

LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

CONSTITUTIONAL EQUALITY IN THE NEW CONSTITUTION

*José Manuel Díaz de Valdés J.**

RESUMEN: El texto entrega sugerencias para la regulación de la igualdad en la nueva Constitución. Considerando la equivocidad y vacuidad de la igualdad, sugerimos complementar la noción tradicional y explicitar su vinculación a la dignidad. Luego, invitamos a conservar la proclamación fundamental de igualdad entre los seres humanos, así como la fórmula general antidiscriminatoria por su amplitud y flexibilidad, y la protección de la igualdad en forma autónoma y no parasitaria a otro derecho. Proponemos, también, incluir la multidiscriminación y la acomodación razonable, y más controversialmente, la discriminación positiva y la discriminación entre privados. Finalmente formulamos algunas advertencias.

PALABRAS CLAVES: Igualdad, discriminación, nueva Constitución, multidiscriminación, acomodación razonable.

ABSTRACT: This work provides some hints on how to the new constitution should deal with equality. Considering its multiple meanings and its vacuity, the traditional notion of equality should be supplemented and its link with dignity expressed. The fundamental proclamation of equality between human beings should be preserved, as well as the general antidiscrimination formula because of its broad scope and flexibility, and also the protection of equality as a right on its own. It also suggests the inclusion of multidiscrimination and reasonable accommodation, and more controversially, affirmative action and private discrimination. Finally, it advances some warnings.

* Doctor en Derecho, University of Oxford. Máster en Derecho, Harvard University. Máster en Derecho, University of Cambridge. Magíster en Derecho Público con mención de Derecho Constitucional y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jdiazvaldes@udd.cl

KEYWORDS: Equality, discrimination, new Constitution, multidiscrimination, reasonable accommodation.

INTRODUCCIÓN

La demanda por una mayor igualdad se ha invocado como una de las grandes aspiraciones ciudadanas que justificarían el cambio constitucional. Sin embargo, a la fecha existe escasa discusión acerca de los contenidos específicos de igualdad que el nuevo texto debiera recoger, más allá de referencias genéricas o relacionadas a contenidos conexos, como los derechos sociales y económicos.

Con el presente trabajo pretendemos contribuir a esta discusión, señalando de manera esquemática y concreta, nuestra visión acerca de cómo el nuevo texto constitucional debiera abordar y regular la igualdad.

Lo hemos dividido en cuatro secciones: Comenzaremos recordando algunas consideraciones que deben tenerse presente a la hora de enfrentar el tema de la igualdad constitucional. A continuación, destacaremos algunos contenidos actuales que debieran mantenerse en un futuro texto constitucional. Luego, analizaremos contenidos que podrían agregarse a los presentes en la Constitución de 1980, así como algunos que debieran evitarse. Finalizaremos con las conclusiones correspondientes.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Complejidades de la igualdad constitucional: equivocidad y vacuidad

Equivocidad

La primera dificultad inherente a la igualdad es la equivocidad: se trata de un término que puede significar cosas muy distintas, las que pueden o no coincidir en una situación particular. Así, por ejemplo, podemos enfocarnos en la igualdad de trato, de oportunidades, de respeto y consideración o de resultados. También podemos distinguir entre la igualdad individual o grupal, o entre la igualdad intergrupal o intragrupal, etc. En otros trabajos hemos distinguido, también, entre la igualdad tradicional o aristotélica (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales), la igualdad de derechos, la igualdad como no subordinación y la igualdad *de facto* o material.

Las clasificaciones son múltiples. Lo relevante es comprender que la igualdad es un término sumamente complejo, y por lo mismo:

- Su regulación constitucional podrá asumir o consagrar, con mayor o menor explicitud, uno o varios tipos de igualdad.
- La interpretación concreta del texto constitucional probablemente responderá, al menos en parte, al tipo de igualdad que el intérprete crea –o quiera– ver en él.
- No es posible evitar que, en su aplicación a situaciones concretas, se produzcan conflictos entre distintas nociones de igualdad.

Por lo mismo, sería importante que al redactarse la cláusula sobre igualdad constitucional, se tuviera claridad –que ojalá se precise en el texto– sobre los siguientes puntos:

- Quién es el obligado por el mandato de igualdad (Estado, legislador, particulares, etc.), sabiendo que, en general, a mayor amplitud menor expectativa de exigibilidad.
- Qué conexión se establecerá entre igualdad y ley (en la ley, ante la ley, en su aplicación, etcétera).
- Cuál será la relación entre cláusulas generales y especiales de igualdad (*e.g.*, igualdad tributaria, de acceso a los cargos públicos): ¿se tratará de simples iteraciones o, más bien, de un complemento?, ¿producirán efectos diversos?, ¿existirán elementos específicos y propios de las igualdades especiales?
- Qué sentido –o sentidos– sustantivo(s) se otorgará(n) a la igualdad, cuestión que apunta a la clasificación antes mencionada entre igualdad aristotélica, de derechos, como no subordinación y de facto/material.

En síntesis, la equívocidad inherente de la igualdad obliga a ser humildes, reconociendo que el texto constitucional no podrá resolver este problema. En cuanto a la diversidad de contenidos sustantivos, nuestra propuesta sería mantener una firme raigambre en la igualdad constitucional tradicional/aristotélica, incorporando elementos de otras nociones de igualdad que permitan su aplicación flexible, particularmente por los tribunales de justicia.

Vacuidad

La segunda dificultad de la igualdad constitucional es su vacuidad, esto es, carece de un contenido propio y real más allá del solo relacional. En efecto, se trata solo de una relación entre dos entidades de acuerdo con un criterio de comparación. El componente sustantivo, que sirve para guiar la aplicación y las exigencias de la igualdad constitucional, debe buscarse en otros valores, tales como la justicia y la dignidad (*e.g.*, igualdad justa, igualdad como exigencia de la dignidad, etcétera).

En consecuencia, nuestra sugerencia sería doble:

- Recordar siempre que la Constitución es un orden sistemático y coherente de valores y principios, y no solo un conjunto de reglas

autónomas. Así, los valores que impregnen en el texto constitucional en forma expresa (los implícitos no operan con igual fuerza y claridad), podrán y deberán ser utilizados para dar un contenido específico a la igualdad constitucional.

- Vincular la igualdad expresamente a la dignidad humana, en cuanto valor preeminente que debiera servir de clave interpretativa y de aplicación de la igualdad. Si bien la dignidad es un concepto que presenta dificultades de interpretación y aplicación, su uso en el derecho comparado es creciente y prometedor. Más aún, la doctrina y la jurisprudencia nacional ya han comenzado a reconocer su potencialidad en el derecho nacional.

La igualdad no es sólo un derecho

Es importante recordar que la igualdad no es solo un derecho, sino que, también, opera como principio, valor e, incluso, como deber estatal. Las funciones de estas diversas aristas de la igualdad son distintas y complementarias.

En cuanto principio o valor, la igualdad sirve como un estándar de evaluación y legitimación de normas y actos jurídicos, como inspirador de los mismos, y también como criterio de interpretación.

En cuanto derecho, la igualdad puede ser coactivamente protegida e impuesta por los tribunales de justicia. De esta forma, establece límites efectivos a la actividad de las autoridades públicas, así como también obligaciones concretas de actividad (promoción, respeto, etc.). Asimismo, en virtud del efecto horizontal de los derechos fundamentales, esta noción de igualdad puede extender su exigibilidad a otros particulares.

Por último, en cuanto deber, por lo general identifica y prioriza la acción estatal en torno a ciertas dimensiones particulares de la igualdad o, bien, a la superación de algunas formas específicas de desigualdad. Así, permite guiar con mayor precisión la actividad del Estado.

LO QUE DEBE CONSERVARSE DE LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ACTUAL

La proclamación fundamental de igualdad:
“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

La Constitución de 1980 comienza señalando: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. A nuestro juicio, esta frase es prácticamente intangible, y debe mantenerse en cualquier Constitución futura, por dos razones principales.

En primer término, por su importancia cardinal. En efecto, aquella consagra una opción radical y trascendental, cual es considerar a los seres humanos como iguales en esencia. Esto no es un elemento que deba darse por supuesto: en la realidad existen muchas y relevantes diferencias entre las personas. Sin embargo, a pesar de todas ellas, el constituyente adopta una decisión que es vinculante para todo el ordenamiento jurídico: las personas son inherente y sustancialmente iguales. De ello se sigue que el trato que deba darles ese ordenamiento será, como regla generalísima, igual, y que las excepciones al mismo deban ser justificadas.

Nótese, además, que la disposición transcrita vincula la igualdad no solo a los derechos, sino, también, a la dignidad, esto es

“la calidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”.

Por tanto, la proclamación en comento implica reconocer que todas las personas son igualmente valiosas, que todos compartimos una calidad común, y que ello nos permite exigir un trato igualitario. Nada de esto debiera alterarse en una nueva Constitución.

En segundo término, esta proclamación es patrimonio del constitucionalismo occidental. En efecto, el texto del art. 1 inciso 1° de la Constitución actual proviene, casi textual, de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Del mismo modo, reitera contenidos propios de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948.

En síntesis, la proclamación recogida en la primera frase de la Constitución debe mantenerse, en cuanto piedra angular de nuestro sistema jurídico y político como, también, del constitucionalismo occidental.

La prohibición general de la discriminación arbitraria

Nuestra Constitución actual establece en su art. 19 n.º 2 que: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Esta fórmula es un gran acierto del texto constitucional vigente, tanto por su cobertura como por su flexibilidad.

Amplia cobertura

En derecho comparado existen diversas consagraciones normativas de la prohibición de la discriminación. En varios casos, esta prohibición ha sido gradual y creciente, ya sea en torno a ciertas características (*e.g.*, raza, sexo, religión) o ámbitos (laboral, derecho del consumidor, etc.). En consecuencia,

estos sistemas cuentan con sistemas fragmentarios de protección, que solo garantizan un amparo o defensa parcial.

La disposición constitucional, en cambio, ofrece una protección de amplia cobertura. Aquella prohíbe cualquier distinción arbitraria, sin que sea necesario que la persona discriminada pertenezca a un grupo desaventajado específico, o a grupo alguno. Tampoco se requiere que la distinción se produzca en ciertos ámbitos de la realidad (con la salvedad que veremos de la discriminación entre privados). Así, el foco del análisis, bajo el texto actual, es si existió una distinción injustificable, no si la víctima o la situación pueden reconducirse a hipótesis específicas de factores o ámbitos de discriminación. Por lo mismo, la protección ofrecida es mucho más amplia.

Flexibilidad

El análisis sobre si un acto o conducta es discriminatorio es siempre contextual. Los elementos de la situación fáctica particular son determinantes. Por lo mismo, la labor del juez en casos de discriminación es esencial e irremplazable.

Dado lo anterior, la Constitución y la ley pueden entregar orientaciones al juez, pero siempre respetando la naturaleza concreta y *ad casum* de su razonamiento. En Chile, el texto de la actual Carta ha permitido el desarrollo de una práctica judicial muy extendida, y respaldada de manera reiterada por la doctrina. Esta consiste en considerar que, cuando la Constitución prohíbe toda diferencia arbitraria, lo que hace es establecer un estándar o exigencia de racionalidad. Así, no toda diferencia de trato sería inconstitucional, sino solo la que es irracional, caprichosa o no justificada. Si bien estos términos gozan de un contenido normativo, entregan al juez la libertad y soltura necesaria para apreciar los hechos de la causa, determinando caso a caso si la distinción impugnada es o no racional o justificada.

No obstante, cabe reconocer que el estándar de racionalidad puede resultar excesivamente indeterminado, así como demasiado permisivo. Al menos respecto del primero punto, un avance importante ha sido el desarrollo por parte del Tribunal Constitucional de un test de racionalidad, que operativiza el estándar descrito en torno a tres elementos fundamentales, los cuales deben ofrecer una relación directa y sustancial: el contenido específico de la diferencia, su finalidad y el criterio para determinar a quién se aplica.

La autonomía de la igualdad

La igualdad es un derecho en sí mismo, en consecuencia, su sola vulneración importa una infracción constitucional que debe ser corregida. La Constitución de 1980 así lo entendió, permitiendo la interposición de un recurso de

protección (art. 20 de la Constitución) por la sola violación del art. 19 n.º 2, que es el que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley.

Nos apartamos así, de manera virtuosa, de la noción prevalente en el texto de diversos tratados internacionales –y de la misma Ley n.º 20609, que Establece Medidas Contra la Discriminación–, los cuales no consideran a la igualdad como un derecho autónomamente exigible. Por el contrario, estos textos exigen, para que exista discriminación, que el acto en cuestión infrinja, de forma adicional y simultánea, otro derecho fundamental.

En otra parte hemos explicado las negativas consecuencias de lo anterior. Baste aquí decir que en esto no debe existir retroceso: la igualdad ante la ley es y debe protegerse como un derecho en sí, y no en una suerte de relación parasitaria con otro derecho fundamental. Ello degrada la igualdad y limita las posibilidades de protección frente a situaciones abiertamente discriminatorias, cuando su impacto sobre otros derechos no es tan evidente o contundente.

CONTENIDOS QUE PODRÍAN AGREGARSE

Existen múltiples posibilidades de innovación en materia de igualdad constitucional, tales como la inclusión expresa del estándar de racionalidad o la incorporación de un estatuto especial para pueblos originarios. En este capítulo, propondremos de manera breve dos cambios que debieran ser pacíficos, para, luego, concentrarnos en dos modificaciones particularmente complejas.

Modificaciones propuestas: multidiscriminación y acomodación razonable

El desarrollo del derecho antidiscriminatorio ha dado lugar a una serie de conceptos y nociones útiles en el combate contra la discriminación. Postulamos la incorporación de al menos dos de estas nociones en la nueva constitución.

Mandato estatal prioritario sobre la multidiscriminación

Dada la variedad de discriminaciones existentes en cualquier sociedad, creemos que la constitución puede ordenar cierta prioritización en la labor estatal para su combate y superación. De esta forma, proponemos la inclusión de un deber, dirigido a los órganos del Estado, de priorizar el combate contra la multidiscriminación.

La multidiscriminación es la que sufre una persona que pertenece simultáneamente a más de un grupo desaventajado, por ejemplo, las mujeres migrantes haitianas. Este tipo de discriminación no solo tiende a ser la más grave, sino que es en particular difícil de identificar, visibilizar y combatir. En efecto, las políticas antidiscriminación se centran, por lo general, en un solo factor (como el sexo o la etnia), olvidando la situación de personas sujetas a múltiples discriminaciones.

Al agregar un deber como el señalado, se obliga al Estado a abordar un problema que tiende a ignorar y, también, se destaca la existencia ciertos subgrupos dentro de los grupos desaventajados, que se encuentran en particular desprotegidos. Tales subgrupos presentan dificultades y necesidades especiales que requieren soluciones particulares.

Tratándose de un deber impuesto a todos los órganos del Estado, se comprendería no solo la labor del legislador, sino, también, la del juez y, en especial, la de la Administración, mediante el desarrollo y aplicación de políticas públicas focalizadas en estos grupos sobre todo vulnerables.

Mandato de promoción de la acomodación razonable

La acomodación o ajustes razonables, es una técnica que permite evitar la discriminación arbitraria mediante la modificación de ciertas situaciones, o la relajación de reglas de aplicación general, de forma de incluir o incorporar a personas que presentan alguna diferencia que, de no mediar la acomodación, quedarían excluidas. Por ejemplo, se permite a judíos observantes cambiar sus turnos de trabajo para poder cumplir con el Sabbath.

El objetivo es lograr un acuerdo que, mediante una flexibilidad que no sea demasiado onerosa, permita la inclusión de la persona “diferente”. Un punto central de la acomodación es que ella debe ser razonable, cuestión que, en definitiva, determinan los tribunales, y que normalmente se ha entendido como la no imposición de requerimientos excesivos o perjudiciales, lo que debe determinarse en cada caso concreto.

La acomodación razonable es una técnica muy valiosa para la solución de conflictos sobre discriminación, máxime cuando estos surgen entre privados. Primero, porque en lugar de enfrentar la dificultad como un conflicto en que necesariamente deberá prevalecer una de las partes, se la enfoca como un desafío común, el cual puede superarse mediante el diálogo y la colaboración de las partes. Segundo, por cuanto se trata de una técnica muy efectiva, ya que soluciona el problema del afectado en forma personalizada y adecuada a su situación concreta, permitiendo su real inclusión. Tercero, porque estimula la creatividad y la responsabilidad de las partes, adoptando

soluciones que no son siempre costosas, o que pueden constituirse en verdaderas inversiones en pos de una mayor productividad. Cuarto, por cuanto además del beneficio individual, las acomodaciones razonables producen una serie de beneficios en el ámbito social, tanto económicos como expresivos e, incluso, culturales.

En el ámbito estatal, la acomodación razonable permite enfocar al Estado en los valores de la tolerancia y la diversidad, superando una visión excesivamente homogeneizante e interventora.

En definitiva, las acomodaciones razonables son una técnica del derecho antidiscriminatorio que presenta múltiples aspectos positivos. En Chile, aquella se encuentra en proceso de recepción, pero solo en relación con la discapacidad (art. 8° de la Ley n.° 20422 y art. 154 n.° 7 del *Código del Trabajo*). Por lo mismo, nos parece que su consagración constitucional, en cuanto un mandato de promoción al Estado, permitiría avanzar de forma decidida en su implementación a la realidad nacional.

*Modificaciones complejas:
discriminación arbitraria y discriminación entre privados*

Discriminación positiva

La discriminación positiva es el trato especial y beneficioso que se otorga a miembros de grupos desaventajados, con el objetivo de incrementar su presencia en contextos en que se encuentran subrepresentados.

Este fenómeno surge como una respuesta excepcional del derecho para erradicar discriminaciones sistémicas y persistentes, y varía tanto en su ámbito de aplicación (educacional, laboral, electoral, etc.) como en su intensidad. Esto último es muy relevante, ya que existen formas de discriminación positiva “suaves” que no causan mayor controversia, tales como programas especiales de capacitación para ciertos grupos. Otros mecanismos, en cambio, son “fuertes” y originan agudas controversias, cual sería el caso de las cuotas para mujeres en los directorios de las empresas.

No podemos aquí revisar los argumentos a favor o en contra de la discriminación positiva, cuestión que ya hemos abordado. Lo que queremos dilucidar es si sería aconsejable incorporar alguna provisión expresa en la nueva Constitución que verse sobre ella.

En términos generales, la discriminación positiva suele utilizar como fuentes normativas tanto el derecho internacional como normas internas de rango legal. Un ejemplo del primer caso es el de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo art. 4° señala que las

“medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención”.

Existe consenso que tales medidas comprenderían la discriminación positiva, la que sería entonces permisible, además de compatible con la prohibición general de la discriminación.

A su vez, un ejemplo de discriminación positiva creada por una norma interna de rango legal, sería la cuota de sexo o género incluida en la Ley n.º 18700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios (art. 3º bis y art. 23 transitorio). Aquella establece un máximo del 60% para cada sexo/género en las listas electorales durante cuatro elecciones generales parlamentarias. Esta figura se complementa con una cuota similar para los órganos colegiados de los partidos, así como con la entrega a aquellos de fondos en especial destinados a fomentar la participación femenina (arts. 23 y 33 bis de la Ley n.º 18603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos).

Otro ejemplo en Chile lo constituye la cuota laboral del 1% en favor de las personas discapacitadas, establecida por el art. 45 de la Ley n.º 21015, que Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral.

La existencia de las normas legales antes mencionadas, unida a la revisión de algunas de ellas por parte del Tribunal Constitucional, parecieran atestiguar la recepción –así como la constitucionalidad– de a lo menos algunas formas de discriminación positiva en nuestro derecho.

A estos antecedentes debe agregarse la reforma constitucional por la cual se incorporó la “paridad de género” al proceso constituyente. Esta medida es muy diferente a las anteriores, ya que se trata de una cuota de resultados y no solo de medios (cuota electoral propiamente tal).

A pesar de los ejemplos de discriminación positiva descritos, existen razones que harían aconsejable la recepción expresa del mecanismo en cuestión en el articulado permanente de la nueva Constitución. En primer término, las medidas de discriminación positiva –al menos las más intensas– continúan siendo muy controversiales, y su constitucionalidad sigue siendo debatida, tanto en Chile como en el extranjero. En efecto, aquellas representan una forma no tradicional de entender la igualdad constitucional y la no discriminación, estableciendo desigualdades con el objetivo de lograr una mayor igualdad entre grupos de la sociedad. Así, la igualdad de trato se repliega, en razón de un fin último de no subordinación de ciertos grupos, y de lograr una mayor igualdad de oportunidades en la vida real de las personas. Estas aproximaciones a la igualdad, sin embargo, no responden al común entendimiento del concepto en nuestro sistema, sólidamente cimentado sobre la igualdad de trato.

Adicionalmente, estos mecanismos no son solo benevolentes. Alguien sufre sus consecuencias, esto es, habrá individuos que se verán postergados en favor de personas pertenecientes a los grupos beneficiarios. En el caso de la cuota, alguien tiene que ceder su cupo a quien resulta favorecido por ella. Así, surgen dudas acerca de la compatibilidad de la discriminación positiva con nuestro concepto constitucional de bien común, el cual supone el bien de todos y cada uno de los individuos (incluyendo a los perjudicados por estos mecanismos). Más aún, el bien común constitucional exige “el pleno respeto a los derechos fundamentales”, en circunstancias que las diversas formas de discriminación positiva pueden afectar distintos derechos. Así, por ejemplo, las cuotas electorales podrían afectar los derechos a elegir y a ser elegido, mientras que una cuota en los directorios de empresas podría afectar la libertad de asociación, la libre iniciativa económica y la propiedad.

En definitiva, la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva continúa siendo dudosa. En consecuencia, si en realidad vamos a incorporar este fenómeno al derecho chileno, sería conveniente hacerlo en el ámbito constitucional, de forma de eliminar las dudas –y la litigación– acerca de su constitucionalidad. El ejemplo más claro a este respecto es el francés, donde se modificó la Constitución para poder incorporar leyes de paridad electoral. Otros países que han incorporado la discriminación positiva a su texto constitucional son Argentina (arts. 37 y 75 n.º 23); Ecuador (art. 11) y Venezuela (art. 21.2). También existen casos en que la recepción en el texto constitucional es algo ambigua, tales como los casos de Sudáfrica (art. 9.2) y la India (art. 15).

En segundo lugar, la nueva Constitución podría determinar el ámbito de aplicación de la discriminación positiva. En efecto, si este mecanismo es una herramienta excepcional que sirve para combatir discriminaciones sistémicas y severas existentes en una sociedad, podría ser conveniente que el propio texto constitucional identifique cuáles serían tales discriminaciones. Esta determinación puede ocurrir de acuerdo con dos ejes principales. El primero es definir el rasgo personal que se permitirá utilizar para discriminar de forma positiva, es decir, el sexo, la raza, la religión, etc. Evidentemente, no todos los grupos adolecen de discriminaciones graves en todas las sociedades, y la Constitución podría servir para identificar qué grupos en realidad requieren protección especial en Chile. El segundo eje es el ámbito de aplicación. El texto constitucional puede autorizar la discriminación positiva en forma general, o acotarla a ciertas áreas, tales como la electoral, laboral o educacional.

En tercer término, la regulación constitucional de la discriminación positiva permitiría discutir la conveniencia de establecer algunos criterios de permisibilidad a la misma, descartando así las posibilidades más contro-

versiales. Tres posibles criterios a este respecto serían la neutralidad, la temporalidad y la flexibilidad.

Por neutralidad, nos referimos a que la medida sea redactada en términos tales que permita su eventual aplicación a los diferentes grupos involucrados, y no quede rígida y exclusivamente vinculada a un grupo. Sería la situación de la cuota electoral chilena, la que establece límites máximos en beneficio de ambos sexos/géneros y no solo de las mujeres. Si bien la neutralidad no siempre es aplicable (piénsese, por ejemplo, en los beneficios para los discapacitados), constituiría un mandato para aquellas situaciones en que sí se podría utilizar.

En cuanto a la temporalidad, responde a la noción de que estas medidas son excepcionales, y como tal, deben ser limitadas en el tiempo. De nuevo invocamos el ejemplo de la cuota electoral, la que estará vigente solo durante cuatro elecciones generales parlamentarias, cesando en 2029. Cabe sí agregar dos comentarios en esta materia. El primero es que una crítica extendida a los mecanismos de discriminación positiva consiste en afirmar que aquellos tienden a perpetuarse en el tiempo, y que aun cuando existan “cláusulas de cierre” en la ley respectiva (como la nuestra), estas son pospuestas o renovadas cuando están próximas a cumplirse. El segundo comentario es que, en algunos contextos, se ha planteado que las medidas en cuestión no tendrían que ser temporales, sino permanentes. Es el caso de Francia, donde algunos han defendido a la paridad electoral como un elemento estable de una nueva forma “sexualmente balanceada” de concebir la democracia.

La flexibilidad tiene relación con la adopción de modalidades que impidan la aplicación virtualmente “automática” o “irreflexiva” de la discriminación positiva, la que excluye la consideración de factores relevantes de mérito, contexto, etc. Distinguimos dos elementos a este respecto. Por una parte, siguiendo cierta jurisprudencia europea y estadounidense, se evita la aplicación mecánica del beneficio en cuestión, integrando dentro de la matriz de análisis una serie de consideraciones de la persona individualmente concebida (antecedentes, test de habilidades, etc.). Así, por ejemplo, en vez de otorgar una cuota automática de ingreso a la universidad para personas pertenecientes a pueblos originarios, se considera esta identidad dentro de otros factores, tales como las notas de enseñanza media, la aptitud psicológica, etc., realizando así un análisis personalizado del beneficiario. Nótese que esta modalidad de flexibilización permite conciliar la discriminación positiva con la noción de mérito. Si bien el mérito posee un contenido indeterminado y discutible, su valoración como elemento de la igualdad de oportunidades permite reducir controversialidad que rodea a estas herramientas.

Una segunda forma de flexibilidad apunta a la incorporación de mecanismos de discriminación positiva que intervengan en los procesos de asignaciones de bienes o beneficios, pero no de forma directa en el resultado

de los mismos. Así, por ejemplo, la cuota electoral ya mencionada afecta el proceso: asegura que los electores tengan mayor variedad de candidatos en relación a su sexo/género, pero no asegura que el resultado de la elección sea totalmente balanceado. En contraste, una cuota de ingreso a la universidad afecta de manera directa la asignación de ese bien, aumentando su controversialidad y la sensación de agravio de quienes se ven justo afectados por la medida. Otro ejemplo es la paridad aprobada para la Convención Constituyente, la cual constituye una invasión severa de la libre decisión democrática. Es así como estas cuotas no se utilizan en el mundo democrático occidental, sino que en países como Afganistán, Arabia Saudita, China o Sudán.

En cuarto lugar, la regulación constitucional de la discriminación positiva permitiría identificar los fines que debiera perseguir en nuestro sistema jurídico. En efecto, parte importante de la discusión en torno a este fenómeno tiene relación con sus fines, los que pueden ser diversos y, en ocasiones, sobreponerse e, incluso, ser parcialmente contradictorios. Entre ellos, los más invocados son:

- i) compensar por la discriminación sufrida históricamente por ciertos grupos, cuyos miembros continúan siendo afectados por sus consecuencias;
- ii) combatir la discriminación actual experimentada por ciertos grupos desaventajados;
- iii) solucionar la subrepresentación de ciertos grupos en determinados contextos, ya sea para por razones de redistribución, reconocimiento o utilidad social;
- iv) promocionar la diversidad (particularmente en el ámbito educacional), lo cual supone la presencia de un número mínimo de representantes de un grupo que le permitan actuar como tales y expresar su visión (lo que se ha denominado, la “masa crítica”;
- v) la formación de líderes que sirvan de modelos hacia la mayor integración social y
- vi) la superación de estereotipos y la mayor cohesión social.

La identificación constitucional del fin (o de los fines) propios de la discriminación positiva sería importante por dos órdenes de razones. Por una parte, obligaría a abordar el debate de fondo latente en estas medidas: por qué y para qué se establecen, esto es, cuál es el problema que en realidad se desea solucionar. Idealmente, esta deliberación permitiría que el texto constitucional acordado cristalice un acuerdo sólido capaz de atenuar la controversialidad de estas medidas. Por otra parte, en términos de técnica jurídica, la identificación de fines reviste una importancia primordial para el diseño, evaluación y control jurisdiccional de los mecanismos concretos de discriminación positiva que se implementen.

En definitiva, la consagración constitucional de la discriminación positiva permitiría lograr una mayor certeza jurídica. En esta línea, podríamos precisar grupos beneficiados, ámbitos de aplicación y modalidades aceptables, reduciendo su controversialidad, y proveyendo orientaciones jurídicas en una materia que hoy parece abandonada al libre albedrío del legislativo, con escaso control jurisdiccional.

Concluimos este apartado señalando que el proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet pareciera haber recogido indirectamente la discriminación positiva, al introducir la siguiente frase:

“Nadie puede ser discriminado negativamente a causa de su raza, color, sexo, género, idioma, religión, opinión o creencias públicas, discapacidad, posición económica o social, nacimiento o cualquiera otra condición”.

Al excluir la discriminación negativa, se estaría permitiendo aquella de naturaleza positiva. Nótese que la utilización del adjetivo en comentario es aún más conspicua si constatamos que reemplazaría a la noción de discriminación arbitraria, concepto central en el tratamiento de la igualdad en nuestro derecho, y que no distingue entre discriminación positiva y negativa.

A la luz de lo analizado más atrás, nos parece que esta propuesta no responde a los criterios señalados. Lo ideal sería una disposición menos ambigua que trate a la discriminación positiva como tal, señalando ámbitos o grupos prioritarios, características de las medidas aceptables y qué fines debiera perseguir.

Discriminación entre privados

Una segunda materia que podría incorporarse en la nueva Constitución es la prohibición de discriminación entre privados. En efecto, el texto actual, en su frase final, señala: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

A primera vista, se puede apreciar que la Constitución seguiría la tradición clásica, identificando al Estado como el principal obligado. No obstante, existen diversos argumentos para extender la protección constitucional a las discriminaciones entre privados (incluyendo el efecto horizontal de los derechos fundamentales), y es así como la doctrina y la jurisprudencia han ampliado de forma paulatina la prohibición en comentario a los particulares.

De esta forma, se ha señalado que la voz ‘autoridad’ utilizada por el precepto en estudio no haría referencia solo a aquellas de carácter público, sino, también, a aquellas de carácter privado. Estas últimas serían personas dotadas, en los hechos, de poder relevante sobre otras, normalmente al in-

terior de cuerpos intermedios (*e.g.*, el gerente general de una empresa en relación con sus empleados, el presidente de un club deportivo en relación con sus asociados).

De manera adicional, debe considerarse la definición de discriminación arbitraria prohibida por el art. 2° de la Ley n.° 20609, que Establece Medidas contra la Discriminación (“Ley Zamudio”), la cual incluye de forma expresa la realizada por privados. Si bien esta norma, por su jerarquía, no representa una interpretación vinculante de la Constitución, cabe reconocer que se trata de un antecedente importante, toda vez que incorpora al derecho positivo la prohibición en cuestión, otorgándole aplicación independientemente de la interpretación que se haga del texto constitucional.

Otro antecedente relevante es que la jurisprudencia ha reconocido, en lo principal vía recurso de protección, la extensión a los privados de la prohibición de discriminación contenida en el art. 19 n.° 2 de la Constitución.

Por último, debe considerarse que el proyecto de reforma constitucional enviado por la presidenta Michelle Bachelet, consagraba la prohibición que se analiza (“Ninguna persona, autoridad o grupo, ni la ley podrán establecer diferencias arbitrarias”).

En este contexto de relativo consenso, consideramos que la regulación expresa de esta materia en la nueva Constitución presentaría dos ventajas relevantes. En primer lugar, contribuiría a la certeza jurídica, reconociendo lo que parece ser una verdadera mutación constitucional, ya que los diversos agentes jurídicos interpretan el art. 19 n.° 2 como una prohibición de discriminación que se aplica también a los privados. En segundo término, permitiría enfrentar algunos de los inconvenientes que emanan de la prohibición señalada, en particular, la afectación de otros derechos fundamentales, tales como la vida privada, la libertad de asociación, la libertad religiosa y la libertad de expresión. En efecto, cuando un particular discrimina, a diferencia del Estado, comúnmente invocará el ejercicio de otro derecho fundamental como justificación jurídica de tal discriminación. En consecuencia, la prohibición de discriminación entre privados no puede aplicarse en forma estricta, tal y como opera en el mundo público. Al contrario, la discriminación entre privados obliga al juez a enfrentarse a una oposición (real o aparente), entre el derecho a no ser discriminado de la “víctima”, y el derecho fundamental invocado por el “victimario” que le permitiría discriminar.

Así, por ejemplo, existen tensiones entre la no discriminación y la libertad de asociación en situaciones de admisión o expulsión de miembros por parte de clubes privados y colegios. También surgen problemas con el ejercicio de la libertad de expresión. Piénsese en el lenguaje de odio o en la ridiculización pública. En relación con la libertad religiosa, surgen conflictos sobre la capacidad de instituciones religiosas para discriminar en razón de su

credo, como también acerca de la acomodación, por parte de las empresas, de prácticas y símbolos religiosos. En definitiva, la extensión de la prohibición de discriminación a particulares causa una serie de tensiones que obligan al juez a lidiar con complejos problemas de derechos fundamentales.

Si bien lo anterior es inevitable, consideramos que el texto constitucional podría, a lo menos, contribuir a despejar uno de los principales errores que pueden surgir en esta materia, cual es la jerarquización automática de derechos. En efecto, la tentación frente a los problemas en comento es la aplicación de una solución única o “tipo”. Es lo que el legislador pareciera haber intentado con la Ley Zamudio, cuyo art. 2º inciso final, señala:

“se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

De la simple lectura se colige que la invocación de cualquier otro derecho fundamental primaría por sobre el derecho a no ser discriminado de manera arbitraria, regla doblemente absurda si consideramos que esta ley aspira a ser una norma general antidiscriminación.

En el extremo opuesto, podemos encontrar la versión aprobada en su origen por el Congreso Nacional de la Ley n.º 20845, de Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en los Establecimientos Educativos que Reciben Aportes del Estado. El proyecto aprobado por el Congreso Nacional impedía invocar la libertad de enseñanza para justificar la racionalidad de una diferencia o distinción. En otras palabras, el proyecto establecía una jerarquía de derechos inversa a la Ley Zamudio, ordenando que la no discriminación primara siempre y sin calificaciones por sobre la libertad de enseñanza, regla que por fortuna fue eliminada por el Tribunal Constitucional.

La tentación de establecer jerarquías generales y *a priori* entre los derechos fundamentales es seria, y podría ser afrontada por el texto constitucional. Una posibilidad es agregar una declaración expresa al respecto al comienzo del capítulo destinado a los derechos fundamentales.

Un camino alternativo consistiría en asociar la prohibición de discriminación entre privados al mandato de respetar los demás derechos fundamentales e, incluso, otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (*e.g.*, autonomía de los cuerpos intermedios). De esa forma, se enviaría una señal a los actores jurídicos y, en particular, al juez, en cuanto a que no se puede pretender aplicar la prohibición de discriminación en forma absolu-

ta, sin tener en consideración los demás derechos y bienes constitucionales comprometidos en la situación concreta.

Otra posibilidad, o complemento a lo anterior, consistiría en reforzar otros derechos fundamentales, de forma que no se subordinen de forma automática a la no discriminación. Así, por ejemplo, en el caso del derecho de asociación, se podría agregar un inciso que señale que las asociaciones gozarán de autonomía para determinar sus fines e ideario institucional, así como para ajustar sus estatutos, acciones y decisiones a aquellos, y que no podrán ser discriminados de forma arbitraria –ni ellas ni sus miembros– en razón de tales fines o idearios.

En síntesis, consideramos que una nueva Constitución debiera reconocer la realidad jurídica actual, donde se ha extendido la prohibición de discriminación a los particulares, aprovechando la oportunidad para reafirmar que, en nuestro orden constitucional, no existe jerarquía entre los derechos fundamentales (con la probable excepción del derecho a la vida).

¿Sería conveniente?

Hemos presentado dos posibles innovaciones en materia de igualdad constitucional, relativas a la discriminación positiva y la prohibición de discriminación entre privados.

Reconocemos, sin embargo, que existen argumentos en contra de su incorporación al texto constitucional. En el caso de la discriminación positiva, nos enfrentamos al problema de su controversialidad intrínseca. Así, su constitucionalización representaría la adscripción a nuevas formas de entender la igualdad (más grupal, más sustancial, etc.), no siempre compatibles con las fórmulas tradicionales (más general, más abstracta), cuestión que es rechazada de plano por algunos. A su vez, la prohibición expresa de la discriminación entre privados podría llevar al Estado a desarrollar, para hacerla efectiva, una labor en particular intrusiva que redunde en la vulneración de otros derechos fundamentales, así como la autonomía o “libertad residual” de las personas.

En ambos casos, nos encontramos frente a un intento de “domesticación” de fenómenos que pueden resultar “indomesticables”. Es probable que, una vez alcanzada la consagración constitucional, ambos desarrollen vida propia, ya sea a través del desarrollo legislativo como jurisprudencial. Cobra, entonces, importancia la aprehensión de quienes ven en estos cambios la apertura de verdaderas “Cajas de Pandora”, con inciertas e insospechadas consecuencias.

En definitiva, la conveniencia de introducir las modificaciones propuestas es, por supuesto, discutible. Sin embargo, es necesario desagregar dos cuestiones relacionadas, pero autónomas. Una cosa es introducir en la nueva Constitución aproximaciones o herramientas más ambiciosas en materia de

igualdad y no discriminación, y una cosa distinta es buscar la forma técnicamente más conveniente de realizar dichas incorporaciones.

A nuestro juicio, y no obstante reconocer los riesgos asociados, un nuevo texto constitucional podría representar una buena oportunidad para constitucionalizar estos tópicos. Por una parte, la existencia de un acuerdo amplio sobre estas materias ($\frac{2}{3}$ de la Convención y aprobación popular vía plebiscito) debería moderar el rechazo que pudieren provocar y, por otra, su regulación adecuada permitiría excluir, al menos de forma parcial, sus principales dificultades.

ADVERTENCIA FINAL

Si bien es imposible hacerse cargo de todas las propuestas que han surgido en materia de igualdad, es importante advertir que muchas de ellas parecieran no vislumbrar sus múltiples efectos. La igualdad no es cualquier derecho, y no por su importancia, sino debido a la extensión de su aplicación. Discusiones sobre igualdad invaden los más diversos aspectos de la vida jurídica. Toda decisión estatal es susceptible de un juicio de igualdad. Las principales demandas sociales actuales tienen relación con la igualdad. Igualdad es la palabra que más aparece en la Constitución.

En consecuencia, este es un derecho en que cada palabra del constituyente tendrá un vasto impacto, lo que exige reflexionar muy bien antes de incorporar contenidos, por muy buenas que sean las intenciones de los proponentes. Solo a modo de ejemplo se ha propuesto consagrar una igualdad en la aplicación de la ley, así como la incorporación de un listado de rasgos o características asociados a la prohibición de discriminación.

En relación con la igualdad en la aplicación de la ley, si por ella se entiende una solución a la injusticia que se produce cuando los tribunales o la Administración resuelve casos idénticos en forma distinta, apartándose de sus precedentes, nos parece que no es una propuesta adecuada. Primero, porque obligaría a repensar por completo el sistema de fuentes de nuestro derecho, donde la jurisprudencia solo tiene valor para el caso concreto. Si bien existen antecedentes en esta línea (*e.g.*, recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral), una alteración radical como la señalada implicaría, por ejemplo, cambiar en su totalidad la enseñanza del derecho en las universidades del país, así como la propia formación de los jueces y de los operadores jurídicos en funciones. Un cambio de esta naturaleza requeriría una aproximación integral que excede una mera modificación a la noción de igualdad constitucional. Segundo, porque el problema señalado persiste incluso en jurisdicciones sujetas al principio del *stare decisis* (tradu-

cido inexactamente como respeto al precedente), donde quienes aplican el derecho suelen recurrir a las más diversas técnicas de diferenciación entre casos para justificar soluciones distintas.

Un segundo ejemplo es la vinculación a la prohibición de discriminación a rasgos como la raza, el sexo o la religión, como hacía, por ejemplo, el proyecto constitucional de la presidenta Michelle Bachelet. El problema es que esto debe hacerse en forma muy cuidadosa, o el remedio será peor que la enfermedad. Un ejemplo ilustrativo a este respecto es la Ley Zamudio, la cual incorporó estos factores en forma tan deficiente que hoy existen cinco posibles interpretaciones de cómo debe aplicarse.

De incorporarse categorías específicas en la Constitución, habría que abordar ciertas dificultades relevantes. En primer término, es fundamental que el texto no deje espacio para que pueda interpretarse de forma que la pertenencia a alguna de esas categorías sea un requisito necesario para que exista discriminación. En efecto, la incorporación deficiente de estas categorías por la Ley Zamudio ha permitido que jueces no reconozcan la existencia de discriminación si la víctima no pertenece a un grupo.

Un segundo aspecto tiene relación con los efectos jurídicos precisos de incluir estas categorías, los que, para mayor complejidad, rara vez serán identificados en el texto constitucional. Una posibilidad es crear categorías sospechosas propiamente tales, esto es, aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, y que el ordenamiento jurídico ha señalado en especial como indiciarios de discriminación arbitraria. Así, el solo uso de estas categorías debiera hacer sospechar la existencia de discriminación. Ahora bien, para que estas categorías funcionen bien, con impacto real, deben ser pocas: la raza tiende a ser la más utilizada (Estados Unidos, Unión Europea). En Chile, el factor que ya goza de cierto estatus especial en la actual Constitución es el sexo/género, ya que el art. 19 n.º 2 especifica que “hombres y mujeres son iguales ante la ley”, lo que podría constituir un germen de categoría sospechosa. Nótese que ese factor aparece también mencionado en diversas Constituciones como las de: Argentina, Bolivia, Ecuador, México, Paraguay, Venezuela, Sudáfrica, España y Alemania.

En cambio, si se agregan numerosas características (por ejemplo, el proyecto de la presidenta Michelle Bachelet hablaba de “raza, color, sexo, género, idioma, religión, opinión o creencias públicas, discapacidad, posición económica o social, nacimiento”), y se le agrega, además, una cláusula de apertura (“o cualquiera otra condición”), es simplemente imposible darle el efecto propio de una categoría sospechosa y suponer que tras su uso existe discriminación. En otras palabras: si todo es categoría sospechosa, en realidad nada lo es, ya que no se puede asignarle un efecto distinto y especial dentro de todos los casos de discriminación. Peor aún, la única

diferencia real podría hacerse en perjuicio de quienes sufran una discriminación sin pertenecer a grupos, o cuando la desigualdad de trato sufrida no diga tenga relación con tal pertenencia.

Por último, resulta primordial que la incorporación de estas categorías no pueda jamás redundar en el debilitamiento o desmantelamiento de la protección general antidiscriminación que hoy concede la Constitución actual, que se extiende a toda persona por el solo hecho de ser víctima de una distinción no razonable o injustificada.

CONCLUSIÓN

- La igualdad constitucional será siempre equívoca (*i.e.*, tendrá múltiples y simultáneos significados) y sujeta a la interpretación. Sin embargo, se lograría mayor certeza si el texto al menos definiera quién será el obligado por el mandato de igualdad; la conexión entre igualdad y ley; la relación entre cláusulas generales y especiales de igualdad, y qué sentidos sustantivos se le reconocen. Sobre este último punto, nuestra propuesta sería mantener una firme raigambre en la igualdad aristotélica, incorporando elementos de otras nociones de igualdad que permitan su aplicación flexible, en particular por los tribunales de justicia.
- Considerando la vacuidad inherente de la Constitución, y no obstante su relación con el conjunto de valores y principios constitucionales, sugerimos vincularla expresamente a la noción de dignidad.
- Algunos elementos a conservar del actual texto son:
 - i) la proclamación fundamental de todas las personas como iguales, verdadero patrimonio de constitucionalismo occidental;
 - ii) la prohibición general de la discriminación arbitraria, en cuanto norma con amplitud y flexibilidad suficiente para permitir una protección judicial efectiva y
 - iii) la autonomía de la igualdad como derecho protegible en sí mismo, y no como parasitario de otro derecho fundamental.
- Proponemos incorporar en la nueva Constitución un mandato estatal prioritario sobre la multidiscriminación, obligando así al Estado a preocuparse en especial de los más invisibles y desaventajados.
- Insinuamos incluir un mandato de promoción de la acomodación razonable, reenfocando así el derecho antidiscriminatorio hacia la tolerancia y la diversidad, y fomentando que las discriminaciones entre privados encuentren soluciones menos litigiosas y más consensuadas.

- Más controversialmente, proponemos incluir la discriminación positiva, eliminando dudas subsistentes sobre su constitucionalidad, y estableciendo exigencias de neutralidad, temporalidad y flexibilidad, de forma de excluir las versiones más resistidas de este fenómeno.
- Mencionamos reconocer la expansión que ha tenido la prohibición de discriminación a las relaciones entre particulares. Considerando que ello redundaría en conflictos de derechos fundamentales (derecho a la no discriminación versus derecho a la libertad de expresión, religión, asociación, etc.), sería necesario reafirmar la inexistencia de una jerarquía *a priori* entre ellos, dejando al juez la tarea de solucionar estos conflictos caso a caso.
- Se advierte los efectos eventualmente confusos y contradictorios de incorporar una cláusula con un listado amplio y abierto de categorías como el sexo, la raza y la religión. Si se desea crear categorías sospechosas propiamente tales, es necesario que sean pocas, las más graves en la sociedad chilena, de forma que su consagración constitucional tenga resultados efectivos. También sería necesario explicitar los efectos de tal consagración. La categoría que en la actualidad gozaría de mayores sustentos en el derecho positivo chileno es el sexo.
- Por último, si bien el anhelo por mayor igualdad ha estado en el centro de las demandas sociales que dieron origen al proceso constituyente, resulta indispensable ajustar las expectativas. La Constitución tiene un papel que cumplir en la promoción de la igualdad y no discriminación, pero es solo una pieza dentro de un esquema mucho más amplio. Serán el legislador, el juez y las políticas públicas, los principales responsables de que se produzca una diferencia tangible en la realidad concreta. Más aún, un salto cualitativo real y apreciable en materia de igualdad y no discriminación requiere de un cambio social. En definitiva, no podemos engañarnos y pensar que es el Estado el protagonista en la lucha contra un problema que atraviesa la sociedad, y al cual todos contribuimos en nuestra realidad cotidiana.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- AMAR, Micheline (ed.) (1999). *Le piège de la parité: arguments pour un débat*. Paris: Hachette.
- ANDERSON, Terry H (2004). *The Pursuit of Fairness*. New York: Oxford University Press.
- BARAK, Aharon (2015). *Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.

- BARROS, Juan Pablo (2010). *Discriminación arbitraria entre privados*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- BERGMANN, Barbara R. (1996). *In Defense of Affirmative Action*. New York: Basic Books.
- BOWEN, William & Derek BOK (1998). *The Shape of the River*. Princeton: Princeton University Press.
- BREST, Paul & Miranda OSHIGE (1995). "Affirmative Action for Whom?". *Stanford Law Review*, vol. 47, issue 5.
- CEA, José Luis (2012). *Derecho constitucional chileno*. 2ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II.
- CHILDS, Sarah & Mona LENA KROOK (2008). "Critical Mass Theory and Women's Political Representation". *Political Studies*, vol. 56.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2014). ¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional? *Actualidad Jurídica*, vol. XV, n.º 29. Santiago.
- DAHLERUP, Drude (1988). "From a Small to a Large Minority: Women in Scandinavian Politics". *Scandinavian Political Studies*, vol. 11, issue 4.
- DAHLERUP, Drude (2006). "The Story of the Theory of Critical Mass". *Politics and Gender*, vol. 2, issue 4.
- DÍAZ, Iván (2013). "Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 2. Santiago.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2007). "Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (Affirmative Action)". *Actualidad Jurídica*, vol. 9, n.º 17. Santiago.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2013). "¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general de antidiscriminación?". *Actualidad Jurídica*, vol. 14, n.º 28. Santiago.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014). "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII. Valparaíso.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2015). "La igualdad constitucional: Múltiple y compleja". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 1. Santiago.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2017). "Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia". *Estudios Constitucionales*. Año 15, n.º 2, Santiago.
- ELY, John Hart (1974). "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination". *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, issue 4. Chicago.
- FALLON JR, R H y Paul C. WEILER (1984). "Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice". *The Supreme Court Review*, vol. 1984. Chicago.

- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2004). *Principio constitucional de la igualdad ante la ley*. Santiago: LexisNexis.
- FREDMAN, Sandra (2008). *Human Rights Transformed*. Oxford: Oxford University Press.
- GREEN, Philip (1998). *Equality and Democracy*. New York: New Press.
- HENRÍQUEZ, Miriam y José Ignacio NÚÑEZ (2014): “Ley Zamudio: ¿Ponderación o subsunción? comentario a la sentencia rol n° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción”. *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado (Universidad de Chile)*, vol. N° 6. Santiago.
- ISSACHAROFF, Samuel (1998). “Can Affirmative Action Be Defended?”. *Ohio State Law Journal*, vol. 59, issue 3. Ohio.
- KANTER, Rosabeth Moss (1977). “Some Effects of Proportions on Group Life: Skewed Sex Ratios and Responses to Token Women”. *American Journal of Sociology*, vol. 82, issue 5.
- KATZNELSON, Ira (2005). *When Affirmative Action Was White*. New York: Norton.
- LÉPINARD, Eléonore et Laure BERENI (2004). “La Parite ou le Mythe d’une Exception Française”. *Pouvoirs. Revue Française D’Etudes Constitutionnelles et Politiques*, N° 111. Paris.
- LOURY, Glenn C. (1987). “Why Should We Care About Group Inequality?”. *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, issue 1.
- MCCRUDDEN, Christopher (2011). “A Comparative Taxonomy of ‘Positive Action’ and ‘Affirmative Action’ Policies”. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089374 [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].
- MCCRUDDEN, Christopher (1998). “Merit Principles”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, issue 4.
- MCCRUDDEN, Christopher (2014). *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.
- MCCRUDDEN, Christopher & Sacha PRECHAL (2009). “The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach”. Disponible en: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].
- MOSSUZ-LAVAU, Janine (2002). “La Parité en Politique, Histoire et Premier Bilan”. *Travail, Genre et Sociétés*, vol. 7, n° 2.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009). “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalista democrático latinoamericano”. *Estudios Constitucionales*. Año 7, n.º 2. Santiago.
- OPELLO, Katherine (2006). *Gender quotas, parity reform, and political parties in France*. Oxford: Lexington Books.
- PEÑA, Marisol (2016). “La jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional”, en Arturo FERNANDO VÖHRINGER (ed.). *Principios, valores e instituciones*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- PERRY, Barbara A. (2007). *The Michigan Affirmative Action Cases*. Lawrence: University Press of Kansas.
- PETERS, Anne (1999). *Women, quotas and constitutions: a comparative study of affirmative action for women under American, German, EC and international law*. London: Kluwer Law International.
- ROMERO, Alejandro (2011). "La discriminación judicial como nuevo error decisorio liris en el proceso chileno". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 2. Santiago.
- ROSALES, Cecilia (2014). "Acción de No Discriminación Arbitraria", en Silva, María Pía y Miriam Henríquez (eds.). *Acciones protectoras de derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- SADURSKI, Wojciech (2008). *Equality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- SCOTT, John Wallach (2005). *Parité!: sexual equality and the crisis of French universalism*. London: University of Chicago.
- SOWELL, Thomas (2004). *Affirmative Action Around the World*. New Haven: Yale University Press.
- VALDÉS, Domingo (1992). *La discriminación arbitraria en el derecho económico*. Santiago: ConoSur Ltda.
- VOLOKH, Eugene (1996). "Diversity, Race as Proxy and Religion as Proxy". *UCLA Law Review*, vol. 43.
- YOUNG, Iris (2000). *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- WESTEN, Peter (1982). "The Empty Idea of Equality". *Harvard Law Review*, vol. 95, issue 3.

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Gratz v. Bollinger* 539 US 244, 2003, USSC.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306, 2003, USSC.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, 1995, rol n.º 450/93, ECR I-3051.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. *Marschall v Land Nordrhein- Westfalen*, 1998, rol n.º 409/95, ECR I-6363.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. *Badeck v Hessischer Ministerpräsident*, 2000, rol n.º 158/97, ECR I-1875.
- CORTE SUPREMA. Rol n.º 3450-1992, 7 de junio de 2012.
- CORTE SUPREMA. Rol n.º 1030-2012, 9 de marzo de 2012.
- CORTE SUPREMA. Rol n.º 3450-2012, 16 de abril de 2012.
- CORTE SUPREMA. Rol n.º 3880-2012, 26 de abril de 2012.
- CORTE SUPREMA. Rol n.º 7642-2012, 23 de noviembre de 2012.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 740-07, 10 de abril de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 2664-14, 28 de mayo de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 2776-15, 21 de abril de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 2777-15, 30 de marzo de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 2787-15, 1 de abril de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 2935-15, 21 de diciembre de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 2980-16, 24 de marzo de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 2981-16, 31 de marzo de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n.º 4317-18, 26 de abril de 2018.