no nos parece razonable postular su eliminación o reemplazo, sino más bien su complementación con factores de otra naturaleza en determinados contextos. En efecto, debe tomarse en cuenta que las consecuencias de utilizar factores de selección que se alejan de

la idea socialmente aceptable de mérito, por imperfecta que sea esta última, son considerables. Una de ellas es el resentimiento que se produce en contra de los "injustamente" beneficiados, particularmente por parte de aquellos que parecían estar objetivamente mejor calificados para el cargo o beneficio de que se trate. Nos remitimos en este punto a lo señalado en la sección precedente. En segundo lugar, el mérito otorga cierta certeza mínima de justicia y de tratamiento objetivo. Permite de esa forma excluir grandes dosis de subjetividad, prejuicio y discriminación de las decisiones de selección de personal o de asignación de bienes y beneficios, otorgando mayor claridad y certeza a quienes postulan a ellos. Eliminar, por tanto, el mérito como factor de selección, al menos en ciertos contextos, puede producir mayores perjuicios que beneficios para la causa de la igualdad.

Otra consecuencia del abandono o relajación de los criterios meritocráticos es la probable disminución de los estándares de calidad de la institución que utiliza o prioriza factores extrameritocráticos en su selección, problema central a analizar en esta breve sección.

Volvamos a nuestro ejemplo de la cuota de 40% de acceso a la carrera de ingeniería. En dicho ejemplo, el cumplimiento de la cuota obligaba a excluir 20 hombres que hubieran sido aceptados basados exclusivamente en su puntaje PSU, a favor de 20 mujeres que tomarían su puesto, quienes obviamente presentarían puntajes PSU más bajos, razón por la cual no ingresaron en un primer momento. Es evidente, por tanto, que como consecuencia de la cuota la carrera de ingeniería verá disminuido su puntaje de admisión, y que su alumnado no será de la misma calidad que aquel que hubiese tenido de no mediar la cuota. Es precisamente a este fenómeno al que se ha denominado disminución de estándares, ya que a consecuencia de la aplicación de políticas de DP se ha perjudicado la calidad de la institución que la ha implementado.

Ciertamente se podrá relativizar la idoneidad de la PSU para predecir el éxito universitario. También podrá sostenerse que la mayor diversidad en el cuerpo estudiantil podría mejorar el ambiente educativo.<sup>56</sup> Sin embargo, nada de lo anterior desmiente el simple hecho de que la carrera de ingeniería tendría mejores alumnos si no hubiese aplicado la cuota del 40% en favor de las mujeres.

Una vertiente adicional del problema antes señalado se produce en razón de que las personas que han ingresado a una institución gracias a sus políticas de DP podrían no ser capaces de hacer frente a las presiones propias del lugar al que acceden en esa institución. La razón es simple: el espacio de estas personas debiera estar siendo ocupado por otras más meritorias o capaces para ese

<sup>56</sup> VOLOKH (1996); ISSACHAROFF (1998); BREST y OSHIGE (1995).

contexto, lo cual implica que las exigencias pueden superar las capacidades de quien ingresó en razón de políticas de DP. Más aún, tales personas deben competir con otras más preparadas que ellos para tales exigencias. Así, por ejemplo, sería previsible que a las mujeres que ingresaron en virtud de la cuota del 40% a la carrera de ingeniería les sea mucho más difícil cumplir con los requerimientos académicos, las cuales han sido diseñados para personas con una PSU más alta.

La consecuencia de lo anterior es que las instituciones deben elegir: o mantienen sus políticas de DP y disminuyen los estándares de exigencia generales (no cabría, salvo transitoriamente, disminuir sólo los estándares de exigencia aplicados a los beneficiarios de DP), o mantienen tales estándares aunque ello implique la expulsión de gran parte de los aceptados en virtud del programa de DP. Ambas alternativas son insatisfactorias. O se sacrifica la calidad y competitividad de la institución (universidad, empresa, Administración Pública, etc.), o se desvirtúa completamente el programa de DP al eliminar al corto plazo todos, o la mayoría, de los aceptados en virtud de su aplicación.<sup>57</sup>

Concluimos esta sección señalando que, en razón de lo expuesto, la DP no es gratis para las instituciones que las aplican: su implementación puede redundar en perjuicios para su calidad y competitividad, así como en tremendas y en ocasiones insoportables exigencias para los beneficiados.

### **c) Consolida la visión de inferioridad respecto de los grupos discriminados**

La DP supone la existencia de grupos desfavorecidos y discriminados dentro de una sociedad, a los que se intenta integrar mediante una serie de medidas destinadas a proveerles beneficios especiales. En definitiva, la DP busca combatir arraigadas convicciones sociales en torno a la valía de ciertas categorías de personas, tales como los indígenas, las mujeres, etc. La discriminación en contra de tales grupos proseguirá en la medida que se les considere como algo distinto, como un "otro", noción que va ciertamente acompañada de la

<sup>57</sup> Hay autores que cuestionan esta disyuntiva. HOLZER y NEUMARK (2000), pp. 269-270, refutan que la aplicación de DP en la contratación de empleados afecte la competitividad de la empresa, especialmente en el mediano plazo. Otros autores como BOWEN y BOK (1998), niegan que los alumnos que ingresan a la universidad gracias a DP no sean capaces de responder satisfactoriamente a las exigencias del ambiente. Algo similar señala DWORKIN (2000a), p. 393, basado en los datos ofrecidos por BOWEN y BOK (1998). En general, quienes apoyan el argumento de diversidad cuestionan que incluir minorías disminuya la calidad de la institución respectiva, ya que la mayor diversidad produciría una serie de consecuencias benéficas que compensarían con creces, al menos en el ámbito educacional, los costos necesarios para obtenerla. Finalmente, están quienes atacan la concepción "tradicional" de mérito y su supuesta oposición con las políticas de DP. En esta materia conviene ver a MCCRUDDEN (1998).

convicción de ser superiores a ese "otro". Es así como al afirmar, por ejemplo, que la política "es cuestión de hombres", se está implicando no sólo que las mujeres son esencialmente distintas en ese contexto, sino también que son incapaces de desempeñarse exitosamente en él.

En dos palabras: la discriminación proseguirá mientras no se considere a los miembros del grupo discriminado como igualmente valiosos, capaces, talentosos, etc.

En este contexto, la DP aparece como una herramienta equívoca. Por una parte aspira a corregir patrones tradicionales de discriminación. Por otra parte, sin embargo, refuerza dichos patrones al estigmatizar a los sujetos beneficiarios de sus políticas como inferiores a quienes no gozan de ellas. De esta forma, asegura la continuación de la desvaloración del grupo desfavorecido y de la discriminación ejercida en su contra.<sup>58</sup>

Si retomamos nuestro ejemplo de la cuota para entrar a la carrera de ingeniería, el argumento anterior se plasmaría en que los hombres aceptados (y también los excluidos) considerarán a sus compañeras mujeres como "necesitadas de ayuda" para ingresar. En otras palabras, ellas habrían requerido asistencia o beneficios especiales para lograr lo que ellos obtuvieron sin ayuda. Ellas, por tanto, son menos capaces, inferiores, no-iguales.

Un efecto colateral de la DP es que crea dudas acerca de las capacidades y méritos de todo el grupo desfavorecido, y no sólo de quienes efectivamente recibieron el beneficio. En nuestro ejemplo, el estigma de inferioridad no será aplicado sólo a las mujeres que entraron gracias a la existencia de la cuota, sino a todas las mujeres de primer año, incluso aquellas que entraron exclusivamente en razón de su puntaje PSU. Lo anterior se debe a que la distinción entre los dos grupos de mujeres no es visible a simple vista, y por tanto no será evidente para el grupo masculino. En consecuencia, toda mujer de primer año es una potencial "inferior", generalizando de esa forma el estigma a todo el grupo.

Diversos autores han intentado rebatir que la DP consolide la visión de inferioridad respecto de los grupos beneficiados. Para ello se basan en cierta evidencia empírica que demostraría que los beneficiados por medidas de DP no sienten estigma alguno en razón de tales beneficios,<sup>59</sup> que se sienten felices en las instituciones a las que accedieron en razón de la DP,<sup>60</sup> y que la inmensa mayoría de los miembros de tales grupos apoya la continuación de programas de DP.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> VIVANCO (1999), pp. 183-184.

<sup>59</sup> BOWEN y BOK (1998); HUNT (2006).

<sup>60</sup> DWORKIN (2000a), p. 394, basado en BOWEN y BOK (1998).

<sup>61</sup> HUNT (2006), p. 545.

Aun aceptando las opiniones precedentes, las cuales son objeto de aguda controversia metodológica, nos parece que estas críticas yerran en lo que es la esencia del argumento del estigma social. En efecto, tales opiniones se centran en lo que perciben los miembros del grupo beneficiado, en qué tan estigmatizados se sienten ellos por parte del grupo dominante. No cabe duda que dicha perspectiva es relevante, pero no constituye el meollo central del argumento del estigma social. Lo realmente importante para este último es lo que piensan los miembros del grupo dominante o no beneficiado respecto de los miembros de comunidades tradicionalmente discriminadas. Ese es el punto central, pues es justamente la consideración social que otorgue el grupo dominante al grupo discriminado la fuente de la desvaloración que explica la discriminación. Pensémoslo a la inversa: si el grupo dominante deja de percibir como inferiores al grupo dominado, por mucho que este último continúe sintiéndose como inferior, ya no va a tener problemas de acceso a las oportunidades e instituciones, las cuales son controladas por el grupo dominante.

En razón de lo anterior, las objeciones al argumento del estigma se basan en información y evidencia que no es directamente atingente al problema en análisis. Tales objeciones requieren, por tanto, validarse empíricamente en el contexto de los grupos dominantes, demostrando que las políticas de DP no consolidan o fortalecen su percepción de inferioridad respecto de los grupos beneficiados.

## **5. No ha logrado la erradicación de patrones arraigados de discriminación**

Una de las críticas a la DP de mayor ascenso en los últimos tiempos es su fracaso para poner fin a las discriminaciones sistemáticas, no obstante sus alegados éxitos puntuales en ciertos contextos (los que también están sujetos a discusión).

El caso paradigmático es el de Estados Unidos, país que viene desarrollando variadas, masivas y amplias políticas de DP por décadas, particularmente en el acceso a universidades y el ámbito laboral, con énfasis en la incorporación de las personas de raza negra. Si bien los resultados de estas políticas son objeto de amplio debate, parece haber cierto acuerdo en que, al menos en materia de integración racial, aquellas están lejos de cumplir sus objetivos.<sup>62</sup>

Cabe destacar a este respecto que la particular naturaleza de la DP (en cuanto discriminación para solucionar discriminación) ha obligado a concebirla siempre

<sup>62</sup> VOLOKH (1996); *Gratz v. Bollinger* (2003), indirectamente *Grutter v. Bollinger* (2003).

como un mecanismo esencialmente temporal.<sup>63</sup> En la medida que los objetivos de la DP no se van logrando, sus mecanismos se extienden en el tiempo. Surgen entonces las críticas evidentes: qué sentido tiene prolongar una situación excepcional que no es capaz de cumplir con las metas que la justifican.

Este debate ha llegado incluso a la Corte Suprema de EEUU, quien pareciera haber establecido un plazo tentativo en el caso *Grutter*. En él la Corte, junto con recordar la esencial temporalidad de la DP, señala que su aceptación en el contexto de la educación superior para lograr suficiente diversidad racial, ya se extendía por 25 años, y que era de esperarse en 25 años más ya no fuera necesaria para dicha finalidad.<sup>64</sup>

Ahora bien, cuestionar la efectividad de la DP no implica negar que ésta haya tenido algunas consecuencias positivas,<sup>65</sup> pero ciertamente que el mantenimiento de las grandes diferencias raciales en EEUU cuestiona seriamente la justificación pragmática de la DP.

Finalmente, debe considerarse que existen voces minoritarias que abogan por períodos sustancialmente más largos para la vigencia de mecanismos de DP. Para ello contrastan la “modestia” de las últimas décadas de DP en relación a siglos completos de acciones afirmativas a favor de los grupos que hoy sufren las consecuencias de la DP actual. En otras palabras, después de siglos de preferencias a favor de los hombres, los blancos, etc., no es posible concebir algunas décadas de DP a favor de los grupos afectados por esas prácticas centenarias como un período inaceptablemente largo.<sup>66</sup>

## 6. Probable politización del sistema judicial

Dada la naturaleza esencialmente controvertida, particularmente desde la perspectiva jurídica, de los diversos mecanismos de DP, es esperable que tales dispositivos den lugar a abundante y publicitada litigación. Así lo confirman las experiencias norteamericana y europea.

Esa misma experiencia comparada, en particular la de Estados Unidos, demuestra que es altamente incómodo para los jueces involucrarse en estos casos, por

<sup>63</sup> BARRÈRE (1997), p. 30; FERNANDEZ (2004). Véase también la opinión de la Corte en *Grutter v. Bollinger* (2003). y la prevención de los jueces Ginsburg y Breyer, en *Grutter v. Bollinger* (2003) y *Gratz v. Bollinger* (2003).

<sup>64</sup> *Grutter v. Bollinger* (2003).

<sup>65</sup> La evidencia más elocuente en este sentido es presentada en BOWEN y BOK (1998).

<sup>66</sup> En palabras de HUNT (2006), “From a Non-White perspectiva, affirmative action has a much longer historical time line, almost the entire length of which was focused on private and public programs that channelled economic, educational, and employment preferences exclusively to Whites on the basis of race”.

cuanto se trata de juzgar la constitucionalidad de políticas públicas evolutivas y controvertidas.

En términos simples, podemos afirmar que cuando los tribunales se ven obligados a pronunciarse sobre políticas públicas, existen dos posibilidades. La primera es que sean extraordinariamente deferentes con el Gobierno-Administración (cual suele ser el caso chileno), limitándose a imponer un mínimo estándar de razonabilidad. La segunda es que decidan involucrarse más a fondo, con el peligro de hacer suyas opiniones de política partidista y de sustituir con su decisión aquella propia del Gobierno-Administración, afectando de esa forma los principios de colaboración o separación de funciones y de independencia judicial. Dentro de esta alternativa, se produce además el inconveniente de que la jurisprudencia puede variar de acuerdo a los cambios y evoluciones de las posiciones políticas en juego, y que las sentencias pueden reflejar acuerdos de mayorías inestables. A mayor abundamiento, las consideraciones de política pública pueden obscurecer significativamente aquellas propiamente jurídicas. Como resultado de lo anterior, la certeza jurídica se ve severamente afectada.

Es así como se ha sostenido en Estados Unidos que: “for the past 20 years, Justices with the critical votes in affirmative action decisions have been committed to compromise. In turn, from a conventional legal perspective, this judicial preference for compromise may be criticized for its lack of coherent principles: by failing to articulate an unequivocal approach to affirmative action, Bakke and its progeny maximize public uncertainty and foster arbitrary judicial action” *[durante los últimos 20 años, los jueces de la Corte Suprema cuyos votos eran cruciales en decisiones de discriminación positiva han optado por la búsqueda de acuerdos o consensos. Desde una perspectiva jurídica, dicha preferencia por el acuerdo o consenso puede criticarse por su falta de principios coherentes: al no haber sido capaces de articular una aproximación inequívoca a la discriminación positiva, Bakke y los casos que le siguieron maximizaron la incerteza y fomentaron las decisiones judiciales arbitrarias].*<sup>67</sup>

Es cierto que el sistema judicial norteamericano está constituido y opera de una forma completamente distinta al nuestro, y que no es extraño que la Corte Suprema de EEUU se involucre fuertemente en materias de política pública. No obstante lo anterior, la naturaleza altamente polémica y jurídicamente discutible de la DP, unida a sus equívocas y opuestas invocaciones a los valores de justicia e igualdad, nos recomiendan ser extremadamente cautos en esta materia.

<sup>67</sup> BYBEE (2000), p. 264. Traducción libre.

## V. Conclusiones

1. La discusión acerca de la DP nos obliga a ir más allá de una visión formalista del derecho, preguntándonos acerca del respeto en la realidad cotidiana de valores y principios tan fundamentales como la igualdad, la justicia y el bien común. Del mismo modo, se trata de un debate que nos invita a derribar mitos firmemente establecidos, tales como la supuesta objetividad y univocidad de la meritocracia, o la neutralidad aséptica del ordenamiento jurídico en materia racial, sexual, religiosa, entre otras.

2. La DP nace como un esfuerzo por superar la frustración producida por el divorcio existente entre las normas constitucionales y legales que aseguran la igualdad de oportunidades y prohíben la discriminación, y la injustificable situación de sectores que son víctimas de discriminaciones sistemáticas. Este fracaso de las herramientas jurídicas tradicionales se explica, al menos en parte, por las características propias de la discriminación, e.g., su vinculación a prejuicios no siempre conscientes e inveterados; su evolución constante, y su difícil identificación en el contexto normativo.

3. Si bien existen importantes razones a favor de la DP, fundamentalmente su contribución a la igualdad de oportunidades y al mayor bien común, consideramos que adolece de serias deficiencias y que puede causar problemas mayores a sus aportes.

4. El principal defecto de la DP es que supone necesariamente víctimas, i.e., individuos que se verán postergados y discriminados en favor de personas pertenecientes a grupos que son objeto de discriminación sistemática. Ello hace que sea muy difícil reconciliar a la DP con el bien común, el cual supone el bien de todos y cada uno de los individuos (incluyendo a las víctimas de la DP) y el pleno respeto a sus derechos fundamentales.

5. Por buenas que sean las intenciones, el fin no justifica los medios, y la DP es una herramienta que presenta severas imperfecciones. Entre ellas destacan:

- a) su confusión en cuanto a las finalidades que persigue;
- b) la consideración exageradamente simplista de la persona en cuanto sólo toma en cuenta una de sus dimensiones. Lo único relevante es su raza, sexo, religión, etc.;
- c) enfrenta serios problemas de focalización, lo que puede derivar en el beneficio de quienes no lo necesitan y el perjuicio de otros necesitados;

- d) produce consecuencias negativas: exacerba odios y divisiones entre beneficiados y perjudicados por ella, puede disminuir la calidad de las instituciones que la aplican, y refuerza la visión de inferioridad de los grupos beneficiados;
- e) su fracaso en la erradicación de discriminaciones sistemáticas y arraigadas (caso de EEUU), y
- f) puede promover la politización de los tribunales de justicia llamados a resolver acerca de su jurisdicción.

6. Un análisis jurídico acerca de una medida concreta de DP, por lo tanto, deberá hacerse cargo de estas imperfecciones, sopesándolas en el caso particular, y articulando un marco teórico que permita evaluar la legitimidad de la limitación de los derechos fundamentales de las víctimas.

7. Las cuotas son la forma más nociva de DP, ya que constituyen un mecanismo excesivamente rígido, que no admite compromiso alguno, afectando con particular fuerza los derechos de las víctimas. Adicionalmente, reniega de la individualidad multidimensional de toda persona, llevando al extremo el reduccionismo propio de la DP, en cuanto a tomar en consideración sólo la variable sobre la que se construye la cuota (raza, sexo, etc.).

## Bibliografía

### 1. Libros

ADERSON, Terry (2004): *The Pursuit of Fairness: a History of Affirmative Action* (New York, Oxford University Press), 320 pp.

BARRÈRE UNZUETA M<sup>a</sup> Ángeles (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres* (Madrid, Editorial Civitas) 123 pp.

CEA, José Luis (2002): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). 2 Tomos.

DWORKIN, Ronald (2000): *Sorveing Virtue*, segunda edición (Cambridge, Harvard University Press), 511 pp.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2004): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, LexisNexis), 363 pp.

GREEN, Philip (1998): *Equality & Democracy: a new press back-to- Basics Book* (New York, The new press), 238 pp.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) (Vigésimasegunda edición, edición especial para Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., Buenos Aires) 2 Tomos.

SCHMITT, Carl (1971): *Legalidad y Legitimidad* (Madrid, Editorial Aguilar), 171 pp.

SILVA, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 11 Tomos.

BOWEN y BOK (1998): *The Shape of the River*, segunda edición (New Jersey, Princeton University Press), 472 pp.

## 2. Artículos

AYRES, Ian, y VARS, Frederick E. (1998): "When Does Private Discrimination Justify Public Affirmative Action?", *Columbia Law Review*, Vol. 98, N° 7: pp. 1577-1641.

BREST, Paul, y OSHIGE, Miranda (1995): "Affirmative Action for Whom?" *Stanford Law Review*, Vol. 47, N°. 5: pp. 855-900.

BROWN, Joseph, SJ (2004): "Affirmative Action Symposium", *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 28: p. 522.

BYBEE, Keith (2000): "The Political Significance of Legal Ambiguity: The Case of Affirmative Action", *Law & Society Review*, Vol. 34, N° 2: pp. 263-290.

DONOSO, Sebastián (2001): "Políticas de Tierra Bajo La Ley Indígena: Un Análisis Crítico", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Vol. 5: pp.195-223.

DWORKIN, Ronald (2000): "Affirmative Action: Is It Fair", *The Journal of Blacks in Higher Education*, Vol. 28: pp. 79-88.

FORDE-MAZRUI (2004): "Taking Conservatives Seriously: A Moral Justification for Affirmative Action Reparations", *California Law Review*, Vol. 92: pp. 685-753.

HART, John (1974): "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination", *The University of Chicago Law Review*, Vol 41: pp. 723-741.

HOLZER y NEUMARK (2000): "What does Affirmative Action Do?", *Industrial and Labor Relations Review*, Vol 53, N° 2: pp. 240-271.

ISSACHAROFF, Samuel (1998): "Can Affirmative Action be Defended?", *Ohio State Law Journal*, Vol 59: pp. 669-693.

MCCRISTAL, Jerome (1994): "Color Blind Remedies And The Intersectionality Of Opresión: Policy Arguments Masquerading As Moral Claims", *New York University Law Review*, Vol. 69: pp. 162-196.

MCCRUDEN, Christopher (1998): "Merit Principles", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, N° 4: pp. 543-579.

RIVERA, Jorge Eduardo (1993): "Igualdad de Bienestar Versus Igualdad de Recursos: Algunos Comentarios Sobre la Discusión y sus Implicancias", *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 38: pp. 413-426.

SQUELLA, Agustín (1995): "Los Conceptos de Igualdad", *Análisis de Filosofía Jurídica y Social: Derecho y Modernidad*, Vol. 13: pp. 421-447.

TETLOCK, Philip, y GREGORY, Mitchell (2006): "Antidiscrimination Law and the Perils of a Mindreading", *Ohio State Law Journal*, Vol. 67: pp.1023-1121.

VALLE ACEVEDO, Aldo (1973): "Discriminación Inversa o Desfiguración de la Igualdad: una reflexión liberal y progresista", *Revista de Ciencias Sociales* Vol. 38: pp.459-487.

VIVANCO, Ángela (1999): "La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿de qué igualdad estamos exactamente hablando?", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 1: pp.173-186.

VOLOKH, Eugene (1996): "Diversity, Race as Proxy, and Religion as Proxy", Vol. 43. *UCLA L. Rev.* 2059.

ZÚÑIGA, Francisco (2002): "Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional", *Análisis de Filosofía Jurídica y Social: Sobre La Cultura Jurídica Chilena* Vol. 20: pp. 237-260.

### 3. Jurisprudencia

*Gratz et al. v. Bollinger et al.* (2003): U.S. Supreme Court, 23 de junio de 2003, Rol 539 U.S. 244 (Certiorari to the United States Court of Appeals for the sixth circuit).

*Grutter v. Bollinger et al.* (2003): U.S. Supreme Court, 23 de junio de 2003, Rol 539 U.S. 306 (Certiorari to the United States Court of Appeals for the sixth circuit).

*Parents involved in community school v. Seattle School District N° 1* (2007): U.S. Supreme Court, 28 de junio de 2007, Rol 551 U.S. (Certiorari to the United States Court of Appeals for the ninth circuit).

*Plessy v Ferguson* (1896): U.S. Supreme Court, 18 de mayo de 1896, Rol: 163 U.S. 537 (Error to the Supreme Court of the state of Louisiana).

*Regents of the University of California v. Bakke* (1978): U.S. Supreme Court, 28 de Junio de 1978. Rol: 438 U.S. 265 (Certiorari to the Supreme Court of California).

*Servicio Nacional del Consumidor v. Centro de Salud y Recreación Gunther Mund y Compañía Limitada* (1993): Corte Suprema, 6 de enero de 1993, Rol 621 (Discriminación Arbitraria, Prohibición Entrada a Lugar Público, Negativa Injustificada a Prestar Servicio).

### 4. Otras fuentes

Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el Mundo Actual (Concilio Vaticano II).