

**Dos Concepciones de Igualdad en el
Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Una superposición que amenaza a las Acciones Afirmativas**

Material preparado para curso de postítulo del Centro de Derechos Humanos*.

Memoristas

VALESKA MARCELA DAVID CONTRERAS

ALIA KARIMA TRABUCCO ZERÁN

Profesora Guía:

CECILIA MEDINA QUIROGA

Santiago, Chile

2009

* Extracto de la memoria de grado de Valezka David Contreras y Alia Trabucco Zerán para obtener su grado de licenciatura en la carrera de Derecho, Universidad de Chile. Dirigida por la profesora Cecilia Medina Quiroga. No reproducir, ni citar.

CAPÍTULO I
LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA Y SU RELACIÓN CON EL
PRINCIPIO DE IGUALDAD

I. 1. Algunas ideas básicas sobre la igualdad y no discriminación.

i) Breves nociones conceptuales

A continuación revisaremos algunos aspectos generales acerca de la igualdad y no discriminación en el campo del derecho internacional de derechos humanos. Para ello comenzaremos por esbozar algunos de los ejes fundamentales que informan el principio de igualdad, tal como ha sido entendido en esta esfera y en parte relevante del derecho constitucional, para luego revisar someramente su desarrollo en el seno del sistema universal de derechos humanos. Daremos cuenta de un progresivo y paulatino cambio en el alcance atribuido a dicho principio por parte de los Estados y los órganos internacionales, que revela una especie de recorrido –no lineal, por supuesto- de una garantía abocada casi exclusivamente a vetar la discriminación, hacia otra que demanda medidas específicas de protección frente a modalidades más complejas y encubiertas de dicho fenómeno.

Los puntos a abordar en este acápite permitirán sentar los lineamientos básicos para aproximarnos a las dos grandes concepciones de igualdad que se manejan en el sistema interamericano de derechos humanos y cuya adopción (de una u otra) tiene incidencia gravitante en la formulación de una teoría acerca de la legitimidad de las acciones afirmativas. Por lo mismo, las siguientes líneas no pretenden ser exhaustivas en el análisis del principio de igualdad, pues sólo harán las veces de marco referencial para una adecuada comprensión de la problemática que inspira esta investigación.

La idea de igualdad que despierta nuestro interés no es aquella que nos permite describir la relación fáctica entre uno o más objetos, sino más bien una noción prescriptiva de igualdad. Esta última- entendida como regla de distribución- ha sido conceptualizada con los más diversos alcances. Su contenido ha oscilado entre los criterios de “partes iguales para todos”, “partes iguales para un grupo relativamente grande”, “igualdad proporcional”, “a cada quien según sus propios méritos” “distribuciones desiguales correspondientes a diferencias relevantes”, “distribuciones desiguales justas”, “igualdad procesal” e “igualdad como

nivelación”¹, entre otros. Asimismo, se ha intentado delimitar, por una parte, la “igualdad frente a la ley”, de la “igualdad en los derechos” y la “igualdad jurídica”. Y, por otra, se ha pretendido también determinar la noción de “igualdad de oportunidades” frente a la de “igualdad de hecho o igualdad sustancial”².

Ante la evidente dificultad de formular, desde el punto de vista del derecho, un concepto unitario de igualdad, nos parece conveniente enunciar, al menos, los elementos que caracterizan la idea de igualdad a la que nos estamos refiriendo. Ésta es aquella que se corresponde con la denominada “regla de justicia” esgrimida por Aristóteles, según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de manera desigual³. Si bien hoy parece indiscutible la trascendencia de esta máxima, lo cierto es que no nos dice mucho acerca de cuándo podemos aseverar que dos o más personas son iguales ni respecto de qué. Predicar la igualdad de dos o más sujetos importa un análisis relacional y valorativo.

El proclamar que debemos tratar de igual manera a quienes se encuentren en circunstancias análogas, sólo nos indica, en principio, que la diferencia de trato se encontraría autorizada siempre que ella se aplique de manera homogénea a quienes se hallan en un mismo supuesto de hecho. Sin embargo, tal conclusión no obstaría, por ejemplo, a la segregación racial, en tanto con ella se brindaría el mismo trato a las personas de un mismo color o raza. Lo verdaderamente importante entonces es valorar la circunstancia estimada relevante para distinguir entre las personas. Es preciso que, mediante un juicio de valor, califiquemos si al Estado le está permitido diferenciar en virtud de la circunstancia elegida.

Al respecto, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia ha arribado a la conclusión de que tal apreciación debe practicarse a la luz de un examen acerca de la objetividad y razonabilidad de la medida, en atención al objetivo a cuya consecución se encamina⁴. En

¹ Bobbio, Matteucci y Pasquino: *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores, (2000), pp.771-776.

² Bobbio, N: *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós, Barcelona, (1993), pp. 75-82

³ Aristóteles, *La Política*, Vol II, Editorial Panamericana, Colombia (1998).

⁴ Una de las primeras argumentaciones en este sentido, puede encontrarse en el voto disidente del Juez Tanaka en el marco de los casos del Sudoeste africano conocidos por la Corte Internacional de Justicia. En dicha opinión individual, el juez consignó que “el principio de igualdad no significa igualdad absoluta, sino que reconoce la igualdad relativa, es decir, un trato distinto proporcional a circunstancias individuales concretas. El trato distinto no debe ser arbitrario; requiere razonabilidad, o debe ser conforme con la justicia”. CIJ, Casos de Africa Suroccidental, Segunda Fase, Informes de la CIJ, 18 de julio 1966, Opinión disidente Juez Tanaka, párr. 4 (traducción libre). Ver también Corte EDH, Caso *Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of languages in Education in Belgium* (Fondo), 23 de

tanto el factor que configura la distinción pueda reconducirse a una justificación objetiva y razonable, o bien la medida denote una relación de proporcionalidad, necesidad y adecuación respecto de un fin legítimo, la diferencia será conforme al principio de igualdad. Si bien este examen será analizado en detalle en las páginas siguientes de la presente investigación, baste por ahora concluir que este *test* se orienta a descartar las decisiones fundadas en el prejuicio o en la arbitrariedad.

De acuerdo con ello, el mandato de igualdad admite tanto la identidad como la diferencia de trato, siempre que una u otra se erija sobre la base de una justificación apropiada. No obstante, existe una opinión generalizada en orden a considerar –conforme al planteamiento de Alexy– que ambas subnormas del mandato tienen una estructura disímil. Mientras que para autorizar un tratamiento igual no hace falta argüir motivación razonada, para consentir una diferencia de trato es preciso ofrecer fundamentación suficiente. Esta asimetría nos conduce a interpretar la máxima de igualdad “en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”⁵. En consecuencia, la carga argumentativa se inclinaría a favor del tratamiento igual.

La correspondencia entre el trato desigual y el principio de igualdad, conforme a la regla de justicia ya esbozada, ha sido también explicada en base a la existencia de dos tipos de derechos. El primero es “el derecho a *igual tratamiento*” respecto de la asignación de oportunidades o cargas y el segundo es “el derecho a *ser tratado como igual*”, esto es, a ser tratado con la misma consideración y respeto que los demás⁶. Sólo este último derecho revestiría carácter fundamental, en tanto el primero sería meramente derivado. Ello implica que “en algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias”⁷.

julio de 1968, párr. 10; Corte IDH, OC- 4/84 del 19 de enero de 1984: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, párr. 56-57.

⁵ Alexy, R: *Teoría de los Derechos Fundamentales* CEPC, Madrid (2001), p. 398.

⁶ Dworkin, R: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona (1998), p.332.

⁷ *Idem*. Asimismo, Rawls analiza “el principio de la diferencia” como un principio de justicia, en cuya virtud sostiene que “con el objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección a la igualdad”. Rawls, J: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica de Argentina (1979), p. 101.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha puesto de relieve la importancia del tratamiento diferenciado para garantizar la igualdad de derechos al consignar que “El derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención, también es violado cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan diferente a personas cuya situación es significativamente diferente”⁸

El reconocimiento de la procedencia del tratamiento diferenciado, como forma de materialización del principio de igualdad, reviste particular relevancia en el contexto de las actuales democracias. En efecto, aquel ha llegado a constituir un presupuesto indispensable para la garantía efectiva de los derechos humanos de todas las personas⁹, particularmente, en sociedades marcadas por la persistencia de agudas disparidades e inequidades de hecho.

En consecuencia, la discriminación se configura en presencia de una distinción que carece de una justificación objetiva y razonable¹⁰ y se nos presenta como el corolario negativo de la igualdad jurídica que debe respetar y garantizar el Estado. La igualdad y la prohibición de discriminación están interrelacionadas como dos aspectos correlativos o dos caras de la misma moneda¹¹.

Así, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación han sido cristalizados en la totalidad de los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, mediante cláusulas autónomas y subordinadas. Estas últimas, caracterizadas por extender su aplicabilidad a derechos, prerrogativas o beneficios de cualquier índole que se encuentren dentro de la potestad regulativa del Estado, contienen tres niveles de expresión de esta salvaguarda. Ellas consagran, por una parte, el derecho a la igualdad ante la ley; de otra, la igual protección de ley y, finalmente, una prohibición de discriminación¹².

⁸ Corte EDH, Caso Thlimmenos v. Greece, sentencia de 6 abril de 2000, (Traducción libre), párr. 44.

⁹ Nowak, M: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. N.P. Engel Publisher, 1993, p.36-37. En este sentido ver también Corte IDH, OC- 6/99: *El Derecho a Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párr. 119.

¹⁰ Corte EDH, *op. cit.* en n. 4, párr. 10.

¹¹ Corte IDH, *op. cit.* en n. 4, voto separado del Juez Piza Escalante, Párr. 10. Cabe hacer presente que otros han estimado que la prohibición de la discriminación es instrumental a la igualdad, siendo entonces la igualdad un principio jurídico y la prohibición de discriminación una garantía. En este sentido, ver, Espejo, N: *La Interpretación amplia de la no discriminación a la luz del Principio de Igualdad. Un enfoque Igualitarista del Interés Público*, trabajo presentado en el Foro contra la discriminación en el Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2000), p. 2.

¹² Nowak, *op cit*, en n. 9, pp.466-472.

No obstante, cabe advertir que esos tratados generales no establecen qué debemos entender por discriminación, sino que solamente se limitan a proscribirla. En cambio, algunos instrumentos de protección de los derechos humanos referidos a ámbitos o sectores específicos sí han incorporado definiciones de ese vocablo¹³, cuyos elementos fundamentales fueron recogidos por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para formular uno de los conceptos más extendidamente consensuados de discriminación. Conforme su observación General N° 18 dicho término “debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como, la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁴

Por tanto, la discriminación supone, en términos generales, una acción u omisión estatal fundada en algún motivo presuntivamente ilegítimo que provoca, ya sea con o sin intención, el detrimento o la privación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos de una parte de la población. Lo determinante es el efecto o resultado perjudicial de la medida y, por ello, la proscripción cubre no sólo la expedición y aplicación de normas, sino también las prácticas y situaciones gestadas por la fuerza de los hechos.

Actualmente, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, es uno de los más sólidamente asentados tanto en el derecho internacional, como en los ordenamientos jurídicos de los Estados y su consagración positiva tiene fórmulas lingüísticas similares en ambos sistemas normativos. Debido a su condición consustancial al reconocimiento de la dignidad humana y en tanto presupuesto indefectible para la eficacia de todos los derechos humanos, este principio ha sido elevado a la categoría de norma imperativa de *jus cogens*¹⁵.

¹³ Art. 1(a) del Convenio sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación N° 111 de la OIT; Art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Discriminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD); Art. 1.1 de la Convención sobre la Discriminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

¹⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N°18, *La no discriminación*, (1989) párr. 7.

¹⁵ Corte IDH, OC- 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, párr. 101. Ver también CIJ, *Barcelona Traction Light and Power Company*, 1970, párr. 33-34; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 de julio de 1996, párr. 79. Asimismo,

ii) Evolución del principio de igualdad.

La enunciación normativa de la igualdad es de antigua data. Desde que Aristóteles la asociara al contenido mismo de la justicia¹⁶, la idea según la cual las personas deben o merecen ser tratadas como iguales, ha sido una de las principales preocupaciones de la filosofía, el derecho y la ética política. En términos jurídicos, su consagración como conquista de las revoluciones liberales frente al antiguo régimen se expresa a través de la garantía de generalidad y abstracción que ofrece la ley. Desde entonces, la regla según la cual “todos los hombres son iguales ante la ley” ha tenido un fértil desarrollo a nivel normativo y jurisprudencial, tanto en el plano internacional, como en el derecho doméstico.

La igualdad formal resaltó el valor del individuo frente al Estado, exaltó sus derechos naturales y derrumbó los privilegios. Estas premisas, entonces revolucionarias, informaron el ideario burgués que dio paso al Estado Liberal clásico. En éste debía primar la neutralidad o indiferencia hacia los destinatarios de sus normas, para impedir que los individuos continuaran siendo tratados conforme al estamento al cual quedaban adscritos por nacimiento¹⁷. Si todos eran tratados de igual manera, las diferencias sólo serían atribuibles a la capacidad de cada cual. Sin embargo, con el advenimiento de las crisis sociales de los albores del siglo XX y el auge de las tesis de corte socialista, se abrió paso al imperativo de revertir la situación de miseria de los trabajadores y se enarbolaron derechos sociales, económicos y culturales. Esto marcaría la irrupción del Estado Social y Democrático de Derecho, bajo el cual la realización de la igualdad de derechos demandaría del Estado un papel más activo, requiriéndose su intervención para alcanzar lo que muchos han denominado igualdad “sustancial” o “material”¹⁸. Esta concepción será analizada en profundidad en los capítulos que siguen.

ver McKEAN, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Capítulo XV, Clarendon Press, Oxford University Press, (1983), pp. 264-284.

¹⁶ Aristóteles, *op. cit.*, en n. 3.

¹⁷ Ziccarelli, S: “As cotas raciais o acesso à universidade e o princípio da igualdade na C.F de 1998” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 13 año, Tomo II (2007) pp. 612-613.

¹⁸ *Ibid*, pp.613-614. Ver también Carmona, E: “El Principio de Igualdad Material en la Constitución Europea” en *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 8 (2004), p 2.

Dicho proceso evidencia una suerte de tránsito desde el rechazo de la esclavitud, las castas y toda forma de inclusión o subinclusión arbitraria, hacia el imperativo de introducir distinciones para corregir desigualdades de facto.

A lo largo del siglo XX y, en especial, después de los desastres humanitarios de la Segunda Guerra Mundial, el derecho a la igualdad -actualmente valorado como piedra angular de las democracias¹⁹- se desarrolló de manera exponencial, aunque ciertamente la preocupación por la igualdad también estuvo en la agenda de la primera posguerra, donde se manifestó con especial vinculación a la protección de las minorías. No obstante, el Pacto de la Liga de las Naciones no prosperó en este sentido, y dejó al margen de su texto las referencias sobre protección de minorías e igualdad religiosa y racial²⁰.

Como consecuencia de aquello, tras la segunda posguerra, la necesidad de instaurar un sistema de protección de los derechos humanos y el alcance del derecho a la igualdad se concibieron con un cariz alejado de las particularidades de ciertos colectivos y más cercano a la idea de generalidad y universalidad. La Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, abocadas a la salvaguarda de los derechos individuales, consagraron el principio de igualdad y no discriminación, sin referencia a la adopción de formas particulares de protección ni a la garantía de los derechos de determinados grupos.

Sin embargo, lo anterior no fue óbice para que en 1947 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas creara una Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías. Tres años después, ésta presentaría una propuesta para incluir la protección de las minorías en el proyecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el cual, finalmente, la incorporaría en su artículo 27. De este modo, dicho instrumento consignó un artículo 26 dedicado a la igualdad de “todas las personas” y un artículo 27 abocado, por primera vez, a brindar protección específicamente a determinadas minorías. Tales disposiciones revelan el reconocimiento del ordenamiento jurídico internacional de la necesidad de reforzar la vigencia de los derechos de ciertos

¹⁹ Ver Carta Democrática Interamericana (2001), artículo 9.

²⁰ Bayefsky, A: “El principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional” en 11 *Human Rights Law Journal* (1990) p.24.

colectivos, respecto de los cuales se constataban -por diversas razones- particulares deficiencias en el ejercicio de sus derechos²¹.

Posteriormente, al momento de redactarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aparecería en escena el uso de la expresión “medidas especiales” para afirmar la idea de que ciertos tratos diferenciados o preferentes hacia una parte de la población, no entrañaban discriminación.²² Se instaló así la inquietud acerca de las complejidades que presentaba la sola aplicación de la prohibición de discriminación respecto de determinados grupos, inmersos en posiciones notablemente desaventajadas.

A estas alturas ya era extendido el consenso acerca de que el respeto de la igualdad no significaba únicamente identidad de trato, y se asentaba con mayor fuerza la convicción de que ciertas distinciones podían ser ya no sólo autorizadas por el derecho de igualdad, sino incluso necesarias para asegurar su goce efectivo a todas las personas.

Estas primeras aproximaciones a la afirmación de congruencia entre el principio de igualdad y el establecimiento de medidas de equiparación orientadas a ciertos grupos serían, en lo sucesivo, complementadas y reafirmadas por diversos tratados internacionales. Éstos emergerían para visibilizar la particular situación de desmedro que aquejaba a algunos sectores de la población y para alentar la implementación de medidas que les permitieran transformar su titularidad de derechos en algo más que un reconocimiento nominal. Así, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 111, relativo a la discriminación en materias de empleo y ocupación, consagró que las medidas especiales de protección o asistencia -adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo- no se considerarían discriminatorias²³. Del mismo modo, la Convención de la UNESCO sobre eliminación de la discriminación en la esfera de la enseñanza admitió, en su artículo 2 que, en determinados

²¹ Ver a este respecto conclusión del Relator Capotori de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de minorías, en Documento ONU E/CN.4/Sub.2/384/Add.5, p.14.

²² Documento ONU A/C.3/SR.1182, párr. 17, citado en Bossuyt, M: *El concepto y la práctica de la acción afirmativa*, U.N, Consejo Económico y Social, Subcomisión de Promoción y protección de los derechos humanos (junio de 2002) p. 13. Fue entonces el representante del Gobierno de la India quien, a propósito del artículo 2 (referido a la prohibición de discriminación) abogó por la introducción de un párrafo adicional que estableciera que “las medidas especiales para el adelanto de cualquier sector de la sociedad atrasado desde el punto de vista social y educativo no se considerarán como una distinción a los efectos de este artículo”.

²³ Convenio OIT N° 111, *op. cit.*, en n. 13, artículo 5.

casos, puede justificarse la existencia de sistemas de enseñanza separados, sin que ello entrañe discriminación²⁴. Asimismo, agregó en su artículo 5, el derecho de las minorías nacionales de desarrollar su propio sistema educativo (con actividades docentes diferenciadas) debiendo el Estado adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar dicho derecho.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (CERD) se sirvió de la expresión “medidas especiales” para consignar que los mecanismos implementados con el único objeto de propender al progreso de ciertos grupos raciales o étnicos necesitados de mayor protección, y garantizarles el goce de sus derechos en condiciones de igualdad, no serán discriminatorias en tanto no desemboquen en la consolidación de distintos regímenes de derechos, ni permanezcan vigente luego de haber alcanzado su finalidad.²⁵

De igual modo, la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) estableció que las medidas temporales destinadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no serían consideradas discriminación²⁶.

La idea de complementariedad entre el principio de igualdad y las acciones afirmativas fue afianzada con las recomendaciones y observaciones formuladas por los órganos que supervisan el cumplimiento de dichos tratados. Éstos han afirmado, entre otras cosas, que resulta recomendable que los Estados se sirvan mayormente de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en diversos ámbitos²⁷. También sostuvieron, a propósito de la situación de un Estado Parte, que éste debía adoptar medidas especiales cuando así lo

²⁴ Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, Art. 2

²⁵ CERD, *op. cit.*, en n. 13, artículo 1(4). Es pertinente destacar además el artículo 2(2) de la misma, que señala “los Estados parte tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Estas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

²⁶ CEDAW, *op. cit.*, en n. 13, artículo 4 (1).

²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 5, *Medidas especiales y temporales* (1988).

aconsejen circunstancias tales como disparidades persistentes²⁸. Varias otras resoluciones y recomendaciones emitidas por distintos órganos internacionales dan cuenta de esta preocupación por implementar mecanismos que aseguren de modo eficaz la materialización del derecho a la igualdad²⁹.

Bajo la concepción plasmada en los preceptos y dictámenes citados, subyace la idea de que la sola proscripción genérica de la discriminación y la consagración de la máxima de igualdad -en conjunción con las obligaciones que asumen los Estados a su respecto- autorizan a considerar incluidas en ella las denominadas medidas especiales (las que, según se justificará más adelante, llamaremos acciones afirmativas).

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que controla la observancia del PIDCP, en su Observación General N° 18, estimó que el principio de igualdad podría exigir a los Estados la adopción de disposiciones positivas para eliminar las condiciones que originan o posibilitan la perpetuación de la discriminación y que “las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”³⁰.

El cambio de perspectiva en torno al alcance y contenido del principio de igualdad no sólo tuvo lugar en el ámbito del derecho internacional, sino que también se hizo sentir- tal vez con mayor premura e ímpetu- en los ordenamientos jurídicos nacionales. Particularmente, en Estados Unidos la problemática de las acciones afirmativas ha tenido el más fértil y extenso desarrollo.

La Constitución estadounidense de 1787 no contempló, inicialmente, ninguna alusión a la igualdad, la cual sólo vino a incorporarse con la Decimotercera y Decimocuarta

²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales Estados Unidos de América, 18 de agosto de 2001, párr. 398.

²⁹ Véase a modo ilustrativo, Comité CEDAW, *op. cit.*, en n. 27, Recomendación General N° 23, *Participación de la mujer en la vida política y pública*, párr.15; Comité CERD, *op. cit.*, en n. 28, Recomendación General N° 27, *La Discriminación de los Romaníes*, (2000), párr. 1, 2, 4,19-22, 28, 41; Observaciones Finales Reino Unido, 10 de diciembre de 2003, párr. 24; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, resolución 1997/5.

³⁰ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *op. cit.*, en n. 14, párr. 10.

Enmienda. Esta última consagró una cláusula de igual protección que prescribe que “ningún Estado denegará [...] a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”. A partir de esta disposición, tanto la jurisprudencia como la doctrina norteamericanas desprendieron un imperativo de igualdad en la aplicación y el contenido de las normas, así como una prohibición de discriminación. Sin embargo, en materia de discriminación racial, desde entonces y hasta mediados del siglo XX, se sostuvo la constitucionalidad de la doctrina “*separate but equal*” (separados pero iguales) la que posibilitó la mantención de la segregación racial³¹. Aquella sólo sería desmantelada al dictarse, en 1954, la famosa sentencia *Brown I*, en un caso de segregación en las escuelas.

A partir de este último precedente, los esfuerzos de la administración estadounidense por introducir correcciones a los fenómenos de marginación racial, se materializaron en la doctrina “*color blind*”, de acuerdo con la cual se procuraba impedir diferencias de trato con motivo del color o la raza de las personas. Se garantizaba la igualdad en la medida que a nadie se le dispensara un trato distinto por su raza. No obstante, las propuestas de “acciones afirmativas” de los gobiernos de Kennedy y Johnson darían señales acerca de la insuficiente salvaguarda que ofrecía la política del “*color blind*” frente a la aguda y extendida exclusión que aquejaba a los afrodescendientes.

Hacia comienzos de los ‘70 el gobierno estadounidense exigió a aquellas empresas que celebraran contratos con la administración federal, que implementaran programas de acción afirmativa, a través de los cuales se equiparara -al interior de las empresas- la cantidad de trabajadores miembros de minorías (incluidos los afroamericanos) con la proporción de quienes constituían habitualmente la fuerza de trabajo a nivel local. En consecuencia, “a la obligación de no discriminar, se añadió para los empleadores la obligación de poner en marcha esfuerzos para contratar y ascender a miembros de colectivos tradicionalmente marginados”³² para dar mayor eficacia a la igualdad proclamada para blancos y afroamericanos. En lo sucesivo, aquel fenómeno llevaría a la instauración de planes de acción

³¹ La doctrina del “*separate but equal*” fue construida a partir de la sentencia *Plessy v. Ferguson* (1886) en la que se discutía la constitucionalidad de una norma que obligaba los afroamericanos a utilizar en los trenes vagones distintos a los que ocupaban los blancos. La corte entendió que lo que estaba prohibido era negar el acceso por razones de raza a determinados servicios, pero que la segregación estaba permitida siempre que los afroamericanos disfrutaran de las mismas facilidades y calidades que se brindaba a los blancos.

³² MARTÍN, M: “Evolución del Principio de Igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y Desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23. N° 68. Mayo- Agosto (2003), p. 172.

afirmativa más radicales y de mayor alcance, pero asimismo, daría lugar a un profundo debate que, lejos de dar por sentada la legitimidad de dichas medidas, las pondría en jaque en base al mismo principio de igualdad.

El profuso desarrollo que la jurisprudencia y doctrina estadounidense ha construido en esta materia, excede con creces las posibilidades y aspiraciones de esta investigación. Dicho proceso dista mucho de ser lineal y ostenta ribetes particularmente complejos e incluso ajenos a la realidad de nuestra región. Sin perjuicio de ello, la consideración de algunos de los elementos del debate norteamericano ofrece un marco de análisis más completo e ilustra también, desde un plano nacional, el paso desde la mera proscripción de la discriminación hacia el imperativo de adopción de medidas para su supresión.

I. 3 DIVERSAS CONCEPCIONES SOBRE LA IGUALDAD Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES AFIRMATIVAS.

Existe una profunda conexión entre la aproximación filosófica que se realice al concepto de igualdad y la posición que finalmente se adopte en materia de acción afirmativa. Esto es aplicable incluso a cláusulas normativas sobre igualdad -como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 26 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- que, aunque pretenden proveer un marco abstracto y general, suelen ser interpretadas de acuerdo a una u otra concepción del principio de igualdad.

A lo largo de la historia han existido diversas concepciones sobre la igualdad: igualdad formal, igualdad *de facto*, igualdad de oportunidades, igualdad de recursos, igualdad de resultados, entre muchas otras. Por concepciones entendemos, siguiendo a Rawls, aquellos planteamientos teóricos destinados a hacer operativo un concepto³³. Cada una de ellas es contingente e histórica³⁴, por lo que su significado podrá cambiar a lo largo del tiempo. Así, la igualdad es una categoría no determinada que suele adquirir el significado que le dan los responsables de aplicar determinadas políticas.

Dworkin ha señalado que la cláusula de igualdad norteamericana construye un concepto de igualdad sin tomar posiciones respecto de una concepción particular de ella³⁵. No obstante, aun cuando esto fuera cierto, los jueces dependerán de argumentos de filosofía política para desarrollar una interpretación de dicha cláusula a la hora de enfrentarse a un caso concreto. Esto es lo que, de hecho, ha ocurrido con la cláusula de igualdad en los recientes casos sobre acción afirmativa en los Estados Unidos³⁶.

Tomando en cuenta que son numerosas las aproximaciones posibles al principio de igualdad, a continuación nos referiremos a las dos concepciones que, en la actualidad, resultan de mayor relevancia para comprender el debate sobre acciones

³³ Rawls, *op. cit.*, en n. 7, p. 5, 6, 9.

³⁴ Figueroa, R: "Igualdad y Discriminación", Cuadernos de Análisis Jurídico N°10, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Universidad Diego Portales (2000), p. 27.

³⁵ Ver Dworkin, *op. cit.*, en n. 6.

³⁶ Ver Corte Suprema Norteamericana, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 299 (1995); *Gratz et al. v. Bollinger et al* (2003).

afirmativas tanto a nivel filosófico como práctico, en el marco de un análisis del sistema interamericano de derechos humanos. Estas son la aproximación liberal tradicional y la estructuralista.

ii) La concepción estructuralista

Si bien la expresión “igualdad estructural” ha sido acuñada por un sector específico de la doctrina jurídica³⁷, nos serviremos de ella para analizar conjuntamente diversas variantes de una aproximación crítica a la noción tradicional-liberal de igualdad analizada precedentemente. Mientras algunos autores abogan por una reformulación radical de este principio, otros reinterpretan el de igualdad de oportunidades³⁸ para subsanar las deficiencias de una lectura formal e individualista del derecho a la igualdad.

a) Una concepción de igualdad contraria a la subordinación

Los planteamientos que proponen una mirada estructural del mentado principio comparten, por una parte, la consideración de que el objetivo primordial de la garantía de igualdad ante la ley es evitar la consolidación o perpetuación de castas o sectores sojuzgados. Y, de otra, confluyen en el llamado a atender la realidad de subordinación y de relaciones de poder existentes entre diversos grupos, que condicionan, en la práctica, el grado de satisfacción de sus derechos. En definitiva, bajo este prisma, converge un análisis de carácter sociológico que, a partir de la observación de la realidad, considera la discriminación como un fenómeno de menoscabo de derechos de carácter sistemático o estructural que padecen quienes forman parte de ciertos colectivos.

Cuando hablamos de discriminación en términos estructurales, nos referimos a la situación que aqueja a determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. A esta afirmación subyace la constatación de que ciertos grupos han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de los asuntos públicos, entre otros, y que esta escalada de exclusiones

³⁷ Ver Owen Fiss: “Grupos y la Cláusula de la igual protección” en R. Gargarella (comp.), *Derecho y Grupos Desaventajados*, Editorial Gedisa (2003) y Saba, *op. cit.*, n. 33.

³⁸ Bobbio, *op. cit.*, en n. 2, p. 78 y 79.

no obedece -al menos actualmente- a una marginación de origen normativo. El derecho fundamental a la igualdad se ha mantenido incólume en las Constituciones y los tratados internacionales, y nadie cuestiona su vigencia para las personas que integran esos sectores marginados. Pero la sistemática subordinación de estos últimos, ha devenido en un complejo tejido social de prácticas, prejuicios y estereotipos que inhibe la eficacia de la igualdad de oportunidades, entendida como forma de asegurar los mismos “puntos de partida”.

Frente a este fenómeno, la concepción tradicional de igualdad se revela insuficiente. Su cariz individual pone el acento principalmente en diferencias de trato personales que resultan perfectamente identificables, pasando por alto, en cambio, la incidencia -más difusa- del estatus del grupo al cual pertenece la víctima de discriminación. Esta omisión ha sido severamente cuestionada por parte de la doctrina, que la ha explicado como una derivación del “falso universalismo” sobre el cual se habría erigido el principio de igualdad que inspiró el Estado Liberal de Derecho³⁹. Fue entonces “una igualdad entre individuos, varones, blancos y propietarios” la que impregnó el derecho y las estructuras sociales, políticas y económicas, pasando éstas a reproducir las mismas formas de dominación de quienes eran considerados “iguales”. Consecuentemente, esta noción de igualdad no puede dar cuenta de la condición subordinada de unos grupos respecto de otros y de los efectos que ello acarrea para los integrantes de cada uno. La posición notablemente desaventajada de ciertos colectivos queda desdibujada tras lo que aparece como el perjuicio de víctimas individuales y aisladas de discriminación⁴⁰.

Una visión estructural del problema, en cambio, propone reconocer las consecuencias prácticas de ser mujer, indígena o afroamericano. Quienes integran estos grupos habitualmente están al margen de los más diversos ámbitos, de lo público y lo privado, y suelen resentir el impacto de normas o prácticas genéricas y neutrales, que perpetúan su marginación, manteniéndolos anclados en la misma posición⁴¹. La ausencia de estas personas en la esfera social, política, económica y cultural del Estado no es casual ni voluntaria, pues responde a patrones y conductas que se han reproducido incansablemente a lo largo del

³⁹ Barrère, M: “Igualdad y ‘discriminación positiva’: Un esbozo de análisis teórico-conceptual” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 9 (2003), p. 7

⁴⁰ Una crítica aguda en este sentido, puede verse en Christie, N: *Los Límites del Dolor*, Fondo de Cultura Económica (1988), p. 80, quien señala respecto de la igualdad de oportunidades que ésta “es un arreglo perfectamente apropiado para transformar las desigualdades estructurales en experiencias de fracaso y culpabilidad individuales”.

⁴¹ Esto se vincula con la denominada “Discriminación Indirecta”, definida en el apartado sobre precisiones terminológicas.

tiempo, que se encuentran profundamente arraigadas tanto en el diseño como en el ideario social y que, normalmente, resultan inimputables a conductas concretas e individualizables. Así, por ejemplo, “el género puede ser tratado como una construcción social que, adosada sobre el sexo, permite erigir un conjunto de distinciones [...] en las que se oculta un discurso que define para las mujeres un papel *subordinado* en la vida social. El problema del género no podría, entonces, ser definido como uno de simple discriminación [...] sino como uno de *dominación* (es decir, como uno de reparto de poder)”⁴².

Según este enfoque de corte sociológico, los grupos sociales que deben llamar nuestra atención no son aquellos conformados por una agrupación aleatoria de individuos, ni tampoco las aglomeraciones producto de cualquier clasificación estatal. Los grupos cuya posición social requiere ser nivelada son, según Owen Fiss⁴³, aquellos que comparten los siguientes rasgos: Primero, constituyen una entidad en sí mismos, es decir, tienen una existencia distinta a la de sus miembros. Segundo, en ellos se produce una interdependencia entre la situación del grupo y la de quienes lo integran, de tal manera que “la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo están interrelacionados”. Tercero, su acceso al poder político y económico se encuentra severamente disminuido. Y finalmente, tales grupos han ostentado ese mismo estatus desde hace mucho tiempo. Tales características dejan entrever que los grupos sociales susceptibles de ser destinatarios de acciones afirmativas podrán variar según el tiempo y el espacio, por lo que habrá que identificarlos en cada contexto histórico.

Parte importante de la discriminación que sufren determinados individuos en circunstancias particulares, encuentra un origen más o menos mediato en la subordinación sistemática que sufre el grupo al cual pertenecen. No obstante, la visión tradicional del principio de no discriminación se detiene, exclusivamente, en el primer problema, en aquel que resulta explicable en términos individuales y por el cual se procura descartar la arbitrariedad o capricho de una distinción entre dos o más personas. De este modo, el segundo fenómeno (normalmente, fuente de la discriminación particularizada de uno o más individuos) que se presenta con caracteres de mayor complejidad⁴⁴, resulta imperceptible para la concepción tradicional de igualdad. Su examen en términos de pura razonabilidad

⁴² Peña, C: “Democracia y Minorías” en Squella y Sunkel (Co): *Democratizar la Democracia*, LOM Ediciones, Chile (2000) p. 146.

⁴³ *Ibid*, p. 140 y 144.

⁴⁴ Barrère, *op. cit.*, en n. 67, p. 10.

invisibiliza la injerencia de la condición o posición social desmedrada del grupo. El enfoque estructural de la igualdad propone, en cambio, sacar a la luz aquella dimensión (social o intergrupala) de la discriminación, para contrarrestar sus causas y efectos.

Sin embargo, estas aseveraciones no deben entenderse encaminadas a subvalorar la individualidad ni a reducir su relevancia o a considerarla únicamente en función de intereses generales o “superiores”. Lo que pretende una concepción estructural de la discriminación es introducir elementos de la realidad social que permitan contextualizar la aplicación del principio de igualdad. “Esta visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no”⁴⁵.

En este sentido, no asistiríamos a la confrontación de dos principios antagónicos, puesto que la noción estructural aquí descrita vendría a complementar la prohibición de discriminación en su acepción clásica. Podríamos distinguir tres supuestos para observar cómo opera esta interpretación: 1) casos en que hay un tratamiento excluyente en perjuicio de un miembro de un grupo sojuzgado; 2) casos en que se trata de manera idéntica a personas pertenecientes a grupos que se encuentran marginados y a quienes no forman parte de ellos; 3) casos en que se da preferencia a personas que forman parte de un grupo sistemáticamente discriminado. Las respuestas que ofrece uno y otro principio frente a casos sencillos de trato meramente excluyente en perjuicio de un miembro de un grupo marginado (hipótesis 1), probablemente no presenten mayores divergencias. En cambio, la resolución de los dos primeros casos, presumiblemente, no correrá la misma suerte. En efecto, la reformulación del principio de igualdad, en los términos aquí expuestos, permitiría una resolución más consistente de aquellos casos (de mayor dificultad) en que se encuentra comprometida una identidad de trato para personas en situaciones disímiles (hipótesis 2) o una preferencia respecto de personas que, en los hechos, forman parte de un sector sistemáticamente excluido (hipótesis 3). En tales casos, el principio liberal de no discriminación ha tenido dificultades para detectar estas modalidades “no tradicionales” de vulneración del derecho a la igualdad - caracterizadas por la aplicación uniforme de normas y prácticas “neutrales”- o bien, ha

⁴⁵ Saba, *op. cit.*, en n. 33. p. 138.

resultado refractario a la protección contra la discriminación mediante acciones concretas de intervención estatal.

En palabras de Fiss, tratándose de situaciones de “primer orden” como sería aquella en la que el Estado excluye a los afroamericanos de las instituciones públicas (hipótesis 1) “probablemente el resultado al que se llegue sea el mismo, cualquiera sea el principio al que se apele. De todos modos, aún aquí seguiría prefiriendo la opción a favor del principio de apoyo a los grupos desaventajados, en razón de su franqueza”⁴⁶. Pero en casos de discriminación de “segundo orden”, como sería el que se debe al efecto que produce en la población afrodescendiente la aplicación homogénea de ciertas pruebas de admisión a trabajos o escuelas (hipótesis 2), “puede defenderse el principio de apoyo a los grupos desaventajados por razones que van más allá de su franqueza. Este principio nos permite ver mejor cuáles son las cuestiones en juego, y así nos ayuda a alcanzar también la mejor solución frente a las prácticas estatales que agravan la posición subordinada de los grupos especialmente desaventajados”⁴⁷. Finalmente, existen también situaciones de “tercer orden”, como por ejemplo, las medidas estatales destinadas a dar tratamiento preferencial a los afroamericanos (hipótesis 3). “En este caso, la cuestión reside más en la elección de principios que en la franqueza [...] el principio antidiscriminatorio, con su carácter individualista, su preocupación por los medios que se escogen y las simetrías que propone, tiende a sugerir la prohibición de medidas tales como el tratamiento preferencial; el principio de apoyo a grupos desaventajados, en cambio, tiende a considerar las medidas de ese tipo como permisibles”⁴⁸ e incluso exigibles.

Desde esta perspectiva, no resulta tolerable acogerse a la ignorancia o ceguera con que tradicionalmente se ha identificado la idea de igualdad. Sostener la indiferencia o irrelevancia de ser mujer, indígena o afrodescendiente no es signo de ecuanimidad, sino que, por el contrario, supone adscribir a la mantención del *status quo* de estas personas. Para asegurar a éstas su inclusión y el goce efectivo de sus derechos es preciso valerse de los mismos rasgos que identifican su pertenencia al grupo, para distinguir a su respecto y brindarles un trato que permita acortar la brecha que los separa del resto. Ese trato diferenciado se traduce, normalmente, en la implementación de medidas que suelen catalogarse de preferencias o

⁴⁶ Fiss, *op. cit.*, en n. 124, p. 159.

⁴⁷ *Ibidem*, p.160.

⁴⁸ *Idem*.

ventajas, destinadas a compensar o equiparar su desigual condición. A esta idea responden las denominadas acciones afirmativas.

Desde un punto de vista estructural, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación proscriben la consolidación de castas o sectores marginados, por lo que las medidas que proporcionen un trato diferenciado o prerrogativas a favor de los miembros de un grupo desaventajado y que no les son concedidas a integrantes de otros grupos, se encuentran plenamente legitimadas⁴⁹. De lo contrario, la ausencia de tales medidas conduciría a la perpetuación de una dinámica de exclusión de ciertos colectivos, quienes continuarían como titulares de “derechos de papel”.

No obstante, la admisibilidad de las acciones afirmativas también ha sido defendida a partir de una acepción sustantiva del principio de igualdad de oportunidades y del carácter material de la prohibición de discriminación. Para ello, algunos han desprendido de la igualdad de oportunidades no la exigencia de ostentar formalmente las mismas posiciones de partida sino, como fue explicado anteriormente, de que se tengan equitativamente las mismas oportunidades, en la práctica, para alcanzar un objetivo⁵⁰. Luego, aquellas medidas preferenciales consistirían en correcciones que el citado principio hace posible. Otros, por su parte, dotan de contenido material al principio tradicional (formal) de igualdad, acercándose a una visión estructuralista de la discriminación, para argumentar, sobre esa base, la necesidad de introducir tratos desiguales. Éstos habrán de tener por finalidad “elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real”⁵¹. De este modo, la igualdad material “teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos”⁵².

Pero más allá de las coincidencias que puede haber en torno a la necesidad de introducir acciones afirmativas y al aprecio de su eficacia para equiparar la posición de grupos sojuzgados, cabe advertir que el consenso parece volverse más difuso al momento de justificar coherentemente su legitimidad. No ha sido tarea sencilla explicar por qué las acciones afirmativas pueden emplear criterios de dudosa legitimidad para distinguir entre las personas, sin ser discriminatorias. A raíz de esta dificultad y de las encontradas opiniones al

⁴⁹ Saba, *op. cit.*, en n. 33, p. 134.

⁵⁰ Bobbio, *op. cit.*, en n. 2, p. 79.

⁵¹ Carmona, *op. cit.*, en n. 17, p. 1

⁵² *Idem*

respecto, también existen disensos en cuanto a los costos que estamos dispuestos a tolerar en nombre de la realización de la igualdad, por medio de acciones afirmativas. En ambos sentidos, quienes abrazan derechamente una visión estructural, se sitúan, nuevamente, un paso adelante.

Si por ejemplo, en vista que las mujeres -de hecho- no acceden a la educación superior, se les otorga prioridad a su ingreso a través de la reserva de un cupo mínimo de 30% de las vacantes, habremos de asumir que, como consecuencia de ello, algunos hombres, -incluso mejor calificados que las mujeres admitidas- no podrán ingresar a la Universidad. Esto importa que estaremos utilizando el factor sexo para determinar que algunos estudiantes con excelencia académica no serán seleccionados. Amparar este tipo de consecuencias desde el punto de vista del derecho a la igualdad, resulta altamente problemático desde una perspectiva no estructural del problema.

b) El test de razonabilidad bajo un enfoque estructural

Gran parte del derecho internacional y constitucional, está actualmente conteste en la procedencia de un análisis de razonabilidad respecto de cualquier medida que, *prima facie*, podamos estimar discriminatoria. Tal revisión consiste en dilucidar si la distinción impugnada cuenta o no con una justificación objetiva y razonable⁵³. Como fue previamente analizado, el requerimiento de objetividad se ha entendido referido a la ausencia de elementos sujetos a valoraciones o inclinaciones personales, en tanto, el imperativo de razonabilidad se ha construido fundamentalmente en torno a la exigencia de proporcionalidad entre la medida de distinción y el fin al cual se destina. Esto supone, por una parte, que la diferenciación en cuestión debe orientarse a la consecución de un fin legítimo con arreglo a las convenciones de derechos humanos y, de otra, que el medio empleado para ello debe ser necesario y conducente para alcanzarlo. Tales características importan que la medida que introduce la distinción debe ser idónea, la única alternativa posible y la menos lesiva para obtener el objetivo perseguido que, además, en caso de estar involucrada una categoría “sospechosa”, deberá ser particularmente apremiante.

⁵³ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20. Ver también Corte EDH, *op. cit.*, en n. 4.

Dicho esquema de análisis se corresponde con una concepción liberal tradicional de la igualdad. Según los baremos elaborados en su seno, debemos revisar si el medio de diferenciación guarda una relación de adecuación y funcionalidad con respecto al fin para el cual ha sido previsto. O, en otras palabras, corresponde determinar si la distinción en cuestión está fundada en un motivo “relevante” para el ámbito al cual se destina. Según este esquema, “lo decisivo no es la causa [de diferenciación] propiamente dicha, sino la relación o conexión entre ésta y la norma respecto de la cual se practica la distinción. Es menester que exista una ‘conexión suficiente’ entre la norma y la causa”⁵⁴. Así, en nuestro ejemplo, dado que el sexo de las personas no guarda ninguna relación con su desempeño profesional o con la formación que propicia la educación superior, la aplicación de la medida vulneraría el derecho a la igualdad de los hombres no admitidos e incluso, dirán algunos, atentará contra la dignidad e igual consideración de las mujeres “beneficiadas”. Siendo lo importante la relación de instrumentalidad entre el criterio de clasificación y el fin perseguido por la regulación que lo introduce, no resultan tolerables las restricciones, exclusiones o privilegios fundados en un criterio como el de nuestro ejemplo. Esto es particularmente aplicable a la hipótesis propuesta pues, como explicaremos a continuación, existen ciertas categorías que prácticamente nunca logran expresar una relación de razonabilidad con ningún ámbito de actividades.

Según una concepción de la igualdad orientada a la protección de colectivos subordinados, la lógica de la funcionalidad entre la medida diferenciadora y el objetivo de la norma no es en sí misma un equívoco, pero, como se anunció, sí es insuficiente para garantizar la igualdad. Su problema es que para conducir a una auténtica realización del derecho a la igualdad de todas las personas, requiere de ciertos presupuestos que, normalmente, escasean en nuestras sociedades. La aspiración de entregar todo a las capacidades individuales y a los frutos de una competencia, sólo tiene sentido en un contexto de igualdad de oportunidades (entendida como igualdad en los puntos de partida) y de ausencia de grupos sometidos sistemáticamente. Si tales condiciones no se verifican, el principio liberal de igualdad “llega tarde y puede ser un excelente instrumento [...] perpetuador y reforzador de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural”⁵⁵.

⁵⁴ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20, p. 31

⁵⁵ Saba, R: “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, R: *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Editorial Rústica, Argentina (2008), Tomo II.

En vista de ello, los adherentes a una noción sociológica de la igualdad nos sugieren evitar cualquier *test* o examen *in abstracto*. Ante una situación que se nos presenta *prima facie* discriminatoria, debemos observar quiénes se verían perjudicados por el trato diferenciado, pues cuando se encuentran involucradas personas pertenecientes a un grupo sistemáticamente postergado y la diferencia de trato profundiza o socava aún más su posición marginada, tendremos que abandonar el mero análisis de racionalidad medio-fin. Entonces cobrará mayor peso específico el imperativo moral y jurídico de terminar con su condición de subordinación. En tales circunstancias la realización de la igualdad nos propone abandonar la “ceguera” que ofrece el esquema liberal tradicional.

Es por esto que, en nuestro ejemplo, una perspectiva estructural de la discriminación admite sin problemas una consecuencia no exenta de polémica: el desplazamiento eventual del mérito personal. Así, sería legítima la aplicación de medidas afirmativas del tipo recién propuesto. Es decir, para una concepción estructural, la admisión de mujeres de menor excelencia académica o “peor calificadas” que los hombres no aceptados, no sería una medida discriminatoria. Esta posición se enfrenta a lo sostenido por parte importante de la doctrina, quienes aun cuando convienen en la permisibilidad de las medidas de acción afirmativa, rechazan la operatividad de preferencias que sobrepongan el sexo o la raza a la idoneidad personal⁵⁶.

Los detractores de la postergación de las aptitudes individuales, en pos de la inclusión de los sistemáticamente excluidos, fundan su apreciación no sólo en el valor de la meritocracia y en la forma en que ella se conjuga con el principio de igualdad de oportunidades; sino que también apelan al examen de razonabilidad que exige la salvaguarda del derecho a la igualdad, desde una lectura tradicional de la misma.

Por su parte, una aproximación estructural al fenómeno de la discriminación estimará que si la medida de distinción o preferencia- como la enunciada en nuestro ejemplo- es la vía adecuada para obtener una auténtica igualdad de derechos de las personas que integran un grupo constantemente afecto a un contexto de exclusión, la medida no será discriminatoria, aún cuando importe hacer a un lado el mérito personal. Y ello, además, por una razón lógica: No es plausible pretender de las acciones afirmativas una relación de instrumentalidad entre el

⁵⁶ Bossuyt, *op. cit.*, en n. 22, p. 24-32

motivo en que se fundan y la actividad para la que se contemplan, dado que ellas responden, precisamente, a la constatación de que los miembros de ciertos grupos afrontan la imposibilidad de satisfacer los estándares generales de pertinencia o relevancia establecidos para un ámbito en particular. En otras palabras, es justamente *porque* las mujeres, los indígenas o los afrodescendientes no superan los exámenes de ingreso a la universidad o a los altos cargos profesionales, ni resultan electos en los procesos de votación popular ni acceden, en general, a posiciones de poder político o económico, que resulta necesario brindarles prerrogativas o preferencias que permita insertarlos en dichas esferas de la vida en comunidad.

c) El problema de las categorías sospechosas

Si bien en casos como el de nuestro ejemplo parecen existir argumentos atendibles para morigerar el reinado de la cualificación individual como parámetro de asignación o distribución, más ardua es la tarea de justificar que el mismo criterio cuyo uso es impresentable para excluir a las mujeres de la educación superior, resulte sin embargo admisible jurídicamente para concederles una preferencia o trato “privilegiado” para incorporarlas en dicha esfera. En efecto, una medida del tipo propuesto estaría asentada sobre una diferencia de tratamiento en base a una categoría “sospechosa” o “prohibida” según el derecho internacional de derechos humanos, fundada en rasgos normalmente adscritos, no susceptibles de satisfacer relación de razonabilidad alguna y que, por lo mismo, suele manifestar el capricho o los prejuicios de quien distingue.

Actualmente, resulta prácticamente indiscutido que las diferencias de trato sustentadas en el sexo, la raza o la religión de las personas son jurídicamente improcedentes, en vista del indicio de arbitrariedad que entraña el uso de esos criterios y del extendido repudio internacional en torno a ellos⁵⁷. Estas categorías han sido consagradas en casi la totalidad de las disposiciones que proscriben la discriminación, tanto a nivel nacional como internacional, y su “sospecha” de ilegitimidad se traduce en la exigencia de una carga argumentativa mayor para efectos de admitir una diferencia en el ejercicio de un derecho, el acceso a un servicio o en la concesión de un beneficio. El intérprete habrá de someter la medida a un escrutinio especialmente riguroso, que reducirá ostensiblemente sus posibilidades de sobrepasar el

⁵⁷ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20, pp. 18-19.

examen de razonabilidad que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia suele aplicar para determinar si la distinción constituye o no discriminación.

Queda en evidencia el riesgo cierto que la medida de nuestro ejemplo, sea desechada en función del rigor con que será evaluada, desde la versión tradicional de la prohibición de discriminación. Las probabilidades de que el operador del derecho estime suficientemente imperativos o apremiantes los argumentos que se ofrezcan para justificar la medida, si no son escasas, al menos sí son dudosas y así lo demuestran innumerables decisiones de tribunales nacionales e internacionales⁵⁸.

La conceptualización de las categorías sospechosas en los términos recién enunciados, responde al esquema de análisis liberal tradicional de la discriminación. Desde este prisma, se ha pretendido identificar *ex ante* un catálogo de motivos prohibidos de distinción entre las personas, por su dificultad casi insuperable de dar lugar a clasificaciones razonables de los individuos. Las categorías sospechosas, así entendidas, no reconocen la existencia de ciertos grupos sociales merecedores de protección adicional, por su posición históricamente menoscabada. Aquellas sólo dan cuenta de que es igualmente irrazonable distinguir entre las personas porque son hombres o mujeres, blancos o afroamericanos y por ello se descarta, en principio, la legitimidad de cualquier diferenciación fundada en semejante condición. Si se persigue amparar a todas las personas en la misma medida –homogéneamente– del trato arbitrario, con total desconocimiento de la situación de hecho de uno o más grupos sociales, parece sensato concebir las categorías sospechosas con perfecta simetría. Éstas se extienden a todos los sexos, a todas las razas, a todas las nacionalidades y a todas las religiones.

Pero desde una igualdad dirigida al reconocimiento y protección de ciertos colectivos sistemáticamente marginados, no es plausible aceptar la aplicación simétrica de las categorías sospechosas, so pena de tolerar la perpetuación de castas subordinadas. Lo sospechoso de ilegitimidad no radicaría en la falta de funcionalidad adjudicada a una serie de categorías

⁵⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, *Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al.*, sentencia del 23 de junio de 2003. En este caso dos postulantes blancos vieron impedido su ingreso a la Universidad de Michigan pese a haber obtenido mejores calificaciones que sus competidores afroamericanos que sí ingresaron a la Universidad gracias a la existencia de un programa de acción afirmativa. Exigieron la declaración de inconstitucionalidad de estas políticas por violar el derecho a ser tratados igual ante la ley -entendiendo este derecho bajo un enfoque tradicional- y la Corte Suprema falló en su favor; ver también Corte Suprema Norteamericana, *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 299 (1995); asimismo, ver Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt-Bremen*, Caso 450/93 (1995).

preconcebidas, sino que en el hecho de que por medio de su utilización se consolidará o agudizará la exclusión de ciertos grupos persistentemente sometidos a una relación de subordinación. Tras identificar un grupo social afecto a esta situación, habrá que examinar el impacto que producirá sobre él la aplicación del criterio de distinción en cuestión. Si contribuye a mantener o a socavar aún más el detrimento en el goce de los derechos de sus miembros, se activará el escrutinio estricto y la distinción sólo será jurídicamente permitida si ofrece un imperativo estatal urgente. La mayoría de las veces en que se dispare esta carga más onerosa de argumentación para el Estado, la diferenciación se considerará ilegítima y la sospecha se convertirá en certeza.

Las verdaderas categorías “sospechosas” o “prohibidas” no serían, como lo ha afirmado hasta ahora abundante jurisprudencia y doctrina, el sexo, la raza o la religión. Los auténticos motivos que deben soportar una revisión más severa son aquellos que se configuren como un factor de continua exclusión de un grupo sistemáticamente sojuzgado, vale decir, aquellos que sirven para perpetuar la situación de inferioridad de una parte de la sociedad. Esto ocurre, normalmente, cuando se es mujer, indígena o afroamericano⁵⁹. Lo anterior implica que, por ejemplo, el ser “hombre” o “mujer” será o no categoría sospechosa, según si generan el efecto recién descrito sobre las mujeres, dado que ellas hasta hoy, constituyen un grupo merecedor de protección, a diferencia de los hombres. De manera análoga operaría el análisis de una distinción según si se es “blanco” o “afroamericano”. Si por ejemplo se utiliza el criterio ser “blanco” como requisito de admisión en los cargos públicos, estaremos ante una categoría sospechosa, pues con ello se continúa relegando a los afrodescendientes de la escena pública. Pero será igualmente sospechoso emplear la categoría ser “afroamericano” para acceder a los puestos de mano de obra barata, pues con ello se reafirma la subvaloración de estas personas y los prejuicios en su contra, aportando así a su permanencia en un estatus de marginación económica, social y política.

d) La justificación de las acciones afirmativas

La anterior innovación no tiene una connotación meramente retórica ni funcional a un reconocimiento de identidad colectiva, sino que reviste una relevante consecuencia de

⁵⁹ Saba, *op. cit.*, en n. 142.

carácter práctico. El corolario de dicha reflexión es que las acciones afirmativas que supongan introducir la consideración del sexo o la raza para efectos de morigerar la situación subordinada de mujeres, indígenas o afroamericanos, no habrán de someterse a ese examen más gravoso. Sólo si la medida impactara perjudicialmente en ellos, excluyéndolos, menoscabando el goce de sus derechos o favoreciendo la continuidad de su posición socavada, el Estado tendría una carga de la prueba agravada a su respecto. De este modo, en el ejemplo que sugerimos, el criterio ser “mujer” no sólo no será una categoría sospechosa, y por tanto, soslayará el más estricto de los controles, sino que además se configuraría como una medida requerida para dismantelar la desigualdad estructural que aqueja a quienes ostentan esa condición⁶⁰.

Sin perjuicio de ello, una vertiente de esta concepción de corte sociológico de la igualdad, ha postulado otra vía de justificación de las acciones afirmativas. Esta alternativa no supone distanciarse de la racionalidad instrumental con que ha sido concebida la prohibición de discriminación y las categorías sospechosas. Por el contrario, según aquella sería posible conciliar esta perspectiva con una amplia justificación de las acciones afirmativas. Básicamente, esta alternativa consiste en sostener que las acciones afirmativas que se sirven de categorías como el sexo o la raza, estarían revestidas de legitimidad por cuanto ellas logran sobrepasar el *test* de escrutinio estricto al que son sometidas. Para ello se esgrime que el fin estatal apremiante que las justifica es el dismantelamiento de un cuadro de discriminación sistemática y la consecución de una efectiva igualdad de derechos de todas las personas.

De lo anterior es posible colegir una adhesión a la exigencia de que el medio y el fin de la regulación distintiva guarden cierta relación de funcionalidad o “conexión suficiente”. Sin embargo, conforme esta variante de la igualdad estructural, este nexo entre uno y otro se nos devela con un contenido diverso a aquel con que lo ha dotado la mayor parte de la doctrina que adscribe a una lectura liberal tradicional de la igualdad. Cuando el derecho internacional nos convoca a verificar la proporcionalidad entre la norma o práctica que instaura una distinción y la finalidad de aquella, no estaría apuntando al estudio de los objetivos propios del área con la cual se vincula la medida en cuestión. Esto es, no nos correspondería atender a la índole de las actividades que se desarrollan en el marco de la universidad o de un cargo profesional, para luego confrontarlos con los criterios utilizados

⁶⁰ *Idem.*

para la selección de postulantes..Los propósitos que deberíamos observar son aquellos a los que se encamina la regulación, es decir, la norma o práctica cuestionada. Si esta última distingue entre las personas para efectos de propender al término de su marginación y asegurarles una igualdad efectiva en el disfrute de sus derechos, será con respecto a esta finalidad que habremos de sopesar el medio empleado. De modo que, conforme este planteamiento, el objetivo estatal invocado sería lo suficientemente imperativo como para aminorar los riesgos de que los planes de acciones afirmativas se vengan abajo ante la rigurosidad del examen practicado por el operador del derecho.

Otra variante de este enfoque, ha puesto de relieve en que, normalmente, ha sido el tipo de labores que se desempeña en los ámbitos a los que se destinan las acciones afirmativas lo que ha determinado los fines de los mismos; de modo que, el mérito y las aptitudes se han convertido en los mayores referentes de pertinencia y en los propósitos de los más diversos campos sociales, casi por antonomasia. En vista de eso, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia (particularmente a nivel de derecho interno) ha abogado por un vuelco en la definición de los fines de la educación superior o del posicionamiento en ciertos cargos, invocando otros objetivos admisibles –distintos de la excelencia académica o el mérito- tales como la diversidad cultural, el pluralismo, la representatividad, entre otros⁶¹ para justificar las acciones afirmativas basadas en “categorías sospechosas” (en su acepción tradicional), por medio de la superación del *test* de escrutinio estricto al que deben ser sometidas.

Ya sea aceptando la incertidumbre que supone el dejar entregada la implementación de acciones afirmativas a la eventual superación del gravoso examen del aplicador del derecho, o bien descartándola por vía de eximir a tales medidas del mentado control (por no estar en juego una categoría sospechosa) lo que se pretende con un principio de igualdad abocado al reconocimiento de grupo sociales merecedores de protección es asentar jurídicamente la aplicación de las acciones afirmativas. Dado que la concepción liberal tradicional de la prohibición de discriminación tiende a considerarlas jurídicamente inadmisibles, esta concepción de igualdad, en sus diversas variantes, aspira a consolidar la vigencia y efectividad de dichas medidas.

⁶¹ Dworkin, *op. cit.*, en n. 6.

La implementación de acciones afirmativas, lejos de mermar la dignidad e igual consideración y respeto de quienes resultan “favorecidos” o de inscribirse en una comprensión paternalista del Estado, recompone la igualdad previa y persistentemente quebrantada. El Estado tiene el deber de garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el goce igualitario de los derechos humanos y ello importa poner en marcha planes y acciones concretas. La objeción de que por esta vía se subvaloran las propias aptitudes de quienes forman parte de un grupo desaventajado, tiene el problema de que “no comienza desde el principio. Asume el hecho del desfavorecimiento y mira sólo hacia adelante. La postura realmente igualitaria comienza desde antes [...]. La postura conservadora será una *falsa postura igualitaria*, que no cree que la discriminación se debe a injusticias sociales, sino a incapacidades personales”⁶² [...]. En cambio, “Si dejando a un lado los prejuicios conservadores, se reconoce que la situación actual es resultado de desigualdades estructurales [...] no hay nada de arbitrario o injusto a su vez en corregirlas mejorando la situación de los más desfavorecidos”⁶³.

A este respecto, se ha sostenido que, si en la sociedad tienen lugar vínculos de subordinación entre distintos grupos de personas, se justifica brindar ciertas “preferencias” a quienes padecen los efectos de dicha relación. No obstante, algunos han advertido que normalmente estas medidas sólo se presentan como un otorgamiento de “ventajas” en razón de la pertenencia a un grupo y cuya aplicación supone sacrificar a otros. En estos casos, tanto el criterio en juego como la “ventaja” proporcionada resulta fácil de detectar y evaluar en términos individuales, develándosenos con un sesgo de dudosa excepcionalidad. Sin embargo, aquello que bien podría apreciarse como la “ventaja *a priori*” de que goza quien es parte de un grupo dominante, sólo puede relatarse en términos estructurales⁶⁴ y, por tanto, suele pasar desapercibida ante nuestros ojos. Tal vez incluso podría presentarse como una competencia entre grupos lo que hasta ahora se ha enseñado como una competencia entre individuos. El óbice frente a este innovador esquema es que carece de recepción en el modelo jurídico actual.

Para ilustrar el sentido de las ideas recién expuestas y orientar al lector en el curso de las siguientes líneas, resulta tan útil como atinente, recordar un antiguo ejemplo propuesto

⁶² Atria F: “Dworkin, la Libertad y la Igualdad: Algunas Consideraciones” en 38 *Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso* (1993), p. 453.

⁶³ *Ibid*, p. 454.

⁶⁴ Barrère, *op. cit.*, en n. 67, pp.20-21.

por un economista: “Imaginemos una carrera en la que a algunos corredores se les ha asignado una pesada carga porque pertenecen a un determinado grupo. A causa de esta desventaja el corredor medio con carga quedará rezagado del corredor medio sin carga, aunque algunos corredores con carga adelantarán a algunos corredores sin carga. Ahora supongamos que alguien agita una varita mágica y que las cargas desaparecen de las espaldas de todos los corredores. Si los dos grupos de los corredores son iguales en capacidad, la principal diferencia entre los grupos con carga y sin carga dejará de aumentar, pero aquellos que sufrían por la discriminación previa nunca se equiparán. Más aún, si se tratara de una carrera donde los padres que van primero pudieran pasar el relevo a sus hijos, no habría igualación de la carrera ni siquiera a través de generaciones. La carrera sólo podría volverse limpia si cada uno es obligado a parar y comenzar de nuevo en la misma línea de salida, y si todos los que no llevaban carga fueran obligados a cargar peso hasta que las diferencias en el promedio de ejecución de grupos desaparecieran o si quienes han sufrido desventajas en el pasado, recibieran privilegios especiales hasta que se equipararan”⁶⁵.

⁶⁵ Thurow, L: “A theory of groups and economics redistribution” en *Philosophy and Public Affaire*, Vol 9, N° 1 (1979), p. 35; citado en Zúñiga, Aguilera y Vásquez: «Lejos del Poder. Hacia la implementación de una Ley de cuotas en Chile» en *Revista de Derecho*, Vol XX, N° 2 (2007).