



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

FIGUEROA G., RODOLFO

¿SON CONSTITUCIONALES LAS CUOTAS DE GÉNERO PARA EL PARLAMENTO?

Revista Chilena de Derecho, vol. 42, núm. 1, abril, 2015, pp. 189-214

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177039318008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ¿SON CONSTITUCIONALES LAS CUOTAS DE GÉNERO PARA EL PARLAMENTO?<sup>1</sup>

### *ARE GENDER QUOTAS FOR CONGRESS CONSTITUTIONAL?*

RODOLFO FIGUEROA G.<sup>2</sup>

**RESUMEN:** Las cuotas de género consisten en un tipo de acción afirmativa, y esta corresponde a un modelo de igualdad de resultados, que es uno de tres modelos de igualdad, junto con la igualdad formal de recursos y la igualdad de oportunidades. Por ello, correspondiendo a un modelo de igualdad, no puede considerarse, en abstracto, que las cuotas constituyan una discriminación arbitraria y sean inconstitucionales. Tampoco constituyen una discriminación arbitraria porque tienen fundamento: aminorar la brecha estructural entre hombres y mujeres. Existe evidencia contundente que demuestra que las cuotas son indispensables para corregir esa brecha a nivel de representación parlamentaria. Finalmente, la situación de la mujer corresponde a lo que se denomina discriminación indirecta. Si aceptamos que el principio de igualdad obliga a combatir –en vez de tolerar– la discriminación indirecta y consideramos que las cuotas de género atacan dicha discriminación, entonces es posible justificar un imperativo constitucional de instituir cuotas de género. Existen también otros principios constitucionales que avalan el mismo imperativo.

**Palabras clave:** cuotas, género, igualdad, representación parlamentaria.

**ABSTRACT:** Gender quotas are a kind of affirmative action and this corresponds to a model of equality of results, which is one of three models of equality, along with formal equality of resources and equality of opportunities. Therefore, corresponding to a model of equality, quotas cannot be considered, in abstract, an arbitrary discrimination and thus, unconstitutional. Neither are they arbitrary discrimination because they are based on reasons: to reduce the structural gap between men and women. There is abundant evidence proving that quotas are indispensable to correct that gap pertaining to congressional representation. Finally, the situation of women corresponds to what is called indirect discrimination. If we agree that the principle of equality requires addressing –rather than tolerating– indirect discrimination, and provided that gender quotas attack that sort of discrimination, it is possible to justify a constitutional imperative to establish quotas. There are, also, other constitutional principles to sustain the same imperative.

**Key words:** quotas, gender, equality, parliamentary representation.

## I. INTRODUCCIÓN

La pregunta del título no es una buena pregunta. Primero, porque es abstracta o teórica. La determinación de si una norma infringe la Constitución no debe indagarse en

<sup>1</sup> El presente trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT N° 1120566 titulado “Ciudadanía para las mujeres en una sociedad multicultural. Hacia la construcción de una concepción deliberativa con vocación universal y su impacto institucional” en el cual el autor participa como coinvestigador. El autor agradece los comentarios de Luis Villavicencio Miranda, investigador responsable del proyecto.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho.

forma abstracta sino siempre bajo circunstancias jurídicas y fácticas concretas<sup>3</sup>. En efecto, un Tribunal Constitucional podría estimar que una específica ley de cuotas vulnera la Constitución y otra no<sup>4</sup>. Segundo, porque es imprecisa: dicha pregunta puede apuntar en muchas direcciones. Por eso, este artículo se referirá solo a cuatro interrogantes más específicas: Las cuotas de género i) ¿Corresponden a algún modelo de igualdad? ii) ¿Están prohibidas por alguna norma constitucional? iii) ¿Son discriminatorias? iv) ¿Son constitucionalmente obligatorias? Este artículo responde afirmativamente las preguntas 1 y 4 y negativamente las 2 y 3. Este trabajo no discute si las cuotas son una buena política pública. Por ende, no se abordan argumentos políticos como el mérito de los candidatos. El título del trabajo se justifica, a pesar de lo dicho, porque permite transmitir de manera concisa el sentido del artículo.

## II. ¿CORRESPONDEN LAS CUOTAS DE GÉNERO A ALGÚN MODELO DE IGUALDAD?

Esta pregunta exige aludir a tres temas: modelos de igualdad, su recepción en la Constitución y la acción afirmativa.

### 2.1 MODELOS DE IGUALDAD

La igualdad no es un ideal que la sociedad política pueda alcanzar en términos universales pues al intentar conseguir igualdad en un cierto ámbito se genera desigualdad en otro, de manera inevitable<sup>5</sup>. La igualdad apenas se puede conseguir en forma relativa, en algún espacio<sup>6</sup> o en alguna concepción<sup>7</sup>. Yo propongo llamarlos **modelos**<sup>8</sup> y son tres: igualdad formal de recursos<sup>9</sup>, igualdad de oportunidades e igualdad de resultados<sup>10</sup>.

Un ejemplo permite ilustrar los tres modelos. Un padre desea hacer su testamento y repartir su herencia entre sus cinco hijos, a todos quienes pretende tratar con la mayor igualdad posible<sup>11</sup>. Una alternativa consiste en dividir la herencia en cinco partes iguales. Esta distribución se basa en una concepción (modelo de **igualdad de recursos**) según la cual la igualdad demanda asignar una cuota nominal idéntica para cada hijo. Sin embargo, es posible que uno de los hijos sufra una discapacidad física que lo ponga en desventaja para competir con los demás. Por ende, el padre podría decidir asignar un monto X a su hijo discapacitado y un monto Y a cada uno de los restantes, siendo  $X > Y$ . El fundamen-

<sup>3</sup> Cfr. ALEXY (1993).

<sup>4</sup> Un buen ejemplo de ello es la diversa jurisprudencia sobre acción afirmativa en EE.UU.

<sup>5</sup> Ver VV.AA. (DWORKIN, 1981; SEN, 1992).

<sup>6</sup> SEN (1992) pp. 19-21.

<sup>7</sup> DWORKIN (1981) pp. 187-188.

<sup>8</sup> FIGUEROA (2000) p. 29.

<sup>9</sup> Por **recursos** propongo entender **bien primario** (Cfr. RAWLS, 1971). Los escaños son un recurso político. Ver ZÚÑIGA (2005) p. 137.

<sup>10</sup> Prefiero hablar de **igualdad de resultados** en vez de **igualdad de bienestar** como hace Dworkin (DWORKIN, 1981), y en vez de **igualdad en la satisfacción de necesidades**, como hice en Figueroa (FIGUEROA (2000) p. 29).

<sup>11</sup> El ejemplo de la herencia lo tomé de Dworkin (DWORKIN (1981) p. 186), aunque lo he alterado de manera sustancial.

to de esta opción es que la discapacidad constituye una barrera<sup>12</sup> que se traduce en menos oportunidades, lo que puede ser compensado con un monto extra de recursos<sup>13</sup>. Esta distribución pone atención en las oportunidades<sup>14</sup>, no los recursos (modelo de **igualdad de oportunidades**). Finalmente, es posible que el padre desee que cada uno de sus hijos se realice en la vida, alcanzando las metas que cada uno ha trazado para sí. Por ello, podría distribuir su herencia en montos distintos, según los resultados o metas que cada hijo desee conseguir en la vida<sup>15</sup>. Esta distribución parte de la base de que lo importante en la vida es el logro de resultados, de modo que la igualdad se centra en ese objetivo en vez de los recursos o las oportunidades (modelo de **igualdad de resultados**).

Dicho eso, es importante efectuar algunas precisiones y distinciones. En primer lugar, si consideramos la distinción entre igualdad formal e igualdad material, advertiremos que la igualdad de recursos es formal en tanto la igualdad de oportunidades y de resultados, es material<sup>16</sup>. Segundo, no se debe confundir igualdad de oportunidades con igualdad de resultados. Si pensamos en una carrera, la igualdad de oportunidades está pensando en que todos tengan las mismas oportunidades de ganar la carrera, aunque solo uno pueda lograrlo. En cambio, la igualdad de resultados se centra en que el logro de algún resultado concreto<sup>17</sup>: que todos o que la mayoría llegue a la meta, o que no excedan un tiempo máximo. Este modelo pone atención en algún resultado concreto, cualquiera que él sea<sup>18</sup>.

En tercer lugar, existe una conexión entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados: esta puede ser un vehículo para lograr la primera<sup>19</sup>. Pueden existir desigualdades fácticas que tornen imposible que distintas personas tengan en los hechos las mismas oportunidades. Sin embargo, es posible conseguir esa igualdad fáctica de oportunidades en el futuro<sup>20</sup>. Para que eso ocurra, puede ser necesario implementar un sistema de igualdad de resultados que vaya **emparejando la cancha** para lograr igualdad de oportunidades en el mediano o largo plazo<sup>21</sup>. Un ejemplo son las cuotas de género para el Parlamento. En los hechos, las mujeres no tienen las mismas oportunidades de obtener escaños que los hom-

<sup>12</sup> El art. 5 de la ley sobre Igualdad de Oportunidades para personas con discapacidad, N° 20.422 de 10 de febrero de 2010, vincula la discapacidad con las barreras y las oportunidades, de modo que corresponde con la lógica de lo explicado aquí.

<sup>13</sup> El art. 7 de la misma ley alude a acciones positivas que se orientan a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad.

<sup>14</sup> La igualdad de oportunidades supone levantar barreras para poder competir, pero no todas las barreras son eliminables. Por ello, la igualdad de oportunidades nunca puede ser asegurada en forma completa. En el ejemplo de la herencia, la discapacidad es una barrera. Un monto adicional de recursos puede levantar esa específica barrera y hacer más cercano el ideal de igualdad de oportunidades para ese hijo, pero no lo asegura porque eso depende de otras barreras que puedan existir.

<sup>15</sup> Si no alcanzan los recursos, la distribución será proporcional.

<sup>16</sup> CARMONA (2011) pp. 115-116.

<sup>17</sup> Ver CEA (2012) p. 135.

<sup>18</sup> Ruiz Miguel señala que es innegable la contraposición entre igualdad de oportunidades y de resultados cuando se adopta la perspectiva del individuo, pero no cuando se piensa en el grupo (RUIZ MIGUEL, 1996, p. 137).

<sup>19</sup> Ruiz Miguel dice que la igualdad de oportunidades entre los grupos puede ser realizada mediante medidas de desigualdad entre los individuos. RUIZ MIGUEL (1996) p. 138.

<sup>20</sup> BALLESTRERO (1996) p. 92.

<sup>21</sup> CARMONA (2011) p. 116.

bres. Por eso, muchos países han implementado cuotas. Ahora bien, hay países que luego de años de aplicar cuotas han alcanzado niveles de igualdad fáctica que hacen innecesario mantener esas cuotas, y por eso las han eliminado<sup>22</sup>. Por tanto, la igualdad de oportunidades puede conseguirse mediante un modelo de igualdad de resultados.

En cuarto lugar, los tres modelos de igualdad son incompatibles: no es posible asegurar al mismo tiempo igualdad en los recursos, en las oportunidades y en los resultados para las mismas personas. Habrá que escoger algún **espacio** de igualdad y esa opción implicará desigualdad en los otros dos<sup>23</sup>. En quinto lugar, el principio de igualdad no se limita a uno de esos tres modelos sino que comprende los tres. La igualdad se puede intentar a través de cualquiera de ellos y, de hecho, así ocurre. Por ejemplo, el Código Civil sigue un modelo de igualdad de recursos respecto de los hijos del causante en sucesiones intestadas. En materia de discapacidad, la ley N° 20.422 sigue un modelo de igualdad de oportunidades, según veremos más adelante. Finalmente, igualdad de resultados se puede apreciar en diversas políticas sociales en las cuales se aseguran ciertos mínimos, como educación<sup>24</sup> y salud<sup>25</sup>.

## 2.2 MODELOS DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución reconoce de manera explícita el principio de igualdad en diversas disposiciones<sup>26</sup>. Por ejemplo, en el artículo 1° inc. 1°: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. También en el artículo 19 N° 2: “La Constitución asegura a todas las personas (...) la igualdad ante la ley (...) Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. Pues bien, cuando la Constitución alude a la igualdad a secas, está reconociendo la igualdad en toda su extensión, lo que comprende todos sus modelos. La única forma de sostener lo contrario requeriría que la Constitución excluyera o prohibiera algún modelo específico de igualdad. Sin embargo, la carta fundamental no excluye ni prohíbe, en forma expresa o implícita, ningún modelo de igualdad.

Ahora bien, la Constitución no alude a todos los modelos de igualdad de forma explícita: o dice a igualdad a secas o dice igualdad de oportunidades. Esto se explica porque el constituyente (y también el legislador) normalmente no emplea el lenguaje de la doctrina ni un lenguaje analítico; pero esa práctica lingüística no debe conducir a conclusiones erradas. En primer lugar, el modelo de igualdad de oportunidades está señalado de manera explícita en varios preceptos: Artículo 1° inc. 4°: “Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

<sup>22</sup> BALLINGTON & MATLAND (2004) p. 12. Por ejemplo, en Dinamarca se alcanzó un nivel de representación (38%) que hizo que se abolieron las cuotas.

<sup>23</sup> FIGUEROA (2000) p. 31. En el ejemplo de la herencia, esta se distribuirá: o en un 1/5 para cada hijo, o en cuatro cuotas X y una Y, o en cinco cuotas distintas. Pues bien, 1/5 para cada uno se opone a igualdad de oportunidades e igualdad de resultados; cuatro cuotas X y una Y se opone a igualdad de recursos e igualdad de resultados; y cinco cuotas distintas se opone a igualdad de recursos e igualdad de oportunidades.

<sup>24</sup> La ley de educación fija aprendizajes, conocimientos, habilidades y actitudes mínimos que los alumnos deben alcanzar. Ver arts. 28, 29 y 30 de la ley general de educación, N° 20.370, de 12 de septiembre de 2009.

<sup>25</sup> El sistema de garantías explícitas en salud también corresponde a un resultado, al establecer prestaciones que el Fondo Nacional de Salud debe cubrir a sus respectivos beneficiarios Ver Ley N° 19.966, art. 1°, de 3 de septiembre de 2004.

<sup>26</sup> FIGUEROA (2000) pp. 42-43.

Artículo 38: la ley asegurará “...la igualdad de oportunidades...” en el ingreso a la Administración Pública. Cabe también agregar el artículo 18: la ley debe garantizar la igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos en procesos electorales y plebiscitarios<sup>27</sup>. En segundo lugar, la igualdad de recursos no está señalada de manera expresa en la Constitución. Sin embargo, sería absurdo pensar que la Constitución prohíbe distribuir recursos de forma nominalmente igualitaria.

En tercer lugar, el modelo de igualdad de resultados tampoco está mencionado en forma expresa en la Constitución. Esto no significa que este modelo no esté permitido, por la razón ya indicada. Además, es posible fundar este modelo al menos en tres preceptos: Primero, el artículo 1° inc. 3° dispone que “El Estado (...) debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible...” Este precepto apunta a un resultado, no a una oportunidad<sup>28</sup>. Segundo, el inc. 4° del artículo 1° exige al Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” Como hemos explicado más atrás, la igualdad de resultados puede ser un medio para conseguir en el futuro igualdad de oportunidades. Pues bien, si el Estado tiene el deber de asegurar igualdad de oportunidades, entonces tiene un deber de implementar algún sistema de igualdad de resultados que permita conseguir esa igualdad de oportunidades en el futuro, en aquellos sectores donde actualmente no sea posible. Así, el artículo 1° inc. 4° proporciona fundamento para la igualdad de resultados.

Finalmente, el artículo 19 N° 2, que prohíbe grupos privilegiados, sirve de fundamento. El sentido ilocucionario de este precepto es que no debe haber grupos privilegiados. Un privilegio puede estar dado por una norma jurídica o corresponder a una situación fáctica. Por ejemplo, si una norma estableciera que solo los hombres pueden ser parlamentarios, el artículo 19 N° 2 exigiría derogar dicha norma. Ahora bien, un privilegio podría corresponder a un estatus como situación fáctica en la sociedad, que sea consecuencia de un pasado jerarquizado y discriminatorio. Por ejemplo, cabe recordar que la mujer solo puede sufragar en Chile desde el año 1949<sup>29</sup>. Eso puede tener como consecuencia que, aunque no exista en la actualidad una regla discriminatoria, de todas formas la mayoría de los parlamentarios elegidos sean hombres<sup>30</sup>. Este es un privilegio fáctico. Por tanto, el artículo 19 N° 2 podría interpretarse en el sentido de que exige eliminar o reducir ese privilegio<sup>31</sup>, por

<sup>27</sup> Esta igualdad se refiere obviamente a las oportunidades. Así lo ha indicado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional producida respecto de ese precepto. Sentencia rol N° 53-1988, 5-2-1988, recaída en el proyecto de ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios. También la sentencia rol N° 141-1992, 12-2-1992, respecto de un proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

<sup>28</sup> En efecto, la Constitución no habla de crear condiciones para tener las mismas oportunidades de realización personal, sino que exige crear las condiciones que permitan a cada uno el logro de ese objetivo. Ver CEA (2012) p. 135.

<sup>29</sup> La ley N° 9.292, de 14 de enero de 1949, modifica la ley N° 4.554, de 9 de febrero de 1929, creando el “Registro Electoral de Mujeres”. Art. 1 N° 9.

<sup>30</sup> “...factores estrictamente políticos (...) determinan las oportunidades y barreras que enfrentan las mujeres para acceder a cargos de elección popular”. RÍOS (2005) p. 14. Ver también ZÚÑIGA (2009) p. 56, sobre brecha estructural y acceso de la mujer al poder.

<sup>31</sup> FREDMAN (2011) p. 10. Dice ella: “...a claim of equal treatment can be met by removing a benefit from a relatively privileged group (levelling down)”.

ejemplo, mediante normas que establezcan cuotas de género, que corresponde a un modelo de igualdad de resultados.

Esta interpretación del artículo 19 N° 2 será objetada por quienes creen que el principio de igualdad solo puede interpretarse en sentido formal, no material<sup>32</sup>. El argumento contra la igualdad material podría consistir en que las sociedades son desiguales; existen innumerables situaciones de privilegio, algunas de las cuales son imposibles de corregir. Eso es cierto y, como sugiere Bobbio<sup>33</sup>, sería insensato intentar una suerte de igualación fáctica de la sociedad: igualdad de todos en todo. Sin embargo, ese es un extremo. Podemos pensar en algún punto intermedio. De hecho, las sociedades actuales no se limitan a una mera igualdad formal<sup>34</sup>, pues hasta las más pobres impulsan políticas sociales redistributivas. En Chile, esto es un mandato establecido por el artículo 1° de la Constitución. Por otra parte, es necesario recordar que de los tres modelos de igualdad revisados, dos corresponden a igualdad material: la igualdad de oportunidades<sup>35</sup> y la igualdad de resultados. Ambos tienen que ver con políticas redistributivas. Además, existe jurisprudencia constitucional e internacional que reconoce la igualdad material<sup>36</sup>. El Instituto Nacional de Derechos Humanos ha señalado que el Estado tiene la obligación de garantizar la igualdad sustantiva<sup>37</sup>. Por tanto, es necesario interpretar el artículo 19 N° 2 de manera que comprenda alguna forma de igualdad material que permita atacar algunos privilegios<sup>38</sup> o remover algunos obstáculos<sup>39</sup>.

## 2.3. LA ACCIÓN AFIRMATIVA

### 2.3.1. Terminología

Las expresiones “acción afirmativa” y “acción positiva” se emplean en el contexto anglosajón para aludir a acciones adoptadas para identificar y reemplazar prácticas discrimi-

<sup>32</sup> Ver VV.AA. (BOBBIO, 1993; PECES-BARBA, 1983; en Chile BRONFMAN *et al.* (2012) p. 95). BRONFMAN *et al.* señalan que la igualdad jurídica es formal (pp. 95, 97, 98). Sin embargo, agregan que a veces no es suficiente la igualdad de oportunidades y surge lo que se conoce como discriminación positiva (p. 99). Esto no se entiende. Si la igualdad es solo formal, entonces la igualdad de oportunidades y la discriminación positiva deberían estar prohibidas, pero dicen que no es así.

<sup>33</sup> Ver BOBBIO (1993).

<sup>34</sup> VV.AA. (SILVA, 2006, p. 110-111; CARMONA, 2011, p. 115; CEA, 2012, p. 131). Cea dice algo sobre etapas de evolución de la igualdad, y alude a igualdad más sustantiva, pero no es muy específico. Entiendo que se refiere a un tránsito de igualdad formal a igualdad material.

<sup>35</sup> NOGUEIRA (2010) p. 269.

<sup>36</sup> VV.AA. (BALAGUER, 2005, p. 126; NOGUEIRA, 2010, p. 264).

<sup>37</sup> Seminario Internacional. Igualdad y no Discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, 2011, p. 8. Se agrega en esa página que una forma de hacerlo es adoptando “medidas afirmativas de carácter temporal” que puedan erradicar obstáculos fácticos que impidan el “...libre e igualitario ejercicio de derechos”.

<sup>38</sup> Nogueira habla de alcanzar lo que él denomina “igualdad promocional”, y cita como fundamento para ella el art. 1° inc. final. NOGUEIRA (2010) p. 265.

<sup>39</sup> Señala Silva: “...para que las personas puedan efectivamente gozar del principio de igualdad ante la ley, la Constitución entrega a la sociedad (...) la misión de, por una parte, eliminar los obstáculos que crean una desigualdad entre las personas y, por otra, de crear el ambiente social para que en el hecho exista esa igualdad”. SILVA (2006) p. 111.



natorias y también para desarrollar prácticas que tengan como efecto una mayor inclusión y participación de la mujer y minorías en distintos ámbitos, como el mercado laboral<sup>40</sup>. Estas políticas pretenden eliminar patrones de desventaja y exclusión social<sup>41</sup>. En EE.UU., políticas de acción afirmativa han sido objeto de discusión constitucional, básicamente a propósito de aquellos sistemas de admisión en universidades estatales que incorporan la raza como un criterio cualitativo<sup>42</sup>. Algunos autores hablan de **discriminación inversa** o **discriminación positiva**<sup>43</sup> y otros de **acciones positivas**<sup>44</sup>. En Chile, encontramos todas esas fórmulas en la doctrina<sup>45</sup>. La jurisprudencia chilena también ha recepcionado este lenguaje<sup>46</sup> y ha declarado constitucional la discriminación positiva en un caso<sup>47</sup>.

En este trabajo voy a entender por acción afirmativa una política adoptada por alguna entidad estatal o privada que tiene por finalidad mejorar la participación e inclusión de grupos histórica y sistemáticamente desventajados, excluidos o discriminados en determinados sectores de la sociedad<sup>48</sup>. Una política de acción afirmativa normalmente se funda en el reconocimiento de que un grupo de la sociedad sufre actualmente una posición de desventaja que les impide tener, en los hechos, las mismas oportunidades que los demás. Por eso, un modelo de igualdad de oportunidades resulta insuficiente. Ejemplos son el caso de los negros en EE.UU., que han sido esclavizados y segregados; los indígenas en Chile<sup>49</sup>, que han sido prácticamente exterminados, además de desconocidos e infravalorados; y la mujer en Chile: la comunidad de género —como dice Ballestrero<sup>50</sup>—, ha sido víctima de una discriminación sistemática y persistente en el Estado moderno<sup>51</sup>. En efecto, la mujer ha sido históricamente relegada a labores domésticas y a cargo de los hijos; en Chile, hasta el año 1949 estuvo privada del derecho de sufragio y hasta el año 1989 la mujer casada era legalmente incapaz<sup>52</sup>. Como se puede advertir, cuando se habla de acción afirmativa no se alude a cualquier grupo desventajado; se requiere un grupo afectado por una acción estatal

<sup>40</sup> MCCRUDDEN (1986) pp. 219-220.

<sup>41</sup> BAMFORTH *et al.* (2008) p. 345.

<sup>42</sup> Ver VV.AA. (LAWRENCE, 2001; EPSTEIN, 2002).

<sup>43</sup> Ver VV.AA. (DWORKIN, 1993;1985; RUIZ-MIGUEL, 1994; 1996).

<sup>44</sup> Ver VV.AA. (BALLESTRERO, 1996; ATIENZA,1996).

<sup>45</sup> Ver VV.AA. (FIGUEROA, 2000; ZÚÑIGA *et al.* 2007; FRIES, 2011; MEDINA, 2011; CONTESSE, 2011; CORNEJO, 2011; CARMONA, 2011; BRONFMAN *et al.* 2012; NOGUEIRA, 2010; SILVA, 2006:111; ZÚÑIGA y VALENZUELA, 2014).

<sup>46</sup> Se alude a discriminación positiva en: *Poblete con Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile* (2008); C° 3; Tribunal Constitucional. Recurso de inaplicabilidad, Rol 1683-2010, 04-1-2011, C° 18; *I. Municipalidad de Putre c. Comisión Regional del Medio Ambiente de Arica y Parinacota* (2011), en los Vistos; *Margarita Ocares Castro con Universidad Central de Chile* (2012), C° 8.

<sup>47</sup> El caso Corporación Metodista, recurso de inaplicabilidad contra la ley indígena, que se explica más adelante.

<sup>48</sup> Ver FIGUEROA (2000).

<sup>49</sup> NOGUEIRA (2010) p. 260.

<sup>50</sup> BALLESTRERO (1996) p. 92.

<sup>51</sup> BALAGUER (2005) p. 106. Sobre la inferioridad como producto cultural, de la mujer, ver ZÚÑIGA (2009) p. 44.

<sup>52</sup> El artículo 1.447 del Código Civil disponía que la mujer casada no divorciada a perpetuidad ni separada totalmente de bienes era incapaz relativa. Esta norma fue derogada por la ley 18.802, de 9 de junio de 1989, art. 1 N° 57.



sistemática y persistente que produce un específico resultado:<sup>53</sup> colocar al grupo en una posición de desventaja tan profunda que aunque se eliminen las barreras y normas discriminatorias y aunque se garanticen los mismos derechos, aquel grupo no podrá salir de su situación de desventaja o podría tomarle muchísimo tiempo<sup>54</sup>.

### 2.3.2. Fundamento

El fundamento de la acción afirmativa puede ser la justicia o la utilidad. Es la justicia cuando la mayoría dominante toma conciencia del trato injusto que ha deparado al grupo perjudicado e intenta corregir dicha injusticia. En este contexto, la acción afirmativa es compensatoria de un daño causado en el pasado<sup>55</sup>. El fundamento también es la justicia si la mayoría dominante estima que la situación actual del grupo desventajado es injusta, con prescindencia de cualquier juicio histórico. Aquella mayoría puede estimar que los indígenas o la mujer deberían tener una participación e inclusión en la sociedad que sean distintas y mejores que las actuales<sup>56</sup>. En este caso, la acción afirmativa no tiene como fundamento compensar daños causados en el pasado sino construir una sociedad más justa, igualitaria e inclusiva.

El fundamento de la acción afirmativa también puede ser utilitario. Por ejemplo, algunas universidades en EE.UU. han implementado criterios de admisión sensibles a la raza debido a los beneficios que produce un cuerpo estudiantil diverso en la vida universitaria<sup>57</sup> y el beneficio que genera para la sociedad y distintas comunidades la existencia de profesionales representativos de minorías tradicionalmente excluidas<sup>58</sup>.

Ahora bien, con prescindencia del fundamento de una política de acción afirmativa, su objetivo es un resultado futuro. Por ejemplo, que aumente la participación de una cierta minoría racial en las universidades y/o en la fuerza laboral, o que se incremente la parti-

<sup>53</sup> En este punto discrepo del ministro Carmona, quien estima que cualquier grupo discriminado es destinatario de acciones afirmativas: “...las personas con discapacidad, los niños y niñas y adolescentes vulnerables, las mujeres, los adultos mayores, los jóvenes, los indígenas, los párvulos y los escolares de escasos recursos (...) son grupos que están o han estado discriminados o que se hallan en una situación de desventaja. Por lo mismo, cumplen el requisito de diseño de las acciones afirmativas”. CARMONA (2011) en su nota 57. En mi impresión, el ministro Carmona no distingue entre acciones positivas y acciones afirmativas. Si lo hacemos, veremos que del listado indicado, solo las mujeres y los indígenas han sido histórica y sistemáticamente desventajados y, por ende, solo ellos son merecedores de acciones afirmativas. Los demás se encuentran desventajados y necesitan asistencia, pero su situación se puede aliviar con políticas de igualdad de oportunidades o con fórmulas de igualdad de resultados que no sean necesariamente acciones afirmativas. Sobre esto volveremos más adelante.

<sup>54</sup> FOX (2012) p. 749. Afirma esta autora: en Inglaterra se estima que sin cuotas, la representación de la mujer en el Congreso llegará a una situación de paridad no antes de un siglo.

<sup>55</sup> DWORKIN (2000) p. 424.

<sup>56</sup> Un buen ejemplo de fundamento de una política de acción afirmativa que no apunte al pasado sino a la representación actual es el caso *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987). En este caso se discutió la constitucionalidad de un plan de acción afirmativa destinado a contratar y promover minorías y mujeres. El plan tenía como objetivo corregir una situación de manifiesto desequilibrio entre hombres y mujeres, que generara una infrarrepresentación de la mujeres en categorías de trabajos tradicionalmente segregados (“‘manifest imbalance’ that reflected underrepresentation of women in ‘traditionally segregated job categories’”) (616). La Corte Suprema de EE.UU. validó el plan.

<sup>57</sup> DWORKIN (2000) p. 423.

<sup>58</sup> DWORKIN (2000) p. 424.

cipación de la mujer en el Congreso. Este rasgo permite advertir que la acción afirmativa corresponde a una forma de igualdad material<sup>59</sup> y se relaciona con un modelo de igualdad de resultados.

### 2.3.3. *Acción afirmativa, acción positiva e igualdad de oportunidades*

Es conveniente distinguir esos tres conceptos. Primero, todo derecho fundamental implica un triple nivel de obligaciones primarias, secundarias y terciarias, tanto negativas como positivas<sup>60</sup>. El Estado debe adoptar acciones para cumplir con esas obligaciones. Por ejemplo, crear leyes y tribunales para proteger los derechos fundamentales. Esas son acciones positivas pero no son acciones afirmativas. Acción positiva es toda acción adoptada para cumplir con un deber positivo. En cambio, acción afirmativa es una política más compleja, como ya se explicó, que también implica adoptar acciones positivas<sup>61</sup>.

Segundo. Una política de igualdad de oportunidades no necesariamente se adopta como consecuencia de un proceso de valoración social que determine que un grupo de la sociedad ha sido histórica y sistemáticamente discriminado. Basta que se desee ayudar o compensar a un grupo desventajado cualquiera. Consideremos la ley de igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, N° 20.422. Su objetivo es asegurar la igualdad de oportunidades<sup>62</sup> para personas con discapacidad. La ley entiende que la discapacidad constituye una barrera que impide o restringe la participación en igualdad de condiciones que los demás<sup>63</sup>. Para asegurar la igualdad de oportunidades se deben adoptar acciones positivas que eviten o compensen las desventajas que implica la discapacidad<sup>64</sup>. La ley menciona varios tipos de medidas<sup>65</sup>. Entre las medidas de accesibilidad, está la eliminación de barreras arquitectónicas y promover la accesibilidad universal<sup>66</sup>. Pensemos que una persona necesita una silla de ruedas para trasladarse. Si la infraestructura no contempla dispositivos funcionales a la silla de ruedas, la discapacidad se erige en una barrera que impide a esa

<sup>59</sup> BALLESTRERO (1996) p. 98.

<sup>60</sup> FIGUEROA (2009) p. 321.

<sup>61</sup> Ruiz Miguel concibe las acciones positivas como aquellas que pretenden igualdad para grupos desventajados. Sin embargo, se distinguen de la acción afirmativa por dos factores: la atribución de preferencia por determinados rasgos y una particular escasez de recursos. Este autor comparte lo dicho en este artículo: que la discriminación inversa, como él la llama, se aplica a un grupo históricamente discriminado. RUIZ MIGUEL (1996) p. 126.

<sup>62</sup> Ver art. 1°. “El objeto de esta ley es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad...”.

<sup>63</sup> “Artículo 5°. Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>64</sup> “Artículo 7°. Se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”.

<sup>65</sup> Accesibilidad: párr. 1, T. IV; educación e inclusión escolar: párr. 2, T. IV; capacitación e inserción laboral: párr. 3, T. IV.

<sup>66</sup> “Artículo 23.- El Estado, a través de los organismos competentes, impulsará y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la eliminación de barreras arquitectónicas y promover la accesibilidad universal”.

persona participar con igualdad de oportunidades y la coloca en una situación objetiva de desventaja. Por ello, una acción positiva de accesibilidad universal permite a una persona con discapacidad participar en igualdad de oportunidades, si es que decide hacerlo. No se busca un resultado específico<sup>67</sup>.

En la acción afirmativa, en cambio, se espera un resultado concreto: Por ejemplo, que un número mínimo de mujeres acceda a escaños en el Congreso. Estas medidas de acción afirmativa no tienen por finalidad poner a candidatas mujeres en igualdad de oportunidades con candidatos hombres para conseguir escaños en el Parlamento porque, en los hechos, no tienen las mismas oportunidades de conseguirlos debido a la existencia de una brecha estructural que es consecuencia de una exclusión y discriminación pasada. El objetivo es conseguir en lo inmediato un resultado y mejorar en el futuro las oportunidades.

Tercero, la acción afirmativa se distingue de la igualdad de oportunidades por el tipo de barreras de que se trata. Para una persona con discapacidad de accesibilidad, las barreras de accesibilidad pueden removerse. Si eso ocurre, la persona podrá acceder a la infraestructura en términos más o menos equivalentes a las personas que no sufren la discapacidad. En cambio, en el caso de estudiantes negros en EE.UU. respecto de ingresar a la universidad o en el caso de la mujer para acceder al Congreso, no hay una barrera específica que, de removerse, permita al postulante negro ingresar a la universidad en igualdad de condiciones que los blancos o a las mujeres acceder al Congreso en igualdad de condiciones que los hombres. La acción afirmativa apunta a brechas estructurales y barreras que no son removibles en el corto plazo. Por eso se busca un resultado concreto, no una oportunidad.

#### *2.3.4. Acción afirmativa, igualdad de resultados y cuotas*

No toda política de igualdad de resultados equivale a acción afirmativa. En efecto, algunas políticas sociales de un Estado de bienestar pueden tener por finalidad conseguir ciertos resultados específicos: por ejemplo, que todos los niños egresen de la enseñanza escolar habiendo asimilado ciertos contenidos curriculares mínimos, o que un sector de la población acceda a cierto servicio de salud, como vacunación. Estas no son acciones afirmativas<sup>68</sup>. Por otra parte, se debe enfatizar que la acción afirmativa no se reduce a un sistema de cuotas. Por lo pronto, la expresión **cuotas de género** es amplia<sup>69</sup>. Además, las cuotas, sean raciales o de género, constituyen una modalidad específica de acción afirmativa, pero no son las únicas<sup>70</sup>. Un buen ejemplo es el caso de EE.UU. y los criterios de selección en algunas universidades: existen procesos de selección universitaria que utilizan políticas de

<sup>67</sup> En efecto, no sabemos si la persona utilizará la infraestructura ni cuánto y eso es irrelevante porque el objetivo es que esa persona pueda hacerlo si lo desea. En esto consiste tener iguales oportunidades.

<sup>68</sup> Por ende, un Estado de bienestar podría impulsar la igualdad en tres sentidos: mediante políticas destinadas a asegurar igualdad de oportunidades; mediante políticas de igualdad de resultados que no correspondan a acciones afirmativas; y mediante acciones afirmativas. Cabe tener presente que estas tres alternativas no son excluyentes y en los tres casos se requerirá ejecutar acciones positivas.

<sup>69</sup> KROOK (2008) p. 28. Afirma esta autora que la expresión **cuotas de género** se emplea en sentido amplio para cubrir tres modalidades: escaños reservados, cuotas de partidos y cuotas legislativas. Para una definición de género, ver Zúñiga (2006) p. 42.

<sup>70</sup> CARMONA (2011) pp. 106-108.

acción afirmativa que no consisten en cuotas. Es importante no asimilar **cuotas** con **acción afirmativa** para no extrapolar la discusión constitucional sobre cuotas en EE.UU. a Chile<sup>71</sup>.

Los puntos anteriores permiten responder afirmativamente la primera pregunta constitucional: Las cuotas de género constituyen una forma de acción afirmativa y la acción afirmativa, por su parte, corresponde a un modelo de igualdad de resultados, que busca un cierto nivel de igualdad material en el futuro. Por tanto, no puede estimarse que las cuotas no correspondan al principio de igualdad. Al revés, constituyen una forma de cumplir ese principio en uno de sus modelos. Con esta doctrina, descarto de manera explícita lo que sostuve en otra parte<sup>72</sup>.

### III. ¿ESTÁN PROHIBIDAS LAS CUOTAS DE GÉNERO POR ALGUNA NORMA CONSTITUCIONAL?

En primer lugar, alguien podría señalar que las cuotas son contrarias al principio de igualdad y, por ende, están prohibidas por todos aquellos preceptos que lo consagran. Esta postura fue abordada en la pregunta anterior y se respondió en forma negativa. En segundo lugar, alguien podría pensar que las cuotas son discriminatorias y, por ello, están prohibidas por el artículo 19 N° 2. Este planteamiento se analiza en la pregunta siguiente. En tercer lugar, alguien podría sostener que las cuotas constituyen un privilegio y, por tanto, están prohibidas por el artículo 19 N° 2. El tema del privilegio se discutió más atrás, cuando se sostuvo que la situación del hombre frente a la mujer para conseguir escaños parlamentarios constituye un privilegio fáctico, que debe ser enfrentado mediante un modelo de igualdad de resultados. Sin embargo, eso no implica lógicamente que las cuotas no constituyan un privilegio. Por eso, es necesario hacer otra consideración.

Es cínica la postura que alega que las cuotas constituyen un privilegio. Más adelante se presentarán datos que demuestran que sin cuotas la participación de las mujeres en el Congreso no supera el 20% a nivel mundial. En Chile dicha participación llega al 14%. Las cuotas pueden subir la representación un 10-15%, lo que significa que los hombres reducen su representación de un 80-85% a un 75-70%. Por tanto, las cuotas apenas alcanzan a reducir un privilegio fáctico del que gozan los hombres. Si las cuotas fuesen un privilegio, convendría más, a la hora de competir por escaños en el Parlamento, ser mujer en vez de hombre. Sostener eso es inaceptable. La realidad es la contraria: las candidatas mujeres no

<sup>71</sup> La discusión sobre la constitucionalidad de las cuotas en EE.UU. no es aplicable lisa y llanamente en Chile porque en ese país las cuotas estuvieron conectadas a la raza. En efecto, se aplicaron cuotas raciales para acceder a la universidad. Pues bien, en el derecho constitucional estadounidense, la raza es una categoría sospechosa. El objetivo de la 14ª enmienda, aprobada en 1868 después de la guerra civil, es abolir la esclavitud y prohibir la discriminación racial. Esto significa que si una ley recurre a distinciones basadas en la raza, debe ser sometida a escrutinio estricto. Por razones técnicas, la Corte Suprema de EE.UU. ha considerado inconstitucional las cuotas raciales (solo esas cuotas) pero ha validado la acción afirmativa VV.AA. (DWORKIN, 2000, p. 409; BAMBORTH *et al*, 2008, p. 351).

<sup>72</sup> FIGUEROA (2000) p. 39.

van a pasar del 15-20% del Congreso sin cuotas. Con cuotas, quizá lleguen al 30%. En consecuencia, los hombres serán siendo hegemónicos<sup>73</sup>.

Quizá sea útil distinguir **privilegio** de **beneficio**. Las cuotas de género constituyen un beneficio<sup>74</sup> pero no un privilegio<sup>75</sup>. Los beneficios están permitidos por la Constitución. Si pensáramos que no lo están, deberíamos concluir que son inconstitucionales las políticas redistributivas propias de un Estado de bienestar por beneficiar solo a un sector de la población. Quien sostenga que una ley de cuotas de género es inconstitucional porque beneficia a las mujeres tendría que admitir que una ley que concede beneficios, bonos, o alguna otra forma de asistencia para sectores pobres o marginales, también sería inconstitucional. Incluso sin distinguir **privilegio** de **beneficio**, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el artículo 19 N° 2 prohíbe los privilegios indebidos, no cualquier privilegio<sup>76</sup>.

Finalmente, alguien podría estimar que las cuotas vulneran el artículo 19 N° 17, que establece la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos<sup>77</sup>. El argumento sería que de existir cuotas de género, los hombres no tendrían igualdad de acceso al cargo parlamentario. Esto es un error. La igualdad de acceso a cargos públicos es equivalente a la igualdad que impera en materia de contratación<sup>78</sup>, que significa que no pueden establecerse diferencias odiosas o injustificadas<sup>79</sup>. Sí se pueden establecer diferencias, siempre que estén justificadas. A eso se dedica la sección siguiente. Por tanto, se puede responder la segunda pregunta sosteniendo que las cuotas no vulneran ningún precepto constitucional.

#### IV. ¿SON DISCRIMINATORIAS LAS CUOTAS DE GÉNERO?

Quien afirme que las cuotas de género para el Congreso son discriminatorias podría querer decir: i) Que establecen una diferencia entre hombres y mujeres y eso constituye conceptualmente una discriminación; o ii) Que establecen una diferencia injustificada y eso es una discriminación arbitraria; o iii) Que las cuotas benefician o privilegian a las mujeres y, al hacerlo, consecuencialmente perjudican a los hombres, lo que sería una discriminación arbitraria.

<sup>73</sup> Quizá por esto, algunos han argumentado en favor de una democracia paritaria, en vez de cuotas. Cfr. ZÚNIGA (2005).

<sup>74</sup> SILVA (2006) p. 111.

<sup>75</sup> Sobre el sentido de la palabra **privilegio** en la historia constitucional chilena, ver SILVA (2006) p. 98.

<sup>76</sup> “...la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo...” Tribunal Constitucional. Rol N°986-2007, 30-1-2008, Co 32; Rol N° 2377-12-INA, 10-12-2013, Co 7°.

<sup>77</sup> La norma no dice “igualdad de acceso” sino “La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. Sin embargo, la doctrina ha entendido que dicha norma establece un derecho de igualdad de acceso. VV.AA. (CEA, 2012, p. 477; VIVANCO, 2006, p. 428; SILVA, 2010, pp. 357-8).

<sup>78</sup> Cfr. Artículo 19 N° 16 de la Constitución de 1980.

<sup>79</sup> SILVA (2010) p. 358.

La primera aseveración debe descartarse sin más trámite. Las cuotas constituyen una forma de acción afirmativa, que es sinónima de discriminación positiva o discriminación inversa, de modo que efectivamente las cuotas son conceptualmente discriminatorias, pero eso no es un problema porque hacer diferencias o discriminar no está prohibido por la Constitución. Basta leer el artículo 19 N° 2. Desde un punto de vista dogmático, el principio de igualdad obliga a equiparar y a diferenciar<sup>80</sup>, dependiendo del caso. Por ejemplo, cobrar más impuesto a la renta a los más ricos no es una infracción al principio de igualdad, y hacer esa diferencia es imperativo. Como se ha explicado más atrás, existen varios modelos de igualdad; ellos establecen diferenciaciones en una serie de espacios, como los recursos, las oportunidades o los resultados. La acción afirmativa corresponde a uno de ellos, la igualdad de resultados.

Lo que la Constitución prohíbe es establecer diferencias o discriminaciones arbitrarias; las que carecen de fundamento<sup>81</sup>. Así lo entendió la jurisprudencia chilena muy tempranamente y lo ha sostenido de manera sistemática<sup>82</sup>. La discriminación inconstitucional es la discriminación negativa, injusta e insultante<sup>83</sup>; la que está fundada en el prejuicio, hostilidad o estereotipo<sup>84</sup>; la que es incorrecta o degradante<sup>85</sup>; la que tiene por finalidad o resultado mantener o consolidar una situación de inferioridad, subordinación o marginación<sup>86</sup>. La ley 20.609 contra la discriminación sigue la misma lógica: establece medidas contra la discriminación, pero se refiere a la discriminación arbitraria<sup>87</sup> y define discriminación arbitraria como la que carece de justificación razonable<sup>88</sup>. La ley hace referencia al sexo y la identidad de género y no prohíbe que tales categorías puedan ser empleadas para hacer diferencias. Lo que exige la ley es que se funden en alguna causa constitucional legítima<sup>89</sup>. Esto nos lleva a la segunda pregunta: si las cuotas de género están justificadas.

<sup>80</sup> FIGUEROA (2000) p. 15.

<sup>81</sup> VV.AA. (SILVA, 2006, p. 124; ZÚÑIGA, 2007, p. 19; CEA, 2012, p. 132).

<sup>82</sup> *Acevedo con de Dirección General de Carabineros* (1984) C° 3; *D'Orival y Aréjula con Comandante de Gendarmería del Centro de Detención Preventiva de San Miguel* (1987) C° 5. También se puede ver en el Tribunal Constitucional: Rol 2541-13, 18-11-2013; Rol 2509-13, 24-9-2013; Rol 2306-12, 30-5-2013; Rol 1683-10, 4-1-2011; Rol 1295-2008, 6-10-2009; Rol 1243-2008, 30-12-2008; y Rol 28, 8-4-1985.

<sup>83</sup> DWORKIN (1993) p. 337.

<sup>84</sup> DWORKIN (2000) p. 411.

<sup>85</sup> HELLMAN (2011) p. 13, 29. Ella dice: “*To demean is to treat someone in a way that denies her equal moral worth (...) is not merely to insult but to put down, to diminish and denigrate*”. HELLMAN (2011) p. 29.

<sup>86</sup> RUIZ MIGUEL (1996) pp. 129-130. Este autor señala cuatro requisitos: “motivación social minusvaloradora, despectiva o incluso estigmatizadora”; “finalidad de desigualdad injusta (...) que tiende a mantener y a perpetuar la inferioridad”; “negación o restricción de derechos básicos”; “resultado o efectos sociales que tienden a mantener, consolidar y perpetuar la situación de subordinación, marginación u opresión del grupo discriminado...”.

<sup>87</sup> Ley N° 20.609, de 24 de julio de 2012. “Artículo 1°.- Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”.

<sup>88</sup> “Artículo 2°.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable...”.

<sup>89</sup> Ver artículo 2° inc. 3°.



Para discutir este punto conviene considerar algunos datos. Casi la mitad de los países del mundo han legislado sobre cuotas<sup>90</sup> debido a que las mujeres no están en igualdad de oportunidades que los hombres para conseguir escaños en el Parlamento<sup>91</sup>. El promedio mundial de mujeres en el Parlamento es 20,3%<sup>92</sup>. En América, es 24,1%<sup>93</sup>. En Chile, corresponde al 13% en la Cámara y 14% en el Senado<sup>94</sup>. Las cuotas en el Parlamento son necesarias si se pretende alcanzar una masa crítica mínima para tener impacto, que se estima en 30%<sup>95</sup>. En el caso de la mujer, en América, la ausencia de cuotas implica que las mujeres no suelen pasar del 15% en el Congreso<sup>96</sup> y jamás superan la barrera del 20%<sup>97</sup>. Con cuotas, la tasa de crecimiento en la representación femenina subió en promedio en 194,4%<sup>98</sup>.

La efectividad de las cuotas de género para incrementar la representación de la mujer en el Congreso está demostrada a lo largo del planeta. La variación entre el 2002 y el 2012 es la siguiente: América: del 16,5 al 24,1%; Europa: del 17,4 al 23,2%; África subsahariana: del 13,6 al 20,4%; Asia: del 15,2 al 17,9%; países árabes: del 5,7 al 13,2%<sup>99</sup>. La conclusión es que las cuotas son indispensables para las mujeres mejoren su representación<sup>100</sup> y constituyen el medio más común y efectivo de acción afirmativa<sup>101</sup>.

Estos datos permiten rechazar la segunda aseveración: las cuotas no son arbitrarias, no son injustificadas. Al contrario, la evidencia demuestra que son necesarias para incrementar la representación política de la mujer.

Por otra parte, decir que las cuotas de género constituyen discriminaciones injustificadas implicaría sostener que tratan a los hombres de manera injusta e insultante; que están basadas en el prejuicio, hostilidad o estereotipo, y que tienen por finalidad o resultado mantener o consolidar una situación de inferioridad, subordinación o marginación de los hombres. Afirmar eso es francamente absurdo. Las cuotas no transforman a los hombres en un grupo perseguido u oprimido. A lo más, se podría sostener que perjudican a algunos candidatos hombres. Esto nos conduce a la tercera aseveración: que las cuotas benefician o privilegian<sup>102</sup> a las mujeres y, al hacerlo, consecuentemente perjudican a los hombres y eso es una discriminación arbitraria.

<sup>90</sup> QUOTA PROJECT (2013) p. 1. Esto comprende los diversos tipos de mecanismos y regulaciones (legales o constitucionales).

<sup>91</sup> BALAGUER (2006) p. 115.

<sup>92</sup> INTER-PARLIAMENTARY UNION (2012) p. 1.

<sup>93</sup> INTER-PARLIAMENTARY UNION (2012) p. 2.

<sup>94</sup> ZÚÑIGA y VALENZUELA (2014).

<sup>95</sup> VV.AA. (INTER-PARLIAMENTARY UNION, 2012, p. 2; QUOTA PROJECT, 2013, p. 1). Ibid, p. 1 y THE QUOTA PROJECT ([www.quotaproject.org](http://www.quotaproject.org)), p. 1.

<sup>96</sup> Ríos *et al.* (2008) p. 233.

<sup>97</sup> Ríos *et al.* (2008) p. 239.

<sup>98</sup> Ríos *et al.* (2008) p. 234.

<sup>99</sup> INTER-PARLIAMENTARY UNION (2012) p. 2-6.

<sup>100</sup> VV.AA. (Ríos *et al.*, 2008, p. 232; INTER-PARLIAMENTARY UNION, 2012, p. 7; EUROPEAN PARLIAMENT, 2013, p. 20.

<sup>101</sup> BALLINGTON & MATLAND (2004) p. 11.

<sup>102</sup> Pensando en quienes no aceptan la diferencia entre ambos.



Veamos el caso de los postulantes negros a la universidad en EE.UU. Algunos de ellos se verán beneficiados por una política de cuota en el sentido de que podrán acceder a la universidad con un puntaje inferior al de algunos postulantes blancos. Sin embargo, esta política no ataca a los postulantes blancos en el sentido de que les impida acceder a la universidad en virtud de un prejuicio, estigma o insulto<sup>103</sup>. De hecho, los postulantes blancos podrán ingresar a la universidad y serán la mayoría. Lo que ocurre es que algunos postulantes blancos no podrán ingresar porque ese cupo será llenado con algunos postulantes negros. En el caso *Bakke*<sup>104</sup>, ese alumno blanco no quedó admitido en la Universidad de California<sup>105</sup>. Sin embargo, no fue admitido no porque fuera blanco sino porque no sacó el puntaje suficiente. Si hubiere sacado mayor puntaje habría sido admitido, como la gran mayoría de los otros postulantes blancos. Para que la política de cuota sea considerada discriminatoria, habría que argumentar que *Bakke* tenía un derecho constitucional a ser admitido en la universidad con el puntaje que sacó. Esto es difícil de sostener. *Bakke* no tenía un derecho a ingresar con ese específico puntaje<sup>106</sup>. El ingreso a una universidad específica depende de cuan selectiva sea esa universidad<sup>107</sup>.

En el caso de cuotas de género para ocupar escaños parlamentarios se puede presentar una situación equivalente. Si se implementa una política de cuota de género, va a ocurrir que la mayoría de los candidatos electos van a ser hombres y algunos pocos quedarán fuera porque esos cupos serán llenados con mujeres. Pensemos en un candidato hombre que pierde la elección. Si hubiere sacado mayor votación, quizá habría sido electo y otro candidato hombre habría quedado fuera. El argumento para oponerse al sistema de cuota tendría que ser que el candidato hombre tiene derecho a ser elegido con la votación que sacó. Sin embargo, ningún candidato tiene derecho a ser elegido con ninguna votación en particular. Eso va a depender del sistema electoral. Por ejemplo, ese candidato con esa votación podría haber resultado electo en un sistema de dos cupos por distrito, pero no en uno uninominal. Por tanto, no es correcto afirmar que el candidato hombre tiene un derecho a ser electo con esa votación. Por ende, no se puede afirmar que el sistema de cuota lo discrimina<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> DWORKIN (1985) p. 301.

<sup>104</sup> UNIVERSITY OF CALIFORNIA REGENTS v. BAKKE, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>105</sup> La política de la Escuela de Medicina de la U. de California consistía en reservar 16 lugares de 100 vacantes, para estudiantes negros y de otras minorías. DWORKIN (1985) p. 293.

<sup>106</sup> En un sentido similar, para el caso *DeFunis*. DWORKIN (1993) p. 330.

<sup>107</sup> Imaginemos que la U. de California tiene un puntaje de corte sin acción afirmativa de 57 y la U. de Virginia 65. Supongamos que *Bakke* saca 60 puntos. Supongamos ahora que la política de acción afirmativa tiene como efecto que en la U. de California el último postulante blanco entre con 63 puntos. ¿Puede *Bakke* invocar su argumento de que a él se le exige un puntaje más alto que a los demás? No. Con su puntaje, él no entra en la U. de Virginia. Por eso no postula a ella. Supongamos que esa universidad también implementa una política de acción afirmativa en virtud de la cual el último postulante blanco admitido saque 74 puntos. *Bakke* tampoco habría entrado. ¿Podría postular a esa universidad y alegar que la acción afirmativa lo discrimina al subir de 70 a 74 puntos el puntaje de corte? No, porque igual no habría entrado. Entonces, que *Bakke* entre o no a una universidad dependerá de su puntaje y de cuan selectiva sea ella. Su argumento de que se le pide un puntaje más alto no es relevante. Lo que ocurre es que la U. de California, con la política de acción afirmativa, pasa a ser más selectiva para un postulante blanco. Esto descarta el argumento del puntaje y nos devuelve al tema de la raza, que ya hemos analizado.

<sup>108</sup> Ver también ZÚÑIGA (2006) p. 55, donde señala que “...es altamente cuestionable que las medidas de trato preferencial importen discriminación”.

La acción afirmativa, y las cuotas en particular, al beneficiar a un grupo, producen consecuentemente un impacto en otras personas, pero no en cuanto grupo sino a nivel individual. Bakke es perjudicado porque su puntaje no le alcanza para entrar a la universidad, y no le alcanza porque existe acción afirmativa, pero muchos otros blancos con mayor puntaje sí son aceptados. Un sistema de cuotas para la mujer no implica que un candidato hombre no pueda acceder por ser hombre. Si así fuera, ningún hombre llegaría al Parlamento. Como sí lo logran, y en gran mayoría, no se puede afirmar, tan gruesamente, que se perjudica a alguien en razón de su sexo. Lo que ocurre es que el resultado dependerá de los votos que obtenga en la elección. Por eso, alguien podría replicar, entonces, que hay una discriminación en materia de requisitos: para los hombres se requerirá un número mínimo de sufragios, a diferencia del caso de las mujeres.

Es cierto que en tal sentido habría una diferencia entre hombres y mujeres, pero eso no constituye una discriminación arbitraria porque eso sugeriría que carece de fundamento. Una política que intenta subir la participación femenina en el Congreso de 15 a 25% no es una política arbitraria. Que los hombres bajen su representación del 85% a 75% no puede considerarse una discriminación arbitraria, una distinción fundada en el prejuicio, en el odio, en la estigmatización<sup>109</sup>. Los hombres no pueden considerarse un grupo oprimido por una ley de cuotas de género, pues seguirán siendo la mayoría en el Parlamento<sup>110</sup>.

Es importante tener presente que el grupo mayoritario –los hombres en el Congreso y los blancos en las universidades– no lo son por azar. La estructura de discriminación y segregación social que ha perjudicado a las mujeres y a los negros ha generado esa consecuencia. Negar eso implicaría sostener que la segregación y discriminación formal, reconocida por el derecho, directa y sistemática, no ha producido efectos a nivel social. Eso sería absurdo. Por tanto, cabe señalar que los candidatos hombres y los postulantes blancos están, en los hechos, beneficiados por la segregación estructural<sup>111</sup>. Este es el fundamento de hecho de una ley de cuotas de género y es lo que demuestra que ella no constituye una discriminación arbitraria.

Además, esto permite descartar el argumento de responsabilidad objetiva, que se presenta como pregunta: “¿Por qué debo pagar por la conducta esclavista de antepasados, o de hombres que negaron derechos a las mujeres? Yo no he hecho nada”<sup>112</sup>. Es cierto que esa persona no ha hecho nada, pero se beneficia de lo que hicieron otros en el pasado. Esto es lo que no detecta Giménez: él señala que las cuotas reservadas dañan a los integrantes de grupos no beneficiados porque pierden bienes “...que les hubieren correspondido...” de no haber existido la política<sup>113</sup>. El punto es que de no haber existido discriminación y segregación estructural en el pasado, tal vez esos bienes no les hubieran correspondido ahora. Por tanto, se benefician de la segregación pasada.

<sup>109</sup> RUIZ MIGUEL (1994) p. 87.

<sup>110</sup> ZÚÑIGA (2007) p. 19.

<sup>111</sup> Sobre el impacto de las estructuras patriarcales en la emancipación de la mujer, ver ZÚÑIGA (2009) p. 44.

<sup>112</sup> Ver el argumento de responsabilidad objetiva en RUIZ MIGUEL (1994) p. 82.

<sup>113</sup> GIMÉNEZ (1999) p. 78.

Junto con lo anterior, es importante recordar que la acción afirmativa no pretende castigar a grupos de personas por las injusticias que cometieron sus antepasados sino que protege a quienes siguen experimentando los efectos de esas injusticias, poniendo un límite a quienes aún se benefician de ello. Una autora dice: disminuye la condición sustancial de ventaja<sup>114</sup>. Por ejemplo, que no más del 80-85% de los postulantes admitidos en las universidades sean blancos y que no más del 65-70% de los parlamentarios sean hombres. Ese límite no es arbitrario ni injusto. Quien se opone a estos límites, en los hechos, espera o desea que se mantenga cerca del 97% de blancos en el ingreso a la universidad<sup>115</sup> o el 85% de hombres en el Congreso. Es difícil conciliar esa expectativa con la idea de que en Chile no hay grupos privilegiados, como prescribe el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Para finalizar este acápite, valga detenernos en un fallo de la Corte Suprema, que consideró constitucional una forma de discriminación positiva en 1993, contenida en la ley indígena<sup>116</sup>. La Corporación Metodista interpuso recurso de inaplicabilidad de los artículos 53 y 53 bis de la Ley de Indígenas N° 17.729, de 26 de septiembre de 1972, en autos sobre reivindicación, por transgredir las garantías contempladas en los números 2, 3 y 24 del artículo 19. Básicamente, se sostuvo que la ley otorgaba privilegios a los indígenas<sup>117</sup>. La defensa alegó que no existe vulneración constitucional porque la igualdad no impide dictar normas que protejan ciertas categorías de personas “...para compensar su debilidad social o económica en sus relaciones frente a otras categorías de la sociedad (...) un sector de la ciudadanía tradicionalmente postergada (...) no está creando un privilegio arbitrario o injusto”<sup>118</sup>.

La Corte Suprema señaló que el principio de igualdad no puede “...entenderse en forma rígida y dogmática, toda vez que es normal que en una serie de ámbitos la ley puede hacer diferenciaciones entre personas o grupos, con la finalidad de exigir mayores o menores requisitos para el ejercicio de ciertos derechos”<sup>119</sup>. Lo que en verdad se prohíbe son las discri-

<sup>114</sup> BALLESTRERO (2005) p. 107.

<sup>115</sup> Por ejemplo, en EE.UU. un estudio (*The Shape of the River*, 1998, citado por DWORKIN, 2000, cap. 11) indica que una política de admisión neutral a la raza baja la aceptación de postulantes negros entre 50-75% en las universidades; en las profesiones es peor: los estudiantes negros no superan el 3,4% y en las universidades más selectivas, no superan el 1%. En rigor, se trata de exámenes para escuelas de Derecho, donde la aceptación de postulantes negros es entre el 1,6%-3,4% en 173 escuelas de derecho acreditadas por la ABA, y no superan el 1% en las más selectivas. DWORKIN (2000) p. 399.

<sup>116</sup> Corte Suprema. Recurso de Inaplicabilidad. Rol 17.058-1993. 25-6-1993.

<sup>117</sup> Afirma que el chileno que sea indígena puede recurrir a esta ley especial en contra de cualquier otra persona “...llevándola a un juicio especial, de única instancia, y con estudios e informes del mismo servicio demandante”. Además, “...el demandado no indígena se encuentra limitado en la defensa de sus derechos por lo dispuesto en el artículo 53 bis que hace prevalecer el título de merced sobre cualquier otro, creando una situación de excepcional privilegio al invocar el demandante indígena una supuesta controversia sobre el título”. Sostiene que “...al establecer la ley una situación ventajosa para aquellas personas que siendo chilenas tienen el privilegio de ser indígenas, se vulnera el artículo 19 N° 2 de la Constitución porque crea diferencias entre los chilenos de raza indígena y los chilenos que no lo son”. Ver C° 2.

<sup>118</sup> C° 2.

<sup>119</sup> C° 3 o 4. Hay error en el texto de la sentencia, tanto en la versión que aparece en la Revista de Derecho y Jurisprudencia (Tomo XC, N° 2, mayo-agosto, año 1993, Segunda Parte, Sección Quinta, págs. 183-189) como en el portal de microjuris. El error consiste en que no aparece el N° 4.

minaciones arbitrarias, estimó la corte<sup>120</sup>. Luego, la Corte Suprema validó la discriminación positiva, al señalar que las normas impugnadas no son inconstitucionales porque su objetivo es “...la protección de cierta categoría de personas para resguardar su debilidad social, cultural y económica frente a otros estamentos de la sociedad chilena que no se encuentran en las mismas condiciones, como lo son los indígenas del país”<sup>121</sup>. Como se puede advertir, la Corte Suprema reconoció la constitucionalidad de medidas de acción afirmativa, que establecen privilegios para un grupo tradicionalmente desventajado, y decretó que la diferenciación que suponen dichas medidas no constituye una discriminación inconstitucional.

## V. ¿SON OBLIGATORIAS CONSTITUCIONALMENTE LAS CUOTAS DE GÉNERO?

La palabra **obligatorio** es fuerte, pero es plausible fundar un imperativo constitucional para la instauración de algún sistema de cuotas de género para el Congreso en virtud de dos tipos de argumentos: conceptual y normativo. El argumento conceptual se construye a partir de varios elementos. Primero, la situación normativa y fáctica de la mujer para acceder al Congreso corresponde a lo que se denomina **discriminación indirecta**. No existe una norma que impida a las mujeres conseguir escaños en igualdad de oportunidades que los hombres pero sí existen barreras fácticas que lo obstaculizan, según se ha documentado previamente. Las normas brindan un trato igual a hombres y mujeres pero ese trato se traduce en que las mujeres no puedan superar las barreras existentes y genera un resultado perjudicial para ellas, que es discriminación indirecta<sup>122</sup>. Pues bien, la discriminación indirecta no solo ha sido reconocida por la doctrina<sup>123</sup> sino también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>124</sup>. Segundo, el principio de igualdad no faculta sino que exige atacar la discriminación arbitraria<sup>125</sup>, sea directa o indirecta. Por tanto, la Constitución exige combatir la discriminación indirecta<sup>126</sup>. Tercero, las cuotas de género constituyen una herramienta necesaria para enfrentar las barreras fácticas que no impiden pero obstaculizan el acceso de la mujer al Congreso<sup>127</sup>. Esto también se ha documentado más atrás: sin cuotas, no es posi-

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> C° 5. Negritas agregadas.

<sup>122</sup> BALLESTRERO (1996) p. 98.

<sup>123</sup> VV.AA. (BALLESTRERO, 1996, p. 98; FREDMAN, 2011, p. 177). Fredman señala: debe haber trato igual que produzca un resultado perjudicial para un grupo. FREDMAN (2011) p. 178.

<sup>124</sup> El Tribunal Constitucional cita el informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas: “la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra”. Rol 1710-2010, 6-8-2010, C° centésimo cuarto.

<sup>125</sup> VV.AA. (FIGUEROA, 2000, p. 45; ZÚÑIGA, 2007, p. 19). El principio de igualdad es imperativo, no facultativo. Si fuera facultativo, significaría que las discriminaciones contrarias a él podrían ser toleradas. FIGUEROA (2000) p. 45.

<sup>126</sup> Este elemento es normativo, más que no conceptual.

<sup>127</sup> BALLESTRERO (1996) p. 98. Afirma esta autora que la acción afirmativa ataca la discriminación indirecta.

ble remontar la brecha de manera significativa. Cuarto, las cuotas de género corresponden a un tipo de acción afirmativa, y la acción afirmativa ha sido validada por la jurisprudencia constitucional, como se ha visto. Por tanto, si combinamos los cuatro elementos señalados, tenemos un argumento conceptual para sustentar la tesis de que existe un imperativo constitucional de implementar un sistema de cuotas de género para el Congreso<sup>128</sup>.

El argumento normativo se compone de principios constitucionales y normas de derecho internacional. Como se ha documentado, existe una brecha estructural de género, en Chile y en el mundo, que obstaculiza el acceso de la mujer al Congreso de manera significativa, en términos tales que sin cuotas de género la representatividad de género en el Congreso no supera el 20%. Si esa herramienta es indispensable, ¿está meramente permitido por la Constitución recurrir a ella o es obligatorio hacerlo? Pensar que está meramente permitido significa que el legislador puede tolerar la existencia y persistencia de dicha brecha aunque existan medios para corregirla; la Constitución sería complaciente con dicha brecha. Pues bien, existen principios constitucionales que tornan difícil esa complacencia<sup>129</sup>. Primero, el principio de igualdad de derechos<sup>130</sup>. Ese principio exige enfrentar la discriminación indirecta, lo que en el caso de la mujer requiere cuotas de género, como se ha explicado antes. La Constitución no solo consagra la igualdad de derechos en términos abstractos sino que prescribe expresamente la igualdad entre hombres y mujeres<sup>131</sup>. Pues bien, no parece compatible el respeto, promoción y cumplimiento por parte del Estado<sup>132</sup> de ese principio con la tolerancia de una brecha de género como la descrita, existiendo los medios para aminorarla<sup>133</sup>. Por otra parte, la Constitución consagra la igual dignidad de las personas<sup>134</sup>. Es difícil sostener que el Estado se toma en serio la igual dignidad de la mujer si a la hora de repartir el poder político, ella queda relegada a un 14% del Congreso, pudiendo ello ser corregido.

Segundo, el principio de que Chile es una república democrática<sup>135</sup>. Fox señala: “No podemos realmente sostener que tenemos una democracia representativa si el género del 51% de la población es reflejado solo en un 22% de los representantes en el Parlamento”<sup>136</sup>.

<sup>128</sup> Couso ha señalado que, en principio, el Tribunal Constitucional podría forzar al legislador o al ejecutivo a adoptar medidas de acción afirmativa para atacar la subrepresentación de la mujer en el Congreso. COUSO (2011) pp. 142-143.

<sup>129</sup> Zúñiga señala que “[l]a exclusión que sufren sistemáticamente las mujeres no debería, entonces, tratarse como una mera anécdota, o como una distorsión que será corregida por el simple devenir de las cosas, sino que exige perentoriamente la intervención de los Estados”. ZÚÑIGA (2010) p. 150.

<sup>130</sup> Cfr. Artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980.

<sup>131</sup> Recuérdese que el texto original prescribía que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En 1999 la palabra hombres fue sustituida por personas y se agregó la frase Hombres y mujeres son iguales ante la ley en el artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980.

<sup>132</sup> Cfr. Artículo 5° inc. 2° de la Constitución de 1980.

<sup>133</sup> En un línea parecida, el ministro Carmona señala que: “...la acción afirmativa implica superar la igualdad formal (...) para dar paso a una igualdad material (...) al compromiso de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva...” CARMONA (2011) p. 116.

<sup>134</sup> Cfr. artículo 1° de la Constitución de la Constitución de 1980.

<sup>135</sup> Cfr. artículo 4 de la Constitución de la Constitución de 1980.

<sup>136</sup> FOX (2012) p. 750. Fox señala: “*We cannot really claim to have a representative democracy when the gender of 51 per cent of the population is reflected in only 22 per cent of the representatives in Parliament*”.

En Chile es un 14%. Una brecha de género tan agudizada hace difícil pensar que la democracia chilena se pueda llamar representativa. Incluso se ha sostenido que el principio de igualdad demanda una democracia paritaria<sup>137</sup>. Que Chile sea **relativamente** una república democrática implica un deber para autoridades y órganos del Estado: el deber de **respetar** y **promover**<sup>138</sup> la democracia representativa<sup>139</sup>. Este deber no se cumple si se tolera una brecha que la hace ilusoria.

Tercero, el principio de servicialidad<sup>140</sup> del Estado. El Estado está al servicio de la persona humana –incluyendo las mujeres– y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible<sup>141</sup>. Es difícil sostener que el Estado promueva el bien común si tolera una brecha estructural como la aludida tantas veces; y menos aún puede pensarse que el Estado cumple con su obligación de contribuir a crear las condiciones que permitan a todos su mayor realización personal posible si permanece en la inacción ante la referida brecha, existiendo medios comprobados para reducirla<sup>142</sup>.

Finalmente, el principio de promoción de la integración social. La Constitución establece que el Estado tiene el deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la población. Esta norma justifica la acción afirmativa<sup>143</sup>. Pues bien, el Estado no está cumpliendo su deber de integración armónica tolerando una brecha de género tan abrupta.

En el ámbito del derecho internacional, existen argumentos normativos en favor de la acción afirmativa (no de las cuotas en particular). El PIDCP exige “...garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos...”<sup>144</sup> Medina sostiene que los Estados tienen el deber de garantizar el goce de los derechos humanos y ese goce puede estar impedido por circunstancias fácticas. El Estado debe emprender acciones afirmativas para corregir esa situación y dichas acciones no son sino el cumplimiento de su deber de garantizar los derechos. Medina agrega que no basta igualdad formal, sino que también es necesaria la de facto<sup>145</sup>. La Corte Interamericana ha señalado que el Estado tiene la obligación de combatir las prácticas discriminatorias<sup>146</sup>. Lo mismo ha señalado

<sup>137</sup> ZÚÑIGA (2005) p. 2.

<sup>138</sup> A la luz del artículo 5 de la Constitución de 1980.

<sup>139</sup> Algunos han planteado que la idea de representación no se debe limitar al género. Ante ello, Fox responde que la importancia de enfrentar la brecha de género no se ve aminorada por la necesidad de corregir otras fallas de representación, ni lo impide. FOX (2012) p. 750. Por otra parte, se podría decir –como se ha explicado más atrás– que con la mujer ha sucedido algo que no ha pasado con sectores de la población. Por tanto la analogía entre la mujer y otros grupos sería incorrecta. Además, se puede señalar que es un error conceptual asimilar el género, que es una categoría universal, a grupo. BALAGUER (2005) p. 140.

<sup>140</sup> Palabra que no existe en el diccionario de la RAE, pero que es ocupada por los juristas.

<sup>141</sup> Cfr. Artículo 1º de la Constitución de 1980.

<sup>142</sup> CARMONA (2011) p. 116. El argumento del ministro Carmona es que este principio permite fundar las acciones afirmativas.

<sup>143</sup> CARMONA (2011) pp. 116-117.

<sup>144</sup> Cfr. Artículo 3º de la Constitución de 1980.

<sup>145</sup> MEDINA (2011) p. 20-21.

<sup>146</sup> Opinión consultiva 18/03, párrafo 88.



el Comité de DDHH, que ha validado medidas afirmativas para corregir discriminaciones de hecho<sup>147</sup> y ha declarado que se prohíben las discriminaciones de hecho “...en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”<sup>148</sup>. Por su parte, la CEDAW prescribe que las “...medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer” no constituyen discriminación<sup>149</sup>.

Como se puede apreciar de estos antecedentes, el principio de igualdad exige, no solo faculta, al Estado adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación, incluyendo un trato preferencial para un grupo o sector. Aquí se está aludiendo a la discriminación indirecta, lo que se reitera cuando se alude a los verbos **impedir** u **obstaculizar**. En Chile, el INDH cree que son necesarias medidas de acción afirmativa<sup>150</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

1. El principio de igualdad se puede implementar mediante tres modelos: la igualdad formal de recursos, la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados. Las cuotas de género corresponden a una forma de acción afirmativa y esta a un modelo de igualdad de resultados. Por tanto, las cuotas de género son una forma de implementar el principio de igualdad. La acción afirmativa ha sido declarada constitucional por la Corte Suprema.
2. Las cuotas de género no están prohibidas por ningún precepto constitucional: no por el artículo 19 N° 2, porque no son arbitrarias ni constituyen un privilegio; tampoco por el artículo 19 N° 17 porque no infringen la igualdad de acceso a cargos públicos.
3. Las cuotas de género para el Congreso no constituyen una discriminación arbitraria: no solo porque son una forma de implementar el principio de igualdad sino porque están justificadas. En efecto, las cuotas permiten reducir la brecha estructural de representación parlamentaria entre hombres y mujeres. Existe abundante evidencia que sustenta que, de hecho, son indispensables para reducir esa brecha.
4. La brecha de género entre hombres y mujeres en relación con la representación parlamentaria corresponde a lo que se denomina discriminación indirecta. Este tipo de discriminación ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia chilena. Las cuotas de género para el Congreso combaten ese tipo de discriminación.

<sup>147</sup> En la Observación General N° 18, párrafo 9, se solicita a los Estados informar sobre las medidas que adopten para combatir la discriminación de hecho. En el párrafo 10 señala expresamente que se pueden adoptar medidas positivas y brindar un “trato preferencial” a un sector de la población, para “corregir la discriminación de hecho”. Estas medidas “en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho (...) son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”. Medidas **positivas** significa **afirmativas** en este contexto. Finalmente, en el párrafo 12 señala que el PIDCP prohíbe la discriminación de hecho.

<sup>148</sup> Observación General N° 18, párrafo 12.

<sup>149</sup> Cfr. artículo 4 de la Constitución de 1980.

<sup>150</sup> FRIES (2011) p. 14: “...el Instituto ha planteado la necesidad de diseñar y adoptar acciones afirmativas que permitan a los colectivos históricamente discriminados avanzar en la garantía y protección de sus derechos humanos”.



5. El principio de igualdad obliga a atacar –en vez de tolerar– la discriminación arbitraria, sea directa e indirecta.

6. Atendiendo a la evidencia que demuestra que las cuotas de género son indispensables para reducir la brecha de representación parlamentaria; considerando que el principio de igualdad exige atacar la discriminación indirecta, y considerando que la situación de la mujer corresponde a ese tipo de discriminación, es posible concluir que existe un imperativo constitucional de instituir cuotas de género. Este imperativo se sustenta, además, en varios principios reconocidos por el artículo 1° de la Constitución.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEX, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ATIENZA, Manuel (1996): “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, N° 19: pp. 111-122.
- BALAGUER, María L (2005): *Mujer y Constitución* (Madrid, Cátedra).
- BALLESTRERO, María V (1996): “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, N° 19: pp. 91-109.
- BALLINGTON & MATLAND (2004): “Political Parties and Special Measures: Enhancing Women’s Participation in Electoral Processes”. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/meetings/2004/EGMelectoral/EP8-BallingtonMatland.PDF>
- BAMFORTH, Nicholas; MALIK, Maleiah; O’CINNEIDE, Colm (2008): *Discrimination Law: Theory and Practice* (London, Thomson. Sweet & Maxwell).
- BOBBIO, Norberto (1993) *Igualdad y Libertad* (trad. Pablo Aragón, Barcelona, Paidós).
- BRONFMAN, Alan; MARTÍNEZ, José I.; NÚÑEZ, Manuel (2012): *Constitución Política Comentada* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot).
- CARMONA, Carlos (2011): “Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales”, en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional. Igualdad y no Discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real* (Santiago, INDH).
- CEA, José L (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CONTESSE, Jorge (2011): “Las demandas de la igualdad y los pueblos indígenas: el caso de la acción afirmativa”, en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional. Igualdad y no Discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real* (Santiago, INDH).
- CORNEJO, Pablo (2011): “La importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados. Análisis desde la perspectiva de la diversidad sexual”, en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional. Igualdad y no Discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real* (Santiago, INDH).
- COUSO, Javier (2011): “Constitucionalidad de las acciones afirmativas en Chile”, en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional. Igualdad y no Discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real* (Santiago, INDH).

- DWORKIN, Ronald (1981): “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare,” *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, N° 3 (Summer): pp. 185-246.
- DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of Principle* (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1993): *Los Derechos en Serio* (trad. Marta Guastavino, Barcelona, Planeta).
- DWORKIN, Ronald (2000) *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (Cambridge, Harvard University Press).
- EPSTEIN, Richard (2002): “A Rational Basis for Affirmative Action: A Shaky but Classical Liberal Defense,” *Michigan Law Review*, Vol. 100, N° 8 (Aug.): pp. 2036-2061.
- European Parliament (2013): “Electoral Gender Quota Systems and their Implementation in Europe. Update 2013”. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/493011/IPOL-FEMM\\_NT\(2013\)493011\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/493011/IPOL-FEMM_NT(2013)493011_EN.pdf)
- FIGUEROA, Rodolfo (2000): “Igualdad y Discriminación”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 10: pp. 9-64.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009): “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2: pp. 313-342.
- FOX, Ruth (2012): “Too Important to Leave to Parties: The Case for Constitutionalising Equal Representation”, *The Political Quarterly*, vol. 83, N° 4: pp. 749-753.
- FREDMAN, Sandra (2011): *Discrimination Law* (Oxford University Press).
- FRIES, Lorena (2011): “Igualdad y discriminación en Chile”, en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional. Igualdad y no Discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real* (Santiago, INDH).
- GIMÉNEZ, David (1999): *Un manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa* (Valencia, Tirant lo Blanc).
- HELLMAN, Deborah (2011): *When is Discrimination Wrong?* (Cambridge, Harvard University Press).
- INTERPARLIAMENTARY UNION (2012): “Women in Parliament in 2012”. Disponible en: <http://www.ipu.org/pdf/publications/WIP2012e.pdf>
- KROOK, Mona (2008): “La adopción e impacto de las leyes de cuotas de género: una perspectiva global”, en Ríos, Marcela (edit), *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina* (Santiago, Flacso): pp. 27-59.
- LAWRENCE, Charles (2001): “Two Views of the River: A Critique of the Liberal Defense of Affirmative Action”, *Columbia Law Review*, vol. 101, N° 4 (May): pp. 928-976.
- MCCRUDDEN, Christopher (1986): “Rethinking Positive Action”, *Industrial Law Journal*, vol. 15: pp. 219-243.
- MEDINA, Cecilia (2011) “Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa”, en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Seminario Internacional. Igualdad y no Discriminación: estándares y mecanismos para la igualdad real* (Santiago, INDH).
- NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Tomo 2* (Santiago, Librotecnia).
- PECES-BARBA, Gregorio (1983): *Los Valores Superiores* (Madrid, Tecnos).

QUOTA PROJECT (2013): “About Quotas”. Disponible en: <http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm>.

RAWLS, John (1971) *A Theory of Justice* (Cambridge, Belknap Press).

RÍOS, Marcela (2005) *Cuotas de Género: Democracia y Representación* (Santiago, Flacso).

RÍOS, Marcela; HORMAZÁBAL, Daniela; COOK, Maggi (2008): “El efecto de las leyes de cuota en la representación de las mujeres en América Latina,” en Ríos, Marcela (edit), *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina* (Santiago, Flacso) pp. 221-241.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1996): “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, N° 19: pp. 123-140.

RUIZ-MIGUEL, Alfonso (1994): Discriminación inversa e igualdad. Amelia Valcárcel (comp.) *En El Concepto de Igualdad* (Editorial Pablo Iglesias. Madrid).

SEN, Amartya (1992): *Inequality Reexamined* (Cambridge, Harvard University Press).

SILVA, Alejandro (2006): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SILVA, Alejandro (2010): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XIII (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ZÚÑIGA, Alejandra; AGUILERA, Daniela; VÁSQUEZ, Andrea (2007): “Lejos del Poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XX, N° 2: pp. 9-30.

ZÚÑIGA, Alejandra; VALENZUELA, Cecilia (2014): “Leyes de Cuotas Electorales, Constitución y Democracia” (inédito).

ZÚÑIGA, Yanira (2005): “Democracia paritaria: de la teoría a la práctica”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XVIII, N° 2: pp. 131-154.

ZÚÑIGA, Yanira (2006): “El derecho como representación-deformación. Un análisis de su construcción adversarial en clave de género y derechos fundamentales,” *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XIX, N°1: pp. 35-59.

ZÚÑIGA, Yanira (2009): “La “Generización” de la Ciudadanía. Apuntes sobre el Rol de la Diferencia Sexual en el Pensamiento Feminista”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXII, N° 2: pp. 39-64.

ZÚÑIGA, Yanira (2010): “Ciudadanía y Género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno contemporáneo”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 2: pp. 133-163.

## NORMAS CITADAS

Ley N° 4.554, de 9 de febrero de 1929.

Ley N° 9.292, de 14 de enero de 1949.

Ley N° 17.729, de 26 de septiembre de 1972.

Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989.

Ley N° 19.966, de 3 de septiembre de 2004.

Ley N° 20.370, de 12 de septiembre de 2009.

Ley N° 20.422, de 10 de febrero de 2010.

Ley N° 20.609, de 24 de julio de 2012.

Artículo 1.447 del Código Civil.

Artículo 1° de la Constitución de 1980.

Artículo 1° inc. 3° de la Constitución de 1980.

Artículo 1° inc. 4° de la Constitución de 1980.

Artículo 3° de la Constitución de 1980.

Artículo 4° de la Constitución de 1980.

Artículo 5° de la Constitución de 1980.

Artículo 5° inc. 2° de la Constitución de 1980.

Artículo 18 de la Constitución de 1980.

Artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980.

Artículo 19 N° 16 de la Constitución de 1980.

Artículo 19 N° 17 de la Constitución de 1980.

Artículo 38 de la Constitución de 1980.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### a) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Rol 28, 8-4-1985. Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que establece normas para las entidades financieras en liquidación.

Rol 53-1988, 5-4-1988. Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios.

Rol 141-1992, 12-2-1992. Requerimiento respecto de las cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación del proyecto que modifica la Ley orgánica constitucional de Municipalidades N° 18.695, de 3 de marzo de 1988.

Rol 1243-2008, 30-12-2008. Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria.

Rol 1295-2008, 6-10-2009. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 7910-2008.

Rol 1710-2010, 6-8-2010. Proceso iniciado de oficio para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres y cuya sentencia se publicó en el *Diario Oficial* el 9 de agosto de 2010.

Rol 1683-10, 4-1-2011. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

Rol 2541-13, 18-11-2013. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados, que representan la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, contenido en el Boletín N° 6190-19.

Rol 2509-13, 24-9-2013. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados respecto de N° 9 del artículo primero del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, contenido en el Boletín N° 6190-19.

Rol 2306-12, 30-5-2013. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Luis Eugenio Palma Bustamante respecto del artículo 225 del Código Civil, en los autos sobre alimentos de que conoce el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, bajo el RIT N° C-1303-2012, RUC 12-2-0181864-6.

#### b) CORTES DE APELACIONES

*Acevedo con Dirección General de Carabineros* (1984): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de mayo de 1984 (recurso de protección), Rol 50-84. Gaceta Jurídica N° 47, págs. 50-53.

*D'Orival y Aréjula con Comandante de Gendarmería del Centro de Detención Preventiva de San Miguel* (1987): Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de abril de 1987 (recurso de protección), Rol 6-87. Gaceta Jurídica, N° 82, págs. 66-68.

*Poblete con Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 2008 (recurso de protección), Cita Online: CL/JUR/2620/2008. Rol 2034-2008.

*I. Municipalidad de Putre c. Comisión Regional del Medio Ambiente de Arica y Parinacota* (2011): Corte de Apelaciones de Arica, 4 de marzo de 2011 (recurso de protección), Cita Online: CL/JUR/1783/2011. Rol 9-2011.

*Margarita Ocares Castro con Universidad Central de Chile* (2012): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5 de noviembre de 2012 (tutela laboral), Rol T-367-2012, Cita Online: CL/JUR/3069/2012.

#### c) CORTE SUPREMA

Recurso de Inaplicabilidad. Rol 17.058-1993. 25-6-1993.

#### d) CORTE SUPREMA DE LOS EE.UU.

JOHNSON v. TRANSPORTATION AGENCY, 480 U.S. 616 (1987).

UNIVERSITY OF CALIFORNIA REGENTS v. BAKKE, 438 U.S. 265 (1978).