



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN
SUPERIOR EN CHILE**

**DESIGUALDAD ESTRUCTURAL Y MÉRITO COMO FACTOR DE
EXCLUSIÓN**

**Memoria para Optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Memorista:

NATALIA PAZ MORALES CERDA

Profesor guía:

EDMUNDO VARGAS CARREÑO

Santiago, Chile

2016

A mis padres y mi hermano,
por su perenne compañía en este largo camino.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a la profesora Claudia Sarmiento Ramírez por motivarme a trabajar en este proyecto. Sus siempre inspiradores consejos, sabias palabras y dedicación, han permitido culminar mi formación universitaria con la memoria de grado que hoy presento.

RESUMEN.....	7
CAPÍTULO I.....	16
FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO DE EDUCACIÓN	16
a. Derecho internacional.....	16
b. Derecho doméstico.....	27
CAPÍTULO II.....	38
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN	38
a. Algunas consideraciones previas.....	38
b. ¿Qué entenderemos por <i>igualdad y prohibición de discriminación</i> ?	40
c. El <i>mérito</i> como factor de exclusión	47
CAPÍTULO III.....	60
MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA	60
a. Precisiones terminológicas	60
b. ¿Qué son las medidas de acción afirmativa?	63
c. Justificación de las medidas de acción afirmativa	66
d. Origen y desarrollo de las acciones afirmativas.....	72
i. Estados Unidos	74
ii. Unión Europea	82
e. Medidas afirmativas en el sistema internacional de los derechos humanos.....	90
i. Sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas	91
ii. Sistema interamericano de derechos humanos	96
1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	96
1.1. Informes.....	97
1.2. Peticiones individuales.....	110
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos	113
2.1. Opiniones consultivas	114

2.2. Casos contenciosos	119
CAPÍTULO IV	152
JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	152
CONCLUSIONES	167
BIBLIOGRAFÍA.....	173

RESUMEN

El acceso a la educación superior en Chile está fuertemente condicionado por el contexto socioeconómico del postulante. En efecto, solo 2 de cada 10 alumnos pertenecientes al 10% de la población de menores ingresos, mientras que 9 de cada 10 jóvenes pertenecientes al 10% del grupo de más ingresos acceden al sistema de educación superior. Lo anterior nos lleva necesariamente a cuestionar los mecanismos de acceso a este sistema desde el prisma del derecho a la igualdad y no discriminación, afirmando que las medidas de acción afirmativa son el mecanismo idóneo para garantizar el goce del derecho a la educación superior de aquellos grupos históricamente excluidos del sistema.

Con dicho propósito en mente, en la presente memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, se analiza el contenido normativo del derecho a la educación tanto en el derecho doméstico como en el derecho internacional. Luego, se analiza el principio de igualdad y no discriminación a partir de las concepciones teóricas propuestas por Amartya SEN, Martha NUSSBAUM y Roberto SABA, y su relevancia en el derecho a la educación. Posteriormente, se analizan exhaustivamente las medidas de acción afirmativa: su origen y desarrollo histórico en Estados Unidos y Europa, y su consagración en el sistema internacional de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano de derechos humanos.

Finalmente, a partir de las nociones teóricas expuestas en los capítulos I, II y III, en el capítulo IV se expondrán los argumentos que permitan justificar la tesis propuesta y descartar los motivos para rechazar la adopción de este tipo de medidas como un arma contra la estratificación social en el sistema educativo.

INTRODUCCIÓN

El contexto en el que se enmarca la presente memoria para optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas, titulada “*Acciones Afirmativas en el acceso a la Educación Superior en Chile. Desigualdad estructural y mérito como factor de exclusión*”, está dado por los procesos vividos en Chile desde el fin de la dictadura cívico militar de 1973 – 1990, en un lento retorno a la democracia, donde encontramos variadas luchas reivindicativas que dan cuenta del reconocimiento de derechos sociales.

En materia de educación, entre abril y junio del año 2006 se produjo una importante manifestación de estudiantes, principalmente secundarios, conocida como la “Revolución Pingüina”. Durante ese año, estudiantes de colegios municipalizados de Santiago se organizaron para trabajar en conjunto con el Ministerio de Educación planteando demandas concretas; a saber, el alto costo de inscripción a la Prueba de Selección Universitaria (PSU), mala implementación de la jornada escolar completa y utilización del Pase Escolar. Sin embargo, a medida que creció la organización, se formó una crítica estructural al sistema educativo y la ley que lo regía en aquella época, Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE), que llevó a los estudiantes a demandar la derogación del Decreto N° 524 de 11 de mayo de 1990 del Ministerio de Educación, que regula los Centros de Alumnos, fin de la municipalización de la enseñanza, estudio y reformulación de la jornada escolar completa, gratuidad de la PSU y, principalmente, la derogación de la LOCE.

La Ley N° 18.962 o Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza fue la última ley promulgada por Augusto Pinochet Ugarte, publicada el 10 de marzo de 1990. En ésta se estableció la *libertad de enseñanza*, ratificando lo señalado en Constitución Política de la República de 1980. Con esto, se adhirió al principio de libertad de mercado en el sistema educativo y la competencia como

mecanismo regulador, de modo que se facilita la creación y expansión del sistema de educación privada subvencionada. En rigor, la LOCE vino a consagrar la lógica libremercadista de la educación, que comenzó el año 1980 con la Ley de Subvenciones Educativas¹, continuó con la municipalización de la educación² y culminó con la promulgación de la LOCE.

En ese contexto y tras meses de manifestaciones, colegios “tomados”, innumerables marchas por las principales calles de todo el país, las que se caracterizaron por la inusitada violencia de Fuerzas Especiales de Carabineros de Chile, y la caída de tres ministros del área, el gobierno encabezado por la Presidenta Michelle Bachelet Jeria lanzó de manera unilateral una propuesta que se materializó en el Consejo Asesor para la Calidad de la Educación, del cual los estudiantes decidieron no formar parte, y cuyo principal producto fue la Ley General de Educación (LGE), que no introdujo mayores cambios a la LOCE.

Con todo, a pesar de que el producto de las manifestaciones se expresó en una ley que no cubrió las demandas estudiantiles, la llamada “Revolución Pingüina” sacudió la conciencia de un país inmerso en la pasividad del retorno a la democracia y mostró una juventud crítica de Chile y atenta a su desarrollo.

¹ Dictada mediante el Decreto Ley N° 3.467. Se estableció un pago por alumno que asiste a clase en los establecimientos subvencionados. A este pago podían acceder todos los “sostenedores” de establecimientos educacionales que acreditaran el cumplimiento de ciertos requisitos genéricos establecidos por el Ministerio de Educación. Se trata de un sistema de *vouchers* o subsidio a la demanda.

² Decreto Ley de Rentas Municipales, N° 3.063, de 29 de Diciembre de 1979, que en su artículo 38 facultó al gobierno para traspasar servicios desde la administración central del Estado a las Municipalidades, entre ellos, los establecimientos educacionales que dependían del Ministerio de Educación, y el Decreto con Fuerza de Ley de 2 de Junio de 1980, que norma lo ordenado en el referido artículo 38 y reglamenta el traspaso de los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media y su personal, desde el Ministerio de Educación a las Municipalidades.

El año 2011, con un cambio en los actores de la manifestación pues el eje cambió de la educación secundaria a la educación superior, Chile vivió el mayor despertar desde el retorno a la democracia, que por su visibilidad e importancia rompió las fronteras latinoamericanas y logró que los ojos del mundo se posaran sobre nuestro país. Durante meses las grandes Alamedas vieron a miles de estudiantes marchar en señal de protesta. Desde los balcones del Palacio de la Moneda, el gobierno del entonces Presidente Sebastián Piñera Echeñique leyó consignas como “*Educación gratuita y de calidad*”, “*La educación no se vende*”, “*Fin a la educación de mercado*”, “*No al lucro*”, entre otras.

¿Qué motivó a los jóvenes a articular una de las más grandes movilizaciones estudiantiles de la historia de Chile? ¿Por qué miles de jóvenes desafiamos el calor, la lluvia y seguimos marchando? ¿Por qué miles de jóvenes, aun sufriendo la violencia y represión por parte del Estado, seguimos marchando?

Las principales demandas del movimiento estudiantil, resumidas en el petitorio oficial de la Confederación de Estudiantes de Chile de abril del año 2011³, se concentraban en tres ejes: reforma al sistema de acceso a las universidades que asegure la igualdad de oportunidades, lo cual involucra el establecimiento de mecanismo de accesos complementarios a la PSU, aumento del gasto público en educación superior y democratización del sistema de educación superior.

Estas demandas fueron recibidas de forma positiva por la sociedad chilena. Un estudio del Centro de Estudios Sociales y Opinión Pública de la Universidad Central de Chile señaló que un 67,5% de los chilenos pensaba que las manifestaciones provocarían cambios al sistema, mientras un 62,1%

³ Petitorio Oficial Confederación de Estudiantes de Chile, 2011.

declaró conocer las demandas estudiantiles⁴. Por su parte, los resultados del Estudio Nacional de Opinión Pública del Centro de Estudios Públicos (CEP)⁵ realizado entre los meses de junio y julio del año 2011, mostró que un 73% de los encuestados cree que en los últimos diez años la calidad de la educación en Chile se ha mantenido igual o ha empeorado. Asimismo, un 80% estaba en desacuerdo con que tanto las universidades como los establecimientos de educación básica y secundaria tengan fines de lucro.

El aumento de la matrícula ha sido constante en los últimos cinco períodos presidenciales⁶. Esto, porque se ha implementado un sistema que combina recursos y gestión tanto públicos como privados, generando un sistema educacional mixto, cuyo principal objetivo fue precisamente el aumento de la cobertura en los niveles de educación básica, media y superior. Según datos del Ministerio de Educación, la evolución de la matrícula total por nivel global, esto es, la cantidad registrada de alumnos matriculados en pregrado y postgrado de cada año, ha aumentado un 402.03% en los últimos 25 años.

De acuerdo a datos del Servicio de Información de Educación Superior (SIES), dependiente del Ministerio de Educación, en el caso de la matrícula de pregrado, la década de 1990 se inició con 245.561 estudiantes matriculados. Para el año 2000, el sistema educativo registraba 435.884 alumnos y se concluyó la década, año 2010, con 938.338 estudiantes. Lo anterior equivale a un aumento de casi cuatro veces la cantidad de estudiantes durante los últimos 20 años. Al año 2015, existe un total de 1.232.791 alumnos matriculados en

⁴ Universidad Central de Chile (UCEN). “Encuesta CESOP respecto de las movilizaciones estudiantiles y la educación en Chile” (Viernes, 1 de julio de 2011). Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2013.

⁵ Centro de Estudios Públicos (4 de agosto de 2011). “Estudio Nacional de Opinión Pública N° 64 Junio – Julio 2011”

⁶ Gobiernos del Presidente Patricio Aylwin (1990–1994); Presidente Eduardo Frei Ruz – Tagle (1999–2000); Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000–2006); Presidenta Michelle Bachelet Jeria (2006–2010); Presidente Sebastián Piñera Echeñique (2010–2014)

instituciones de educación superior (universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica); de ellos, el 1.165.654 corresponden a alumnos de pregrado, 45.375 alumnos de posgrado y 21.762 alumnos de postítulo⁷.

Sin embargo, solo 2 de cada 10 alumnos pertenecientes al 10% de la población de menores ingresos accede a la educación superior; mientras que 9 de cada 10 jóvenes pertenecientes al 10% del grupo de más ingresos acceden al sistema⁸. Lo anterior, ciertamente refleja un problema de desigualdad en el acceso a la educación.

Esta conclusión puede encontrarse, igualmente, en el informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) acerca de la Educación Superior en Chile (2009). La OCDE afirma que el sistema chileno:

“Produce una distribución desigual de las vacantes en educación superior entre los grupos socioeconómicos. Los alumnos de escuelas municipalizadas y familias más pobres tienen mucho menos posibilidades de aprobar la PSU que los de colegios privados y familias más ricas. Si la aprueban, es menos probable que logren los puntajes más altos que les permite tener acceso a los programas de apoyo financiero y a las mejores universidades”⁹.

Que el acceso a la educación en Chile esté fuertemente condicionado por el contexto socioeconómico del postulante nos lleva necesariamente a cuestionar el sistema de acceso a la educación superior desde el prisma del derecho a la igualdad y no discriminación. Este diagnóstico es compartido por el

⁷ El detalle de estos datos puede encontrarse en el portal <http://www.mifuturo.cl/index.php/academicos-e-investigadores>, dependiente del Ministerio de Educación del Gobierno de Chile.

⁸ Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SIES) de la División de Educación Superior del MINEDUC.

⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Revisión de Políticas Nacionales de Educación: La educación superior en Chile*. OCDE y Banco Mundial (2009).

entonces Rector de la Universidad de Chile, Sr. Víctor Pérez Vera, en el discurso pronunciado con ocasión de la Conmemoración del Aniversario 170 de la Universidad de Chile, quien señaló que:

“La desigualdad es el problema (...) Una alta desigualdad de oportunidades fomenta la exclusión social, reduce la capacidad de las sociedades de utilizar el capital humano en todo su potencial, y permite a las personas adineradas distorsionar el mercado en beneficio propio”¹⁰.

En la presente memoria sostendré que las medidas de acción positiva son un mecanismo idóneo para alcanzar la justicia social en el acceso al sistema de educación superior, en cumplimiento del mandato de igualdad y no discriminación que pesa sobre el Estado chileno, toda vez que permiten corregir criterios aparentemente neutros –en este caso, el mérito– pero que en realidad perpetúan discriminaciones pasadas.

Lo anterior requiere dos supuestos teóricos fundamentales:

- i. En primer lugar, que la discriminación es un fenómeno social o estructural determinado por la pertenencia del individuo a un grupo social históricamente sojuzgado o excluido, para lo cual me valdré de los postulados de Roberto SABA;
- ii. En segundo lugar, que el concepto de igualdad que nos interesa es la “igualdad de capacidades”, como lo han postulado Amartya SEN y Martha NUSSBAUM.

Con la pretensión de aportar al debate acerca del derecho a la educación en nuestro país, he estructurado la presente memoria en cuatro capítulos.

¹⁰ Discurso del Rector de la Universidad de Chile, Sr. Víctor Pérez Vera, en Conmemoración del Aniversario 170 de la misma Casa de Estudios. Viernes 16 de noviembre de 2012, Casa Central de la Universidad de Chile.

El primer capítulo, esencialmente descriptivo, se aboca al análisis de las fuentes normativas del derecho a la educación, tanto en el derecho internacional como en el derecho doméstico. Respecto al derecho internacional, se analizará la consagración del derecho a la educación en los instrumentos internacionales ratificados por Chile, el contenido normativo del derecho en comento y las principales obligaciones que se imponen al Estado chileno. Por su parte, en relación al derecho doméstico se analiza la consagración constitucional del derecho a la educación en Chile.

El segundo capítulo se inicia con el análisis del principio de igualdad y no discriminación, las concepciones teóricas más importantes y su relevancia en el derecho a la educación. En dicho contexto, se justificará el marco teórico que sustenta la presente memoria a partir de los postulados de Roberto SABA, Amartya SEN y Martha NUSSBAUM sobre el principio de igualdad y no discriminación, las que permiten incorporar medidas de acción afirmativa en el acceso al derecho a la educación. Finalmente, se analizará la tensión existente entre dicho principio y el mérito como causal objetiva de atribución de plazas en el sistema educativo.

El tercer capítulo está dedicado a un análisis exhaustivo de las medidas de acción positiva. En primer lugar, se realizarán precisiones terminológicas y conceptuales acerca de este tipo de medidas, para luego proceder a justificar su adopción. En segundo lugar, expondré el origen y desarrollo de las acciones positivas tanto en Estados Unidos como en Europa. Finalmente, revisaré la consagración de las medidas afirmativas en el sistema internacional de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano de derechos humanos.

Finalmente, a partir de las reflexiones contenidas en los capítulos anteriores, en el último capítulo sostendré que es posible cuestionar el mérito

como criterio de asignación de cupos en el sistema educativo, en tanto que su aparente neutralidad contribuye a la perpetuación de la exclusión de determinados grupos de la población; y en consecuencia, urge la incorporación de medidas de acción afirmativa con el propósito de alcanzar la justicia social en el sistema educativo chileno.

CAPÍTULO I

FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO DE EDUCACIÓN

a. Derecho internacional

Con el objetivo de consolidar el derecho de educación los Estados han creado y aprobado un amplio y nutrido catálogo de normativas internacionales. Esta serie de normas complementarias entre sí, han ido desarrollando paulatinamente un derecho que, hoy en día, tiene amplio reconocimiento internacional.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, UNESCO) ha señalado:

“La educación es un derecho humano fundamental, esencial para poder ejercitar todos los demás derechos. La educación promueve la libertad y la autonomía personal y genera importantes beneficios para el desarrollo”¹¹.

El Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante, el Comité DESC) ha señalado:

“El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es, todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un

¹¹ Derecho a la Educación. UNESCO.

<http://www.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/right-to-education/>

*derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos*¹².

Numerosos son los instrumentos internacionales en los que se ha reconocido el derecho a la educación. Algunos de ellos ratificados por Chile son, en orden cronológico:

1946 Convención sobre Constitución de la UNESCO. Aprobado en Chile mediante el Decreto N° 420 de 6 de octubre de 1953.

1948 Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, artículo 23.

1960 Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO. Aprobada en Chile mediante el Decreto N° 764 de 4 de noviembre de 1971.

1966 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en 1966 (en adelante, PIDESC), artículo 13. Suscrito por Chile el 16 de noviembre de 1969. Promulgado por el Decreto N° 326 de 28 de abril de 1989.

1969 Convención Americana sobre Derecho Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, CADH). Suscrito por Chile el 22 de noviembre de 1969. Aprobado mediante el Decreto N° 873 de 5 de enero de 1991.

¹² Naciones Unidas (UN), Observación General No. 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14). 20° Período de sesiones, Comité Derecho Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), (1999), párr. 2. (Énfasis agregado)

1989 Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989. Suscrita por Chile el 26 de enero de 1990. Promulgada mediante el Decreto N° 830 de 27 de septiembre de 1990.

En cuanto al contenido normativo del derecho a la educación, éste ha sido caracterizado por el Comité DESC en la Observación General No. 13, del 8 de diciembre de 1999, a partir de los artículos 13 y 14 del PIDESC¹³.

¹³ Artículo 13, PIDESC.- “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

A su respecto, el Comité DESC ha señalado:

*“La educación es un **derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos**. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”¹⁴.*

Sin embargo, el Comité DESC reconoce que *“el disfrute del derecho a la educación sigue siendo un objetivo lejano”*¹⁵. Por lo anterior, nace la urgencia de analizar su contenido en tres niveles. En primer lugar, (i) especificar el contenido normativo de los artículos 13 y 14 del PIDESC; en segundo lugar, (ii) especificar las obligaciones de los Estados partes, y finalmente (iii) caracterizar algunas violaciones a este derecho considerado esencial.

Al especificar el contenido normativo del derecho a la educación, el Comité DESC establece que toda la enseñanza debe estar orientada hacia los propósitos y principios señalados en el párrafo 1 del artículo 13 del PIDESC, principalmente, *“hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana”*. Estos principios coinciden con los proclamados en el párrafo 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 14, PIDESC.- “Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.”

¹⁴ UN, Observación General No. 13. El derecho a la Educación (art. 13). 21° Período de sesiones. Comité Derecho Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), E/C.12/1999/10, (1999), párr. 1. (Énfasis agregado)

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 2

El Comité DESC ha reconocido que la aplicación precisa del derecho a la educación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado. Sin embargo, a partir del marco analítico general seguido a propósito de los derechos a una vivienda¹⁶ y una adecuada alimentación¹⁷, es posible sostener que existen cuatro características interrelacionadas que deben regir la educación en todas sus formas y niveles: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

Sobre la *disponibilidad*, se establece que deben existir instituciones y programas de enseñanza suficientes. Las condiciones de funcionamiento van desde instalaciones como edificios, instalaciones sanitarias, agua potable, docentes calificados; hasta bibliotecas, servicios de informática y acceso a tecnologías adecuadas.

En cuanto a la *accesibilidad*, se distinguen tres dimensiones: no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica. Las dos últimas dimensiones se refieren a que la educación debe estar al alcance de todos, sea por ubicación geográfica, o mediante tecnologías que permitan programas de educación a distancia.

En cuanto al principio de no discriminación en el ámbito de la educación, hemos de considerar que el párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC¹⁸ consagra la prohibición de discriminación. Lo anterior constituye una obligación para los Estados partes, la que no se haya supeditada a una implementación gradual ni

¹⁶ UN, Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Sexto período de sesiones, Comité Derecho Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), (1991)

¹⁷ UN, Observación General No. 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). 20° Período de sesiones, Comité Derecho Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), (1999)

¹⁸ Artículo 2, PIDESC.- 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

a la disponibilidad de recursos. Así, el Comité DESC ha interpretado el mencionado párrafo 2 del artículo 2 y el artículo 3, en relación con la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de UNESCO, y ratificada por Chile el año 1971.

La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza entiende por *discriminación*:

*“Toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, **que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza**”¹⁹.*

Esta conceptualización es similar a la que encontramos en la Observación General No. 18 sobre No Discriminación, párrafo séptimo, del 37° período de sesiones de 1989:

*“El Comité considera que el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el Pacto, 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,***

¹⁹ Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, Artículo 1.1. (Énfasis agregado)

en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas²⁰.

En tal orden de ideas, el Comité DESC se refiere a “*la adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho*”²¹, aseverando la legitimidad de las mismas “*siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas*”²².

Adicionalmente, el Comité DESC habla sobre la *calidad de la educación*. El párrafo 35 de la Observación General No. 13 señala que una disparidad en la calidad de la educación que reciben personas residentes de diferentes lugares, producida por “*agudas disparidades*”²³ de recursos, puede constituir discriminación con arreglo al PIDESC.

La tercera característica es la *aceptabilidad*. A los ojos del Comité DESC, la educación tiene propósitos y objetivos claramente determinados, entre los que destaca principalmente el desarrollo de la persona humana. Así, los planes y programas de estudio, en la forma y en el fondo, han de ser pertinentes y adecuados culturalmente para la satisfacción de dichos propósitos.

La última característica, la *adaptabilidad*, exige que la educación impartida por las instituciones y programas de enseñanza tenga la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en las cuales los sujetos receptores de la educación se hallan insertos.

²⁰ UN, Observación General No. 18. No discriminación. 37º período de sesiones, Comité Derecho Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), (1989). (Énfasis agregado)

²¹ UN, Observación General No. 13, op.cit., párr. 32.

²² *Ibíd.*, párr. 35.

²³ *Ibíd.*, párr. 35.

Las cuatro características mencionadas deben estar presentes en todas las formas y niveles de la educación. Así, el Comité DESC ha considerado que la enseñanza primaria, secundaria y superior, mencionados en los apartados a), b) y c) del párrafo 2 del artículo 13, deben comprender los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

La educación primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente. La educación secundaria, asegurada en sus diferentes formas, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos. Sobre la educación superior, sin embargo, se señala que "*debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno*"²⁴. Así, el Comité ha señalado que en el caso de la educación superior la enseñanza no "*debe ser generalizada*", sino sólo disponible "*sobre la base de la capacidad*"²⁵, capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual.

Adicionalmente, el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 en comento, establece "*la implantación progresiva en la enseñanza gratuita*". El Comité ha considerado que, si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar las enseñanzas secundaria y superior gratuitas.

La Observación General No. 11, Sobre Planes de Acción para la Enseñanza Primaria, artículo 14 del PIDESC, da significado a la expresión "gratuita" en la enseñanza primaria. El Comité DESC considera que el derecho a la gratuidad se formula expresamente para asegurar *disponibilidad* de la enseñanza. Los derechos de matrículas y costos de la educación, "*son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su*

²⁴ *Ibíd.*, párr. 19

²⁵ *Ibíd.*, párr. 19

*realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos*²⁶.

El párrafo 3 del artículo 13 del PIDESC hace referencia a la libertad de enseñanza. A su respecto, hay dos elementos esenciales. El primero de ellos es el respeto de los Estados partes a la libertad de los padres de elegir una educación religiosa o moral conforme a sus convicciones. El segundo elemento, complemento del primero, señala que la libre elección de los padres debe comprender escuelas que satisfagan las normas mínimas que el Estado prescribe.

Con todo, en aplicación de los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades, el Comité DESC ha señalado que el Estado tiene la obligación de velar por que la mencionada libertad de enseñanza no provoque *“disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad”*²⁷.

Respecto a las obligaciones de los Estados partes, la Observación General No. 13 en comento establece:

*“El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer”*²⁸.

En cuanto a la obligación de respetar, se exige que los Estados partes eviten adoptar medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación. Por su parte, la obligación de proteger significa que los Estados partes deben adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea

²⁶ UN, Observación General No. 11, párr. 7.

²⁷ UN, Observación General No. 13, op.cit., párr. 30.

²⁸ Ibid., párr. 46.

obstaculizado por terceros; mientras que la obligación de dar cumplimiento exige que los Estados partes adopten medidas positivas²⁹ que permitan a los individuos disfrutar el derecho a la educación.

En este punto, cabe precisar dos elementos del artículo 13 del PIDESC. En primer lugar, está claro que en el mencionado artículo se considera que los Estados son los principales responsables de la prestación directa de la educación; los Estados partes reconocen, por ejemplo, que se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza. En segundo lugar, habida cuenta de las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 del PIDESC en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria y superior, los parámetros por los que se mide la obligación de los Estados parte de cumplir con la obligación de facilitación, no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del PIDESC, la obligación de los Estados partes de facilitar se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación. Así, el Comité DESC observa que esta interpretación de la obligación de cumplir contenida en el artículo 13 del PIDESC coincide con el derecho y la práctica de numerosos Estados partes.

Por otro lado, la Observación General No. 13 reconoce que el PIDESC es de aplicación gradual y reconoce las limitaciones de recursos de los Estados. No obstante ello, sostiene que el ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, gradualmente, no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados partes. Realización gradual quiere decir que los Estados partes tienen la obligación concreta y permanente de

²⁹ Cabe mencionar que el Comité DESC en esta oportunidad utiliza el término “medidas positivas” para referirse al grupo de medidas que los Estados partes deben tomar en cumplimiento del PIDESC, que tienen una relación de género–especie con las acciones afirmativas.

proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr el objetivo³⁰, toda vez que el ejercicio del derecho a la educación “gradualmente” debe interpretarse a la luz del sentido del PIDESC. Así, la expresión “progresiva efectividad” es un reconocimiento de la naturaleza de los derechos que el PIDESC trata, aquellos cuya plena efectividad no puede lograrse en un breve período de tiempo.

La Observación General No. 3, Índole las Obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC, ha señalado que las obligaciones contraídas por los Estados incluyen obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultados. Si bien existen diferencias entre estos tipos de obligaciones, existen también semejanzas importantes, una de las cuales es la imposición de obligaciones con efectos inmediatos.

Entre las obligaciones con efectos inmediatos encontramos dos que a juicio del Comité DESC resultan particularmente importantes. Por un lado, “*que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación*”³¹; y por otro, “*el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración*”³². Esto es, que si bien la plena realización del derecho que se trate pueda lograrse de manera paulatina, el Estado está obligado a adoptar dentro de un plazo razonable medidas tendientes a lograr el objetivo.

En consecuencia, en el caso del derecho a la educación, los Estados partes tienen obligaciones consideradas inmediatas, como son la garantía del ejercicio del derecho sin discriminación y la obligación de adoptar medidas.

³⁰ UN, Observación General No. 13, op.cit., párr. 44.

³¹ UN, Observación General No. 3. De la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Quinto período de sesiones, Comité Derecho Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), (1990), párr. 1.

³² *Ibíd.*, párr. 2.

Estas medidas, definidas en el párrafo 1 del artículo 2, corresponden a “*todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas*”, que en esferas como la educación, son un elemento indispensable.

Finalmente, acerca de las violaciones al derecho a la educación, éstas pueden ser mediante obra u acción directa de los Estados partes, o mediante omisión por no adoptar las medidas que exige el PIDESC. Así, se considera que el Estado parte viola el artículo 13 del PIDESC cuando adopta leyes u omite la revocación de leyes que discriminan a grupos o individuos; no adopta medidas que hagan frente a una discriminación de hecho; no mantiene un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de sus obligaciones; no adopta medidas concretas orientadas hacia la implementación gradual de la enseñanza en todos sus niveles, entre otras³³.

b. Derecho doméstico

La Constitución Política de la República de Chile dispone los numerales 10 y 11 del artículo 19 del capítulo III: De los Derechos y Deberes Constitucionales³⁴ para el tratamiento de la educación, consagrando el derecho

³³ UN, Observación General No. 13, op.cit., párr. 59.

³⁴ Constitución Política de la República de Chile. Artículo 19 N° 10.- “El derecho a la educación: La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

a la educación y la libertad de enseñanza, respectivamente. Respecto a éstos, parte de la doctrina señala que se trata de dos derechos diferentes, pero relacionados³⁵; mientras otra parte de la doctrina ha señalado que se trata de derechos complementarios entre sí³⁶.

Algunas de las diferencias que la doctrina ha aceptado de manera unánime es que el derecho a la educación, a diferencia del derecho a la libertad de enseñanza, es un derecho social que no dice relación con la libertad, sino con la posibilidad que se reconoce a los individuos de desarrollar su personalidad. Así, el derecho a la educación sería un derecho económico, social y cultural; mientras que la libertad de enseñanza sería un derecho civil³⁷. Por otro lado, hay quienes sostienen que el principio de subsidiaridad tiene aplicación respecto del derecho a la educación; mientras que otros consideran que el derecho a la educación, como derecho económico, social y cultural, implica necesariamente una prestación por parte del Estado³⁸. Otra diferencia es que la libertad de enseñanza está protegido por el recurso de protección;

N° 11.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

³⁵ FERNANDEZ, Miguel. *La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional*; Universidad de los Andes, Estudios de Derecho Actual, 2005. p. 23.

³⁶ “...Sostenemos al respecto que se trata de dos principios que se complementan entre sí, fortaleciéndose uno al otro”. RUIZ – TAGLE V., Pablo y CORREA S., Sofía. *El Derecho a una Educación de Calidad*, p. 173.

³⁷ ZÚÑIGA, Francisco, “Informe en Derecho. Las garantías constitucionales del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”, Santiago, 23 de marzo de 2015, p. 10.

³⁸ *Ibid.*, p. 10.

mientras el derecho a la educación no³⁹, toda vez que al tenor del artículo 20 de la Constitución Política de la República no se protege el contenido del artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental, olvidando el constituyente que los derechos sociales fundamentales tienen un contenido esencial que siempre debe ser garantizado y que tiene una ejecución directa e inmediata. Por ello, para poder asegurar jurisdiccionalmente el derecho a la educación las personas han debido recurrir a ámbitos conexos con tal derecho, como pueden ser la igualdad ante la ley y no discriminación, la integridad psíquica y física de las personas, el derecho de propiedad, entre otros derechos⁴⁰.

Con todo, para el Tribunal Constitucional se trata de derechos diferentes que conservan “*numerosos e importantes vínculos entre ellos, evidencia de lo cual resulta ser el objeto de la educación, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida*”⁴¹. Así, la Constitución Política de la República pone énfasis en el *derecho a recibir educación* –identificándolo con el derecho a la educación– y la *libertad de enseñanza* –identificado con el derecho a brindar educación y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos.

Los que llamaremos “derechos educacionales” –derecho a recibir educación y libertad de enseñanza– han sido catalogados por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Constitucional como derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha utilizado indistintamente

³⁹ Constitución Política de la República, Artículo 20.- “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

⁴⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 5.589–2006.

⁴¹ Sentencia Tribunal Constitucional N° 410, considerando 7°.

las categorías derechos esenciales, derechos constitucionales, garantías constitucionales y derechos naturales para referirse a los llamados derechos educacionales. Del mismo modo, la Constitución Política de la República dispone una equivalencia en las nomenclaturas derechos esenciales, derechos constitucionales, garantías constitucionales y derechos fundamentales. Así, la sentencia N° 410 del Tribunal Constitucional⁴² afirma que los derechos educacionales son “derechos esenciales”. Tal aseveración, de conformidad con lo planteado por el Tribunal Constitucional, implica que los derechos educacionales constituyen un límite al poder del soberano.

Consagrar los derechos educacionales como “derechos esenciales” nos remite al artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política⁴³. Este artículo establece un límite a lo político a favor de los derechos fundamentales, estableciendo que la soberanía nacional reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. De lo anterior, es posible afirmar que nuestra Constitución Política resuelve la potencial colisión entre derechos fundamentales y democracia a favor de los primeros de forma expresa. Esto es, que los derechos fundamentales se ordenan constitucionalmente como un límite al soberano.

En consecuencia, los derechos educacionales adquieren un estatus especial por dos motivos. En primer lugar, por la ubicación geográfica de la “esencialidad” de los derechos (a saber, Capítulo I: Bases de la Institucionalidad); y en segundo lugar, por la equivalencia que se establece

⁴² Sentencia Tribunal Constitucional N° 410.

⁴³ Constitución Política de la República, Artículo 5.- “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

entre los derechos educacionales –derecho a la educación y libertad de enseñanza– y todos los derechos considerados esenciales. En definitiva, el Tribunal Constitucional al señalar los derechos educacionales como derechos esenciales afirma que toda persona, libre e igual, dotada de dignidad y derechos (art. 1 inciso 1° Constitución Política de la República), es titular de derechos que le son consustanciales.

Sobre el contenido constitucional de los derechos educacionales, éste se hallaría determinado por la forma en que la Constitución Política de la República los establece. En esta vinculación entre lo público y lo privado, la jurisprudencia ha analizado los derechos educacionales bajo dos parámetros: por un lado, el rol del Estado; y por otro, la libertad educacional o libertad de enseñanza.

En cuanto al rol del Estado, la jurisprudencia constitucional le ha otorgado un rol tridimensional en materia de educación. En efecto, prescribe un mandato de prestación de servicios conjuntamente con los privados, regulación del derecho a la educación y libertad de enseñanza, y fiscalización de la actividad educativa.

El Tribunal Constitucional sostiene que los titulares del derecho a la educación son los alumnos. Esto es, “*que son ellos los que tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral (STC 1361, cc. 39 y 40)*”⁴⁴. Lo anterior está ligado a la exigencia de calidad, señalada por el mismo tribunal, como obligación del Estado de adoptar medidas para que la educación que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible.

⁴⁴ CARMONA SANTANDER, Carlos y NAVARRO BELTRÁN, Enrique (recopiladores). *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981 – 2011)*. Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971 – 2011. Cuadernos del Tribunal Constitucional – Número 45, año 2011, p. 161.

Por su parte, la doctrina ha señalado que una de las implicancias más relevantes del contenido de los derechos educacionales es que la Constitución Política de la República asigna al Estado un rol subsidiario en la educación⁴⁵; esto es, en un contexto de reducción del aparato estatal, asume constitucionalmente su imposibilidad de hacerse cargo de la tarea educativa. Así, se ha indicado que el Estado tiene un rol de “segundo orden”, estando en desigualdad de posición respecto de los privados, quienes son los primeros interpelados por el derecho de los padres⁴⁶. En tal orden de ideas, según los Tribunales Superiores de Justicia el accionar del Estado se satisface por los principios de respeto y promoción como imperativos estatales, y el rol de garante de los derechos fundamentales.

Se ha estimado que el derecho a la educación, a pesar de no encontrarse bajo tutela directa conforme al artículo 20 de la Constitución Política, “*constituye uno de los derechos que los órganos de Estado están obligados a respetar y promover*”, ello, en razón que una vulneración de tal derecho puede significar la privación, perturbación o amenaza de otros derechos establecidos en la Constitución Política de la República⁴⁷. Lo anterior ha sido reiterado por la Corte Suprema, la que señala el rol preponderante del Estado como “garante” de los derechos educacionales, estando obligado en consecuencia a regularlos, respetarlos y promoverlos⁴⁸.

Para el profesor Tomás JORDÁN DÍAZ, el deber de respeto impone la exigencia de garantizar la existencia del derecho, de permitir su realización o ejecución, y de no entorpecer ni vulnerar, por acción u omisión, el ejercicio de éste. Mientras que la promoción incorpora como deber estatal el tomar ciertas

⁴⁵ ZÚÑIGA, op. cit., p. 20; JORDÁN, Tomás. *Elementos configuradores de la Tutela Jurisprudencial de los Derechos Educacionales en Chile*, p. 190.

⁴⁶ Ibid., p. 190.

⁴⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago 1478–1996, considerando 12°.

⁴⁸ Sentencia Corte Suprema 2980–1996, considerando 10°.

iniciativas, desarrollarlas en su caso y velar porque éstas se realicen⁴⁹. En definitiva, que su contenido constitucional sea ejecutado. Con todo, ésta obligación que JORDÁN caracteriza es muy amplia. Desde deberes negativos que limitan la intervención de los poderes estatales, que se condice con el rol subsidiario que la doctrina ha atribuido al Estado en materia educacional; hasta obligaciones positivas que equivalen a una legitimación sustancial, condicionan el actuar de los órganos públicos y expresa un determinado fin del Estado de Derecho.

En cuanto a la libertad de enseñanza, consagrada en el artículo 19 número 11 de la Constitución Política de la República, la doctrina está en su mayoría en acuerdo con el contenido de este derecho: por un lado, derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales; y por otro, derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional de sus hijos. Así también lo han reconocido el Tribunal Constitucional⁵⁰ y los Tribunales Superiores de Justicia⁵¹.

El derecho a la libertad de enseñanza se distingue del derecho a la educación porque el primero se estructura como un derecho individual. El Sr. Jorge OVALLE QUIROZ en la discusión de la Comisión de Estudios de Nueva Constitución (CENC) señaló:

“Libertad de enseñanza es el derecho de todo individuo, organización o comunidad para impartir conocimientos sistemáticos, lo que lo hace un derecho típicamente individual. El derecho a la educación, en cambio, es un derecho social que dice relación con la posibilidad que se reconoce a

⁴⁹ JORDÁN, Tomás, op. cit., p. 191.

⁵⁰ Sentencia Tribunal Constitucional N° 410, considerando 10°.

⁵¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8372–2005, considerando 6°: “(...) respecto de la libertad de enseñanza, la doctrina ha entendido que posibilita la apertura, organización y mantención de establecimientos educacionales (...) En lo que hace al inciso 4° del N° 11 del artículo 19 de la Constitución, cierto es que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos (...)”.

todos los individuos para desarrollar sus capacidades físicas e intelectuales.”

El numeral 1° del artículo 19 número 11 de la Constitución se refiere al “derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”. A su respecto, el Tribunal Constitucional en la mentada sentencia N° 410, señaló:

*“En síntesis, en este primer aspecto, **la libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución en favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad**”⁵².*

En la relación entre el Estado y los establecimientos educacionales, tendría aplicación el principio de subsidiaridad. A su respecto, el Sr. Jaime GUZMÁN ERRÁZURIZ expresó en la Comisión Ortúzar, sesión 141 de 24 de julio de 1975:

*“Se dijo por varios invitados a esta Comisión, prosigue el señor Guzmán, que el papel subsidiario del Estado en materia educacional estaría hoy en una suerte de tela de juicio desde el momento en que aquél mantiene la gran mayoría de los establecimientos educacionales. Le parece que esa afirmación es errónea, porque no se puede confundir la cualidad de un derecho con la cantidad o forma en que él se expresa. **No le cabe la menor duda de que, aunque el Estado llegue a tener una mayoría abierta de establecimientos educacionales, desde un punto de vista***

⁵² Sentencia Tribunal Constitucional N° 410, considerando 10° (Énfasis agregado).

doctrinario o cualitativo esa función sigue siendo subsidiaria, porque llena aquello que no pueden llenar las instancias prioritarias⁵³.

En la misma línea, el Sr. Enrique EVANS DE LA CUADRA señaló:

*“No cabe duda que la idea que está en juego es que el Estado, en materia educacional, complementa y llega hasta donde la iniciativa particular no puede hacerlo. Es decir, está implícito, a su juicio en el texto constitucional, que realmente consagre la libertad de enseñanza, su desarrollo y concreción, **el principio de la acción subsidiaria del Estado en materia educacional**”*⁵⁴.

Refiriéndose a la libertad de enseñanza, en la sesión 141 de 24 de julio de 1975, el Sr. Jorge OVALLE QUIROZ sostuvo:

*“En cambio, la libertad de enseñanza se mira desde otro ángulo. ¿En qué consiste? Cree, en esto, interpretar lo que tan brillantemente dijo don Enrique Evans. La libertad de enseñanza obliga esencialmente a la comunidad, y preferentemente al Estado, a no intervenir, a dejar que cada uno enseñe lo que pueda enseñar y lo que quiera enseñar”*⁵⁵.

Ahora bien, este derecho individual del sostenedor del establecimiento educacional conoce limitaciones. En principio, se establecen cuatro limitaciones de fondo que prohibirían difundir enseñanza que atentase contra los siguientes principios fundamentales de la Constitución Política de la República: la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

Con todo, se trata de dos visiones que persisten en la discusión actual. Por un lado, observar la libertad de enseñanza como un derecho respecto del

⁵³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 141ª, 24 de julio de 1975 (Énfasis agregado).

⁵⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 141ª, 24 de julio de 1975.

⁵⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 141ª, 24 de julio de 1975.

cual el Estado está impedido de actuar o intervenir; y por otro, aquella visión que entiende la libertad de enseñanza como un derecho que requiere regulación estatal de estándares mínimos de calidad y contenidos para ser ejercido.

El inciso cuarto del numeral en comento, el otro aspecto que comprende la libertad de enseñanza, reitera el rol de la familia en la formación de los hijos, señalando que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento educacional de sus hijos. Este principio se halla en armonía con el principio previsto en el inciso tercero del numeral 10 del artículo 19 de la Constitución⁵⁶.

A su respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“El derecho de educación preferentes de los padres, en cuanto derecho, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes. Y en cuanto deber constitucional se traduce en obligaciones de hacer; las que existen tanto en la enseñanza formal en que los padres han de colaborar en la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe (STC 740, c. 16).”⁵⁷

A partir de la revisión de las fuentes normativas que regulan el derecho a la educación en el Derecho internacional y doméstico, podemos afirmar que el derecho a la educación es un derecho fundamental individual, social y político,

⁵⁶ Constitución Política de la República, Artículo 19 N° 10, inciso tercero.- “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”.

⁵⁷ CARMONA SANTANDER, Carlos y NAVARRO BELTRÁN, Enrique., op. cit., p. 162.

cuyo fundamento es la dignidad humana. Como derecho fundamental, ha de considerarse un derecho de aplicación directa e inmediata, cuyos atributos están integrados por los elementos contenidos tanto en la respectiva norma constitucional, como en el derecho convencional internacional ratificado y vigente en Chile.

La integración de los atributos del derecho a la educación contenidos en el artículo 13 del PIDESC, enriquecen el contenido del artículo 19 N° 10 de la Constitución Política de la República, como asimismo generan para el Estado chileno un conjunto de deberes y obligaciones.

Así, el Estado chileno tiene obligaciones inmediatas respecto del derecho a la educación, como son la garantía del ejercicio de los derechos sin discriminación y la obligación de adoptar medidas para lograr su plena aplicación. En tal orden de ideas, el Estado tiene tres obligaciones inmediatas y directas que pueden ser exigidas por las personas: la obligación de *respeto*, que exige al Estado evitar las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación; la obligación de *protección*, que impone al Estado el deber de adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros; y la obligación dar *cumplimiento –facilitar–*, la cual exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

a. Algunas consideraciones previas

La pregunta por la igualdad como elemento de la justicia ha peregrinado por los anales de la filosofía moderna incluso desde antes que John RAWLS irrumpiera con su *Teoría de la Justicia* conjugando el principio de libertad con el principio de igualdad en función de la *justicia como imparcialidad*. De ahí en más, variados autores han hilvanado teorías que, intentando dar respuesta a la pregunta por la justicia, han recurrido a la igualdad. En efecto, en las discusiones contemporáneas sobre filosofía política, la igualdad ha desempeñado un rol fundamental en las propuestas de John RAWLS (igualdad de libertades e igualdad de distribución de “bienes elementales”), Amartya SEN y Martha NUSSBAUM (“igualdad de capacidades”), Ronald DWORKIN (“tratamiento como iguales”, “igualdad de recursos”), Thomas NAGEL (“igualdad económica”), Thomas SCANLON (“igualdad”), entre otros, que suelen relacionarse con un punto de vista pro-igualdad.

Amartya SEN sostiene que *“toda teoría normativa del orden social que haya resistido, con más o menos fortuna, el paso del tiempo, parece haber exigido igualdad de ‘algo’”*⁵⁸, incluso por quienes han cuestionado las tesis favorables a la igualdad; por ejemplo, Robert NOZICK no exige la igualdad de utilidad o la igualdad en el disfrute de bienes elementales, mas sí exige la igualdad de derechos libertarios⁵⁹. Ante esto, SEN se pregunta ¿por qué todas estas teorías fundamentales diferentes sobre la ética del orden social se

⁵⁸ SEN, Amartya. *Nuevo Examen de la Desigualdad*. Alianza Editorial, Madrid, España (2011) p. 25.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 26.

caracterizan por exigir la igualdad de *algo*, de algo importante? El mismo autor afirma:

*“Creo que es defendible el sostener que, para que el razonamiento ético sobre asuntos sociales resulte verosímil, debe implicar la igual consideración para todos en ‘algún’ nivel considerado crítico. La ausencia de tal igualdad haría una teoría discriminatoria y difícil de defender. Una teoría puede aceptar, e incluso exigir, la desigualdad con respecto a muchas variables, pero a la hora de defender estas desigualdades resultaría difícil eludir la necesidad de su relación con una consideración igual para todos en un nivel básico sustancial”.*⁶⁰

En consecuencia, la pregunta por qué la igualdad, afirma SEN, es una cuestión debidamente reconocida, incluso por quienes se consideran anti-igualitarios. Por ello, la discusión no ha de centrarse en por qué la igualdad, sino en el planteamiento: igualdad, ¿de qué?

A continuación expondré las teorías sobre la justicia de John RAWLS, Ronald DWORKIN, Amartya SEN y Martha NUSSBAUM. A partir de éstas, sostendré que la perspectiva de las capacidades es la teoría que debe atravesar el sistema de acceso a la educación superior en Chile, en la medida que permite reconocer la diversidad humana, justificar la incorporación de medidas de acción positiva y conciliarse con el fenómeno de discriminación como no-sometimiento. Asimismo, su incorporación en el sistema educativo permitiría enfrentar el determinismo socioeconómico que rige en el acceso a la educación chilena, construido en base al ideal meritocrático.

Luego, expondré los postulados de Roberto SABA acerca de la (des)igualdad estructural con el propósito de sostener que lo relevante en materia de educación es la discriminación como fenómeno colectivo, la cual

⁶⁰ Ibid., p. 30.

depende de la pertenencia del individuo a un determinado grupo. Esta teoría en conjunción con el *enfoque de las capacidades* permitirá justificar la incorporación de medidas afirmativas en el acceso a la educación superior y subvertir el rol del mérito como causal objetiva de atribución de plazas en el sistema educativo chileno.

Lo anterior es importante por dos motivos; en primer lugar, porque el acceso a la educación superior, en tanto derecho social, fundamental y esencial, constituye un elemento de movilidad social que no debe estar condicionado a la capacidad de pago o endeudamiento de los estudiantes y sus familias; y en segundo lugar, porque la exclusión de determinados sujetos que no satisfacen los condiciones objetivas catalogadas como meritorias, ha contribuido a la perpetuación de la exclusión social de determinados grupos sociales del sistema educativo.

b. ¿Qué entenderemos por *igualdad y prohibición de discriminación*?

John RAWLS en su obra *Teoría de la Justicia*, construye una situación hipotética –similar a la idea del estado de naturaleza de Thomas HOBBS en *El Leviatán*– donde los sujetos realizan elecciones justas que son mutuamente aceptables, toda vez que las condiciones bajo las cuales tiene lugar dicha elección “*asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios*”⁶¹. RAWLS sostiene que la justicia es equivalente a la equidad, sobre la base de dos principios: 1) el primero de ellos señala que cada persona tiene un derecho igual a la más extensa libertad compatible con una libertad similar de otros; en consecuencia, se trata sólo de libertades personales y exige igual libertad; 2) el Principio de Diferencia, el cual no está solo relacionado con

⁶¹ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México (1979) p. 25.

consideraciones distributivas, sino también con la eficacia, de manera que cualquier cambio que consiga beneficiar a otros, incluyendo el peor del grupo, se considera una mejora. Así, el análisis de la eficacia y la igualdad están relacionados con el disfrute individual de bienes elementales –incluido el ingreso–, en cuya distribución el *principio de diferencia* impone una condición igualitaria.

No obstante, es evidente que la relación entre bienes elementales – ingreso inclusive– y bienestar, no es directa ni proporcional, sino que puede variar debido a las diferencias personales con respecto a la posibilidad de convertir esos bienes elementales en bienestar e incluso puede modificarse entre grupos de características específicas. Por ejemplo, una mujer embarazada probablemente requerirá mayores ingresos para vivir cómodamente, de los que podría necesitar un hombre de la misma edad sin hijos.

Como bien observa SEN, las personas somos diferentes no sólo con respecto a nuestra riqueza heredada, sino también en nuestras características personales. Además de las diferencias puramente individuales (por ejemplo, capacidades, predisposición, diferencias físicas), también existen contrastes sistemáticos entre grupos (por ejemplo, entre hombres y mujeres)⁶². En efecto, la desigualdad real que las personas deben afrontar no puede deducirse únicamente de la magnitud de desigualdad de ingresos, porque lo que podemos o no podemos hacer –*enfoque de las capacidades*– no depende únicamente de nuestro ingreso, sino también de las diversas características físicas y sociales que afectan nuestras vidas y nos convierten en lo que somos. En consecuencia, esta perspectiva debe ser descartada si lo que nos interesa es la justicia social en el sistema educativo.

⁶² SEN, Amartya, op. cit., p. 39.

Ronald DWORKIN, por su parte, se pregunta, ¿es posible darle la espalda a la igualdad? El autor afirma que “*no es legítimo ningún gobierno que no trata con igual consideración la suerte de todos los ciudadanos a los que gobierna y a los que exige lealtad. La igualdad de consideración es la virtud soberana de la comunidad política*”⁶³. Luego, sostiene que la “igualdad de consideración” exige que el gobierno aspire a una forma de igualdad material denominada igualdad de recursos. Esta consideración equitativa, sostiene DWORKIN, está dominada por dos principios. El primero de ellos exige que el gobierno adopte leyes y políticas que aseguren que el destino de los ciudadanos, en la medida de lo posible, no se vea afectado por quienes son; esto es, su situación económica, género, raza o habilidades concretas. El segundo principio demanda que el gobierno trabaje para conseguir que el destino de la gente dependa de lo que elige; es decir, DWORKIN otorga un valor fundamental al principio de responsabilidad individual.

La igualdad de recursos sostiene que la distribución trata a las personas como iguales cuando los distribuye o transfiere de forma que ninguna transferencia adicional consiga que su parte de los recursos totales sea más equitativa⁶⁴, operando lo que el autor ha denominado “test de la envidia”. En consecuencia, DWORKIN sostiene que la igualdad ideal consiste en las circunstancias en que las personas son iguales, no en su bienestar, sino en los recursos que tienen a su disposición para perseguir sus intereses y satisfacer sus necesidades. Esto requiere una teoría de la justicia redistributiva que corrija las condiciones del mercado, los resultados de la historia y los efectos de la suerte o la dotación natural.

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Editorial Paidós, Barcelona, España (2003) p. 11. (Énfasis agregado).

⁶⁴ *Ibid.*, p. 22.

Contra el énfasis dominante centrado en el crecimiento económico como indicador de calidad de vida, particularmente en diálogo con las ideas de John RAWLS y las tradiciones contractualistas propias del liberalismo occidental⁶⁵, las cuales definen la justicia en términos de distribución de ‘bienes primarios’, incluyendo la riqueza y el ingreso, Martha NUSSBAUM y Amartya SEN sostuvieron la importancia de las *capacidades*, aquello que las personas pueden ser y hacer. El *enfoque de las capacidades*, como los derechos humanos, brinda un conjunto humano y moralmente rico de objetivos para el desarrollo, en lugar de ‘la riqueza y la pobreza de los economistas’⁶⁶. Así, el bienestar de los ciudadanos no se mide de acuerdo a la cantidad total de ingreso o riqueza que tengan, sino de acuerdo al diverso grado de capacidades con el que cuenten⁶⁷. Al respecto, SEN plantea:

*“El espacio de las capacidades brinda la forma más fructífera y éticamente satisfactoria para abordar la igualdad como objetivo político. La igualdad de utilidad o de bienestar se queda corta (...) La igualdad de recursos también se queda corta ya que no puede considerar el hecho de que los individuos, para alcanzar el mismo nivel de capacidad de funcionamiento, necesitan diferentes recursos. Además, los individuos tienen habilidades distintas para convertir recursos en funcionalidad de hecho”*⁶⁸.

NUSSBAUM sostiene que las capacidades están estrechamente vinculadas a los derechos, pero el lenguaje de las capacidades brinda una

⁶⁵ Las teorías contractualistas imaginan a las partes contractuales como iguales, ninguna en la capacidad de dominar a las otras, y ninguna dependiente asimétricamente de las otras. En este sentido, aceptan la concepción básica de John LOCKE de un contrato entre partes que, en el estado de naturaleza, son “libres, iguales e independientes” (John LOCKE, 1968: cap. 8)

⁶⁶ NUSSBAUM, Martha. *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho (2005) p. 23.

⁶⁷ Ibid., p. 54.

⁶⁸ SEN, Amartya, op. cit.

importante precisión y complemento al lenguaje de los derechos⁶⁹, porque esta última noción no es de ningún modo clara. La autora sostiene que las capacidades incluyen el terreno abarcado por los llamados “derechos de primera generación” (libertades políticas y civiles) y “derechos de segunda generación” (derechos económicos y sociales); así, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, la mejor forma de abordar lo que significa garantizarlos, es pensar en términos de capacidades. En otras palabras, *“asegurar un derecho a los ciudadanos en estas áreas es ponerlos en capacidad para funcionar en tales espacios (...) a las personas sólo se les habría dado un derecho cuando existen medidas efectivas para hacerlas verdaderamente capaces en el ejercicio.”*⁷⁰

En ese sentido, tanto las diferencias físicas como las diferencias sociales, las que se relacionan con la discriminación como consecuencia de la pertenencia e identificación con un grupo social, son visibilizadas en asuntos de justicia social y políticas públicas a partir del *enfoque de las capacidades*. Consecuentemente, razonar en términos de capacidades brinda un punto de referencia para pensar en lo que realmente significa garantizar un derecho a alguien, resultando claro que tal garantía implica acciones positivas.

La aproximación de las capacidades se alinea precisamente con la lógica de las acciones afirmativas, la cual establece con claridad que garantizarle un derecho a alguien requiere algo más que la ausencia de acciones estatales omisivas. Precisamente uno de los desafíos más complejos que enfrenta la interpretación individualista de la igualdad ante la ley es el establecimiento de medidas de acción afirmativa. El dilema allí es cómo justificar el trato desigual basado, por ejemplo en el sexo, y al mismo tiempo sostener que el criterio a

⁶⁹ NUSSBAUM, Martha, op. cit., p. 24.

⁷⁰ Ibid., p. 25.

utilizarse debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación.

Hasta aquí hemos visto que la discusión se centra en determinar qué es lo justo, en términos de igualdad de *algo*; mas, lo complejo también está en determinar qué resulta arbitrario. MCKEAN señala que habitualmente nos oponemos a las diferencias que pueden ser consideradas naturales, como aquellas derivadas del nacimiento; mientras aquellas provenientes de los méritos, logros o la eficiencia, son generalmente aprobadas. El tema de qué constituye una distinción razonable y pertinente debe ser determinado por el intérprete de la norma en relación a valores sociales que cambian con el tiempo⁷¹. En ese sentido, la necesidad de atender a los estereotipos y los patrones socioculturales pone en evidencia los límites que tiene la visión de la discriminación como un fenómeno individual, pues el estándar centrado en el análisis de las distinciones de trato individuales y no en el entramado social que genera sistemas de exclusión y sometimiento, es insuficiente para modificar la situación en la que se encuentran grandes colectivos⁷².

El argentino Roberto SABA formula precisamente esta crítica y postula una versión del principio de igualdad y no discriminación que nos permite tener una visión contextualizada de la realidad social, contemplando la pertenencia del individuo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser de ese grupo. Esto es, una redefinición de la interpretación individualista de la igualdad ante la ley, de modo que sea compatible con las medidas de acción afirmativa, reconociendo que la

⁷¹ MCKEAN, Warmick. "Equality and discrimination under international law". Nueva York, Clarendon Press (versión traducida por el Centro de Derechos Humanos: Igualdad y Discriminación en el Derecho Internacional) (1983) p. 4.

⁷² SARMIENTO, Claudia. "Mirando la discriminación con otros ojos", En: *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 169.

discriminación es un fenómeno estructural, por cuanto importa la pertenencia del individuo a un determinado grupo.

SABA distingue las versiones “individualista” y “estructural” de la igualdad y su correspondencia con los principios de no–discriminación y no–sometimiento o exclusión, respectivamente. La primera se vincula con una visión descontextualizada de la situación del individuo y requiere una supuesta “intención” de discriminación reconocida o reconocible a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado para distinguir; la segunda, por su parte, entiende que el objetivo de la igualdad ante la ley persigue evitar que existan grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos, y para ello, debemos reconocer al individuo en su contexto⁷³. Así, SABA propone la formulación de un nuevo concepto de igualdad que nos permita superar el *status quo* o “perpetuación de inferioridad de grupos”. Hablamos de la igualdad estructural o “igualdad sociológica”, en palabras de Robert POST⁷⁴.

En tal orden de ideas, la *igualdad estructural* tiene la virtud de corregir desigualdades que no se manifiestan por las categorías sospechosas reconocidas en la interpretación tradicional –raza, sexo, edad, entre otras– que son irrazonables, pero no satisfacen las desigualdades que *de hecho* existen en la sociedad, donde el ejercicio de determinado derecho por los sujetos integrantes de un grupo históricamente subyugado, precisamente por pertenecer a ese grupo, se halla restringido. La (des)igualdad estructural reconoce categorías sospechosas que se corresponden con la igualdad como

⁷³ SABA, Roberto. “(Des)igualdad Estructural”, en *Revista de Derecho y Humanidades N° 11*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 18 – 19.

⁷⁴ POST, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, Faculty Scholarship Series. Paper 192 (2000), pp. 1 – 40.

no sometimiento, que se dirige a “revertir prácticas sociales de exclusión y ‘perpetuación de situaciones de inferioridad’”⁷⁵.

La discriminación estructural, que responde a una subordinación sistemática que inhibe la eficacia de la igualdad de derechos, se refiere a la situación de determinados sectores de la población que debido a prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de derechos en la mismas condiciones que el resto de la sociedad⁷⁶. Desde esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que den cuenta del fenómeno de exclusión sistemático al que se encuentra sometido un amplio sector de la población, apoyado en la idea de que el derecho no puede ser ciego a las relaciones existentes en el *ethos* social.

c. El *mérito* como factor de exclusión

“La más sencilla observación muestra que en todos los contrastes notables que se manifiestan en el destino y en la situación de dos hombres, tanto en lo que se refiere a su salud y a su situación económica o social como en cualquier otro respecto, y por evidente que sea el motivo puramente ‘accidental’ de la diferencia, el que está mejor situado siente la urgente necesidad de considerar como ‘legítima’ su posición privilegiada, de considerar su propia situación como resultado de un ‘mérito’ y la ajena como producto de una ‘culpa’”.

Max WEBER, *Economía y Sociedad*

Si el objetivo es la igualdad de capacidades en el sistema educativo chileno y la discriminación es un fenómeno estructural, ¿es el mérito el criterio

⁷⁵ Ibid., p. 28.

⁷⁶ *La educación: Un derecho humano. Su importancia, contenido y aspectos relevantes a tener en cuenta para el debate público en Chile*. Comisión de Estudiantes por el Derecho Humano a la Educación.

idóneo para cumplir con el mandato de igualdad y no discriminación que pesa sobre el Estado chileno en materia derecho a la educación?

Antes de analizar la tensión existente entre el principio de igualdad y no discriminación y el mérito, es necesario referirse a los conceptos “mérito” –*merit*– y “merecer” –*desert*–, toda vez que denotan cuestiones sustancialmente distintas, así como a los usos que la sociedad moderna ha dado al principio del mérito, y cómo éstos, aunque relacionados con el principio de igualdad de oportunidades, no necesariamente se inscriben como *justos*. Luego, vincularé el mérito con la exclusión en el sistema educativo chileno y argumentaré a favor de la incorporación de acciones positivas en el acceso a la educación superior en Chile como mecanismo idóneo para cumplir con el mandato de igualdad y no discriminación que pesa sobre el Estado chileno, toda vez que permite corregir las desigualdades que produce la utilización de este criterio aparentemente neutro.

El vocablo “meritocracia” fue acuñado por el sociólogo inglés Michael YOUNG, en la obra *The Rise of the Meritocracy, 1870 – 2033: An essay on education and equality* (1961). En su obra, YOUNG critica la elitización de la sociedad, que construida en base a la ecuación “coeficiente intelectual + esfuerzo = mérito”, cristaliza privilegios en una “minoría creativa”, en desmedro de la “masa estólida”.

Décadas más tarde, el discurso neoliberal adoptó la que originalmente fue una crítica al sistema por parte de YOUNG, para dotarla de una connotación positiva y sentar las bases, con pretensiones universalistas, de lo que sería el sistema económico y social imperante en nuestros días. Esto ha significado que la noción de mérito goce de un extraordinario poder legitimador como principio de adjudicación de riquezas, puestos de trabajo, cupos en el sistema educativo, roles y estatus social.

En el lenguaje coloquial, las palabras “mérito” y “merecer” suelen utilizarse indistintamente. Sin embargo, no corresponden a ideas idénticas. La idea de “mérito” –*merit*– hace referencia a un resultado concreto, fruto del talento o del esfuerzo, que es el sustento de un reclamo de reconocimiento; mientras que “merecer” –*desert*–, es la calidad o hecho de ser acreedor de determinado premio o castigo. En ese sentido, el “mérito” no es la única ni necesariamente la más justa forma de definir quién merece recibir un determinado bien. Así, la idea de meritocracia, sustentada en la forma de merecer –ser acreedor– basada en el mérito, es contingente a lo que una sociedad determine como justo. Se construye desde una noción particular de qué es valioso socialmente, y por tanto, hay quienes sostienen que toda meritocracia es inevitablemente una estructura de opresión que ubica en una “mejor posición” a los “llamados” a determinar qué es valioso, perpetuando desigualdades y privilegios.

Para el jurista Norberto BOBBIO⁷⁷, el mérito aparece en relación con los criterios de justicia. La expresión “a cada uno lo suyo”, por general y vacía que sea, ha encontrado diversas especificaciones. BOBBIO señala *a cada uno según su mérito, su capacidad, su talento, su esfuerzo, según la necesidad*; todos carentes de un valor absoluto, pero que por amplio no enuncia criterio alguno, y en ocasiones, a su vez, los comprende a todos.

Por su parte, RAWLS⁷⁸ es escéptico del determinismo del concepto. En lo que respecta a la relación entre mérito e igualdad, ésta es catalogada como consecuencia del azar, y como tal, no debe legitimar posiciones. Para este autor, la justicia exige la rectificación de los efectos de la arbitrariedad social o natural. Esto significa que, a través del *principio de diferencia*, el factor

⁷⁷ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona, Piados, Introducción Gregorio Peces Barba. Trad. Pedro Aragón Rincón (1993), p. 63.

⁷⁸ RAWLS, John, op. cit.

excluyente del mérito basado en las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales, debe ser corregido y compensado de algún modo. En definitiva, las desigualdades sociales son inmerecidas y deberán rectificarse o compensarse, y las desigualdades naturales no deben influir en la distribución. Nadie *merece* su lugar en la distribución de los talentos naturales, salvo en el lugar de partida u origen que ocupe en la sociedad. En consecuencia, la idea de “lotería natural” debilita al mérito como criterio absoluto de asignación.

Por otro lado, hay quienes rechazan el desentendimiento de las ideas mérito y justicia, como lo ha afirmado RAWLS. Entre ellos, Robert NOZICK destaca que las reclamaciones de justicia de los individuos se fundan en la noción de mérito pues ésta estaría vinculada a nociones comunitarias de lo bueno y lo malo para el hombre. NOZICK en su artículo *¿Por qué se oponen los intelectuales al capitalismo?*, señala:

*“Una sociedad capitalista es peculiar en cuanto a que parece anunciar que está abierta y es receptiva solamente al talento, a la iniciativa individual, al mérito personal. **El hecho de crecer en una sociedad feudal o de castas hereditarias no crea expectativa alguna de que la recompensa esté o deba estar de acuerdo con la valía personal (...)** La sociedad capitalista se acerca lo bastante a un sistema de recompensas al tenor de la valía personal (...)”⁷⁹.*

En los sistemas de filosofía moral, Adam SMITH en su obra titulada *Teoría de los sentimientos morales*, planteó la relevancia del *principio aprobatorio* que nos lleva a preferir –y premiar– determinada forma de comportamiento:

⁷⁹ NOZICK, Robert, *¿Por qué se oponen los intelectuales al capitalismo?* En: *Puzzles socráticos*, Editorial Cátedra, Madrid, España (1997). (Énfasis agregado)

“Existe otro conjunto de cualidades atribuidas a las acciones y a la conducta de las personas, diferentes de su corrección o incorrección, su decoro o desdoro, que son los *objetos de una suerte específica de aprobación. Son el mérito y el demérito, las cualidades que merecen recompensa o castigo*”⁸⁰.

Por el contrario, Immanuel KANT ha planteado que el mérito es un concepto inmoral y egoísta. Para KANT nuestras acciones han de conformarse a los dictámenes de la razón, lo que él llama, *imperativos categóricos*. Así, la fuerza obligatoria de tales dictámenes morales no emana de la voluntad divina, ni se debe a un premio o recompensa, sino que *son* por sí mismos. Hay que obedecer la ley por sí misma, y todo otro objeto o fin que se propusiere la voluntad, implicaría apartarse de la moralidad. Esto sucedería, por ejemplo, si el sujeto se propusiera obtener recompensas por sus buenas acciones. En tal orden de ideas, el mérito sería un absurdo.

Thomas NAGEL, por su parte, ha señalado que los individuos no merecen las recompensas derivadas de sus talentos naturales, en tanto no son responsables de los mismos⁸¹. NAGEL cuestiona el argumento liberal clásico que justifica las diferencias socioeconómicas como consecuencia o resultado natural del mérito del individuo. Para este autor, el sistema de recompensas es social y basado en la competencia.

Para Amartya SEN, un sistema en el cual las personas son premiadas por su mejor desempeño en una competencia abierta no es eficiente y lleva a los grupos menos favorecidos a ser tratados de forma desigual⁸². SEN sostiene que el sistema meritocrático no puede justificarse en términos de justicia, y

⁸⁰ SMITH, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, Madrid, Alianza (1997), p.149. (Énfasis agregado).

⁸¹ NAGEL, Thomas. “Equal Treatment and Compensatory Discrimination”. En: *Philosophy and Public Affairs*, pp. 348 – 363 (Summer, 1993)

⁸² SEN, Amartya, op. cit., p. 147.

como contrapartida propone una idea de la justicia basada en “capacidades”, es decir, aquello que las personas pueden ser y hacer. Respecto a la noción de *mérito*, el autor afirma que ésta depende de nuestra visión de lo que es una “buena sociedad”, y por lo tanto su contenido es fundamentalmente derivado y contingente de dicha opiniones:

“(...) dada la naturaleza contingente de lo que consideramos bueno o correcto, inevitablemente habría puntos de vista alternativos respecto (1) al contenido preciso de mérito, y (2) su fuerza exacta vis-à-vis otras consideraciones normativas en términos de las cuales el éxito de una sociedad puede ser juzgada”⁸³.

Su carácter contingente y derivado implica que tras la idea de *mérito*, siempre hay una noción particular de qué es valioso para la sociedad. Una acción –y la persona que la realiza– será “meritoria” siempre que esté en concordancia con un cierto estándar u orden de prioridades. La idea de mérito, entonces, supone una sociedad capaz de adoptar criterios imparciales de selección y organización de los roles que requiere para su desarrollo. Luego, una sociedad organizada en base al ideal meritocrático es una sociedad basada en el principio de igualdad de oportunidades.

El principio de igualdad de oportunidades está asociado a la aproximación liberal tradicional del principio de igualdad y suele situarse a medio camino entre el modelo de igualdad –formal– ante la ley y el modelo de igualdad de resultados, intentando generar condiciones sociales, jurídicas, políticas y económicas para aquellos que se encuentran en una situación de desventaja, de manera que tengan las mismas oportunidad que aquellos que no están en esa situación. Este principio supone un “igual punto de partida” o

⁸³ “(...) given the contingent nature of what we take to be a good or right, there would inevitably be alternative views regarding (1) the precise content of merit and (2) its exact force vis-à-vis other normative concerns in terms of which the success of a society may be judged”. Ibid., p. 6

“igualdad de acceso”. Esto significa, en la práctica, la eliminación de distinciones injustas y la estricta consideración del mérito individual. Así, cada sociedad se configura como una competencia entre individuos orientada a la consecución de bienes escasos y que, desde los mismos puntos de partida, el triunfo de algunos de ellos es considerado justo. En este sentido, todos estamos a favor de la igualdad de oportunidades. Sin embargo, ¿una sociedad que provee igualdad de oportunidades es una sociedad necesariamente justa?

Afirmar que el principio de igualdad de oportunidades es condición necesaria para la construcción de una sociedad que se reconozca como justa no genera mayor controversia. Si tuviéramos que escoger entre una sociedad que genera igualdad de oportunidades, y una que no lo haga, sin duda optaríamos por la primera. Es un principio compartido desde el liberalismo de RAWLS, hasta el comunitarismo defendido por Michael WALZER⁸⁴. No obstante, y si bien es un principio necesario, no es un principio suficiente.

La idea de que Chile será “más justo” si “emparejamos la cancha”; esto es, si proveemos igualdad de condiciones en el punto de partida a los ciudadanos, es hoy un principio legitimador del sistema democrático. La estricta igualdad de oportunidades, sin prestar atención a la desigualdad de los resultados, sin embargo, no parece responder a un orden social que se aprecie de justo. En efecto, garantizar condiciones de partida igualitarias no asegura

⁸⁴ Michael Walzer distingue dos tipos de igualdad. Por un lado, la *igualdad simple* como un sistema en el que todos los ciudadanos poseen idéntica riqueza económica. No se aplicarían los principios de mercado, la compraventa y la acumulación se han eliminado, y los niveles de vida básicos son uniforme entre las personas. A juicio de este autor, este sistema donde el Estado cumple un rol central como ente redistributivo, conduciría a la tiranía. Por otro lado, la *igualdad compleja*. Bajo este principio, las personas se relacionan en distintos órdenes – “dominios”– y la posición privilegiada en uno de ellos no implicaría ventajas en ninguno otro. Así, “el mejor” en un aspecto no gozaría necesariamente de mejor acceso a la salud, educación para sus hijos ni oportunidades laborales. En este sentido, el mérito se erige como el principio distributivo central. Ver: WALZER, Michael, *Las esferas de la Justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*.

que los participantes en la carrera recorran el mismo camino ni que lleguen juntos a la meta. Cuando enfrentamos la discriminación que sufren las personas pertenecientes a determinados grupos de la población, sometidos a desventajas históricas, igualar el punto de partida no es suficiente.

La noción de igualdad de oportunidades viene cargada de limitaciones. La primera de ellas, emanada de su propia naturaleza, es el desconocimiento de la diversidad de los individuos y su trayectoria en la vida. Esto significa que estaríamos dispuestos a dejar atrás de la carrera de la vida a quienes cometen un error en su juventud, o no son capaces de “aprovechar” sus oportunidades. Esta lógica asume que la nación es una arena de competencia, y no una comunidad cooperativa y especialmente solidaria en la creación de espacios de convivencia.

Por otro lado, el principio en comento evidencia una dificultad práctica. Supongamos que se “empareja la cancha” para todos los nacidos en Chile el año 2016, generando una sociedad en la cual todos tienen igual acceso a la salud, educación, vivienda, capital cultural, y la comuna de nacimiento, el apellido y el color de piel no constituyen ventaja alguna. En dicho escenario, esta sociedad distribuiría los premios de forma desigual, pero justa, dando más a los más talentosos y esforzados, como manda el principio meritocrático. Sin embargo, ¿qué ocurrirá con los hijos de dicha generación? ¿Cómo garantizarles que posean la misma suerte que sus padres, que jueguen bajo el mismo sistema? Sería necesario que impedir que el éxito o el fracaso de sus padres constituyan ventaja o desventaja, respectivamente, en sus vidas. ¿Podemos impedirles a los padres más talentosos y esforzados que traspasen el capital cultural a sus hijos? De no hacerlo, la cancha está nuevamente dispereja a raíz del lugar que ocupa herencia. De hacerlo, sin embargo, estaríamos privando a esos padres de los bienes que la propia sociedad les asignó como incentivos en la competencia del ideal meritocrático. Allí es donde una sociedad estrictamente

basada en el mérito se tropieza con sus propias dificultades del sistema cada vez que una nueva generación “entra a la cancha”.

Ahora bien, establecido que sea el uso más general de la idea de mérito, vinculado a la igualdad de oportunidades, cabe vincular dicho uso con la idea de exclusión en el sistema educativo chileno.

En una primera lectura parecerá extraño cuestionar la idea de que los cupos de acceso al sistema educativo deben repartirse de acuerdo al esfuerzo y los logros de cada individuo. En Chile, el ideal meritocrático que rige el sistema educativo se asume como virtuoso; sin embargo, en estas líneas sostengo que abrazar la meritocracia no es necesariamente apartarse de la desigualdad y la injusticia social, sino que por el contrario, resulta problemático si lo que se pretende es asignar el derecho a la educación.

Como señalare anteriormente, el mérito es solo una entre muchas formas de decidir quién merece qué. En el caso del sistema educativo chileno, éste se ha erigido en base a un ideal meritocrático que responde a la lógica capitalista de maximización de utilidades, en el cual se equipara mérito con inteligencia más esfuerzo, identificando a temprana edad a los “elegidos”, quienes son seleccionados para una educación obsesionada con la cuantificación, puntajes de exámenes y calificaciones. Quien obtiene determinadas calificaciones en la enseñanza media y luego un puntaje adecuado en la PSU, es considerado “meritorio” para el sistema educativo. Lo anterior se traduce en el reconocimiento de que el sujeto elegido, aquel que triunfa en el ingreso, promoción y egreso del sistema, lo logra por su propia actividad; *contrario sensu*, aquel que no logra superar las barreras formales impuestas por el mismo sistema, es el postulante que no se adecua a la causal objetiva –meritoria– por su propia (in)actividad.

El mérito como criterio de asignación de plazas en el sistema educativo, ha justificado un estado invariable de las cosas, puesto que quienes se encuentran en una buena posición dentro de la sociedad, como quienes se hayan relegados del orden imperante, justifican su realidad basándose en los conceptos de merecimiento y culpa, respectivamente.

A su respecto, recojo las palabras de Pierre BOURDIEU y Jean-Claude PASSERON, quienes ya hacia mediados del siglo XX en su obra *Los herederos: los estudiantes y la cultura*, formulaban una interesante crítica a la noción de mérito en el contexto del sistema educativo francés, en tanto legitimador de la herencia de los privilegiados:

“La ceguera ante las desigualdades sociales obliga y autoriza a explicar todas las desigualdades, especialmente en materia de éxito escolar, como desigualdades naturales, desigualdades de dote. Semejante actitud está implícita en la lógica de un sistema que, por reposar en un postulado de igualdad formal de todos los alumnos –postulado que es condición previa de su funcionamiento– está incapacitado para reconocer otras desigualdades que las que provienen de las dotes individuales (...) La igualdad formal que garantiza la oposición no hace sino transformar los privilegios en méritos, puesto que permite que la acción de los factores sociales continúe, aunque por vías más secretas”⁸⁵

En ese sentido, el éxito es heredado, se encuentra vinculado a la distribución desigual del capital cultural, y el mérito no es más que un instrumento que otorga a los privilegiados “el privilegio supremo” de no aparecer como tal. En consecuencia, la idea de mérito, asociado a causales objetivas, no permite superar la brecha existente entre las distintas clases sociales. Esto,

⁸⁵ BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean – Claude, *Los herederos: los estudiantes y la cultura*, Nueva Colección Labor, 2a. Ed., Barcelona (1969), p. 101

porque apunta esencialmente al individuo, sin considerar la *cultura*⁸⁶. En la práctica, se produce una “oligarquía del mérito”, donde la meritocracia necesita de la desigualdad, y como señalan BOURDIEU, PASSERON, ALTHAUSSER, entre otros, de una cierta dosis de movilidad social que resulte funcional al aumento de la brecha entre clases sociales.

En *Continuities in Cultural Evolution*, Margaret MEAD describe un tipo de relación entre los Omaha, indios de Norteamérica, que resulta especialmente reveladora de lo que aquí se plantea:

“Entre los indios de Norteamérica, el comportamiento del visionario era altamente refinado. El joven que no había ‘elegido todavía la visión’ era habitualmente enviado a escuchar los numerosos relatos de las visiones que habían tenido los demás hombres (...) que daba validez a un encuentro sobrenatural y que, en consecuencia, confería al visionario el poder de caza, de llevar adelante una empresa guerrera y así sucesivamente (...) Un examen más en profundidad hacía percibir claramente que la visión no era una experiencia mística democráticamente accesible a cualquiera que la buscara sino un método cuidadosamente mantenido para conservar para ciertas familias la herencia de la pertenencia a la sociedad de los hechiceros. En principio, la entrada en la sociedad estaba validada por una visión libremente buscada (...) Los jóvenes que deseaban entrar a la sociedad del poder debían retirarse en soledad, ayunar, regresar y contar sus visiones a los

⁸⁶ BOURDIEU y PASSERON en la obra *Los herederos. Los estudiantes y la cultura* realizan un detallado análisis de los efectos de la cultura en los estudiantes más desfavorecidos, aun cuando éstos logren ingresar el sistema formal de educación superior.

ancianos, todo esto para que se les anunciara, si no eran miembros de las familias de elite, que su visión no era auténtica.”⁸⁷

En el escenario que nos presente MEAD, a primera vista parece existir una vinculación entre los logros y el desempeño o esfuerzo individual de cada joven. No obstante, *un examen más un profundidad* permite ver otras cuestiones que determinan un cierto resultado, hasta ahora, invariable. Para el caso del sistema educativo chileno se trataría de un *determinismo social* que reproduce cierto estado de cosas, propiciando el mantenimiento del *status quo*, donde quienes tienen acceso a educación pre–escolar, básica y media de calidad, tendrán acceso al sistema de educación superior. La distinta calidad de los colegios, el desigual acceso a preuniversitarios, el capital social familiar, entre otras, son las causas que reproducen un orden invariable en el cual un sector de la población no tiene acceso a la educación superior. Así, el sistema de acceso a la educación superior reproduce la desigualdad y propende a la segregación, toda vez que no se hace cargo de las diferencias que, de hecho, existen entre los individuos postulantes al sistema.

Al respecto resulta esclarecedor plantearse la siguiente pregunta: ¿por qué tan pocos jóvenes pertenecientes 10% de la población de menores ingresos tienen acceso a la educación superior en Chile? En base a los principios de justicia del ideal meritocrático, la respuesta sólo podría ser: porque no se esforzaron lo suficiente, o porque habiéndose esforzado, sus dotes o talentos no eran suficientes. Ambas respuestas, satisfactorias desde el prisma de la meritocracia, difícilmente pueden ser consideradas justas.

El lector coincidirá conmigo acerca que el énfasis en el mérito evoca una noción de igualdad que es contraria a la noción que debiese regir en el

⁸⁷ MEAD, Margaret. *Continuities in Cultural Evolution*. En: BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean – Claude, *Los herederos: los estudiantes y la cultura*, Nueva Colección Labor, 2a. Ed., Barcelona (1969), p. 12.

cumplimiento del mandato de igualdad y no discriminación que pesa sobre el Estado chileno, pues no se hace cargo de las consecuencias que genera la pertenencia a un determinado grupo excluido, oprimido o marginado históricamente; en consecuencia, urge incorporar medidas de acción afirmativa en el acceso a la educación superior en Chile, con el propósito de corregir la desigual distribución del acceso al derecho a la educación en nuestro país.

CAPÍTULO III

MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA

Hablar de *medidas de acción afirmativas* ofrece, en primer término, dificultades terminológicas que me propongo salvar en el desarrollo de este apartado. En segundo término, es preciso justificar la existencia de este tipo de medidas, a la luz del principio de igualdad y no discriminación. En tercer lugar, analizaré el origen histórico, desarrollo y crisis de las acciones positivas en otras latitudes, así como los criterios utilizados para justificar su incorporación en los respectivos sistemas jurídicos. Finalmente, me referiré al rol que juegan las medidas de acción afirmativas en el sistema internacional de derechos humanos, con particular énfasis en el análisis de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

a. Precisiones terminológicas

La denominación “medida afirmativa” (*affirmative action*) no es pacífica entre los autores. Los términos “discriminación inversa” (*reverse discrimination*), “discriminación positiva”, “tratamiento preferencial” (*preferential treatment*) y “acción afirmativa” han sido empleados como sinónimos en el derecho estadounidense, aunque en general se prefiere éste último; mientras que en Europa se ha acogido la terminología anglosajona y se habla de “medida o acción positiva”.

Con todo, la expresión “discriminación positiva”, surgida en Estados Unidos en la década de los sesenta, genera rechazo entre los autores toda vez que parece contradictorio hablar de discriminación “positiva”, pues o estamos ante una práctica discriminatoria y por tanto no puede ser valorada

positivamente, o estamos ante una medida justificada que no puede ser calificada de discriminatoria. Al respecto, Alfonso RUIZ MIGUEL señala:

“La expresión discriminación positiva, solo aparentemente neutra o positiva, que, por cierto, es la utilizada por algún severo crítico, pues esta opción tampoco salva el carácter peyorativo que usualmente se cuelga del sustantivo discriminación y que, por ello, siempre permitirá al crítico retorcer el uso ponderativo del adjetivo positiva, incluso sarcásticamente”⁸⁸

María Vittoria BALLESTRERO atribuye a Ronald DWORKIN la costumbre de usar *affirmative action* y *reverse discrimination* como si fueran sinónimos:

“La costumbre (creada, creo, por un artículo de Ronald DWORKIN) de usar estas dos expresiones —affirmative action y reverse discrimination— como si fueran sinónimas me parece la consecuencia de una confusión teórica o de una mala intención... Reverse discrimination es una discriminación directa de alguna clase de individuos. Pero el fin de una acción positiva (legítima), en favor de las mujeres o de una minoría étnica o racial, no es discriminar a los hombres o a los blancos, sino promover, mediante tratos preferenciales, la igualdad sustantiva de las mujeres o bien de los que pertenecen a una minoría. La discriminación inversa puede ser el efecto de una acción positiva, pero de una acción positiva ilegítima, es decir, de un trato preferencial no

⁸⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Discriminación inversa e igualdad*. En: *Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile. Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales*, CARMONA SANTANDER, Carlos.

*justificado a la luz del principio de igualdad que debería constituir su fundamento (y su límite)*⁸⁹

En el derecho internacional de los derechos humanos suele emplearse el término “medidas especiales”. A su respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante, Comité CERD) ha señalado que éstas tienen un significado autónomo que debe interpretarse en función del texto de la convención que se trate. No obstante lo anterior, reconoce que “*el término medidas especiales comprende medidas que en algunos países podrían denominarse acción afirmativa, medidas afirmativas o acción positiva*”⁹⁰. En cuanto el término “discriminación positiva”, señala que es contradictorio en el contexto de las normas internacionales y por lo tanto debe evitarse.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) ha señalado que los términos “acción positiva” y “acción afirmativa” se utilizan en varios documentos de Naciones Unidas. No obstante, “acción positiva” se utiliza también en otro sentido en las normas internacional sobre derechos humanos para describir “una acción positiva del Estado” (esto es, la obligación del Estado de tomar medidas, en contraposición a su obligación de abstenerse de actuar). Por lo tanto, esta expresión es ambigua; mientras que las expresiones “discriminación inversa” o “discriminación positiva” son consideradas incorrectas⁹¹.

Finalmente, algunos autores sostienen que la denominación “acción afirmativa” ha sido capturada por el intenso debate estadounidense, al punto

⁸⁹ BALLESTRERO, Maria Vittoria, *Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita*. Universidad de Génova, Italia, p. 60.

⁹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Recomendación general N° 32, significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 12, p. 4.

⁹¹ Comité CEDAW, Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, nota al pie 4.

que su sola utilización lleva aparejada imágenes de disputa y controversia⁹². No obstante ello, me parece adecuado utilizar esta nomenclatura pues sobre ella no recaen las objeciones prácticas y sustantivas que si son formuladas respecto de los conceptos “medidas especiales”, “discriminación positiva” o “discriminación inversa”.

b. ¿Qué son las medidas de acción afirmativa?

Muchos autores han definido *medidas de acción afirmativa*. Algunos de ellos, distinguen entre acciones positivas y discriminación inversa. Por ejemplo, Fernando REY MARTINEZ ha señalado que “*la técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Las acciones positivas solo desarrollan el primer efecto.*” Así, ha definido acciones afirmativas, a propósito de la discriminación por razón de sexo, como “*todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho*”⁹³.

Lorena FRIES ha señalado que las acciones positivas “*operan como herramientas con las que cuenta el Estado, a través de normas y políticas públicas en cualquiera de los niveles del gobierno, para superar en el inicio la desigualdad real de ciertos colectivos o sectores de la sociedad. Si bien constituyen un trato diferenciado, no son consideradas discriminación*”⁹⁴.

⁹² COX, Katherine. “Positive action in the European Union: from Kalanke to Marschall”, en 8 *Columbia Journal of Gender and Law* (1998), p. 2.

⁹³ REY MARTINEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Editorial McGraw – Hill. Madrid, España (1995) p. 91.

⁹⁴ FRIES, Lorena. *Igualdad y no discriminación en Chile, principales desafíos*, p. 13. En: Seminario Igualdad, sin discriminación. Estándares y Mecanismos para la igualdad real. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Chile (2011)

Magdalena LEÓN y Jimena HOLGUIN las definen como “*medidas de carácter temporal que buscan asegurar la igualdad de oportunidades, a través de un trato preferencial, a los miembros de un grupo que ha experimentado situaciones de discriminación y/o marginalidad que pueden persistir en el futuro, y que los coloca en una situación de desventaja frente al resto de la sociedad*”⁹⁵.

María Ángeles BARRERE UNZUETA señala que “*la expresión ‘discriminación inversa’ (o también conocida, sobre todo en Europa, como ‘discriminación positiva’) no forma parte del discurso originario sobre la acción positiva...a través del uso de estas expresiones, se enjuician negativamente determinadas prácticas que, en principio, lo que pretenden es, precisamente, eliminar la desigualdad de determinados grupos*”⁹⁶. Para esta autora, la acción afirmativa debe ser concebida como un instrumento encaminado a erradicar algo más profundo que la *desigualdad de trato*, sobrepasando la igualdad de oportunidades. Se trata de de eliminar la discriminación–subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos.

Otro grupo autores no hace distinción entre las categorías *acción afirmativa* y *discriminación positiva* o *inversa*. Así, Jorge CONTESE adopta la definición que Rodolfo FIGUEROA hace de *discriminación positiva*, señalando que utiliza “los términos indistintamente”⁹⁷.

⁹⁵ LEON, Magdalena y HOLGUÍN, Jimena. *Acciones afirmativas de reconocimiento en Colombia: el caso de la Universidad Industrial de Santander*, p. 61. En: UIS Humanidades, 2004, vol. 34.

⁹⁶ BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*, p. 22. Jornadas sobre “Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres”. Palacios de Congresos Europa, Vitoria – Gazteiz. 11, 12 y 13 de diciembre de 2002.

⁹⁷ CONTESE, Jorge. *Las demandas de la igualdad y los pueblos indígenas: el caso de la acción afirmativa*, p. 66. En: Seminario Igualdad, sin discriminación. Estándares y Mecanismos para la igualdad real. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Chile (2011)

En la misma línea, María José FALCON Y TELLA señala que *“discriminación positiva sería aquella que, pese a violar el principio de tratamiento igual e incluso el de tratamiento proporcional, no iría contra el tratamiento equitativo. Consiste en tratar desigualmente a alguien para remedir una situación inicial de desventaja, hasta el punto de llegar no solo a igualdad lo desigual, sino a dar prioridad al polo inicialmente desfavorecido”*⁹⁸

María de los Ángeles MARTIN VIDA las define señalado que son *“todas aquellas medidas diversas en sus manifestaciones, que tienen como destinatarios directos a personas que están o han estado discriminadas o que se hallan en una situación de desventaja estructural, como consecuencia de su pertenencia a un cierto colectivo, pertenencia determinada por la posesión de algún rasgo completamente inmutable q íntimamente ligado, en tanto que definitorio de su identidad, a su dignidad como seres humanos, y que persiguen poner fin a esa situación de desventaja estructural, reducir los niveles de desigualdad entre dichos colectivos (y sus miembros) y el resto de la sociedad y alcanzar mayores cotas de igualdad real dentro de la comunidad”*⁹⁹.

Por su parte, la CIDH en el informe *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, dictado el año 2011, señaló que *“la noción de medidas de acción afirmativa se refiere a la legislación general o específica, planes, programas y cualquier otra iniciativa diseñados para asegurar el completo y equitativo goce de derechos humanos y libertades fundamentales de los grupos desaventajados”*¹⁰⁰.

⁹⁸ FALCON Y TELLA, María José. *Las acciones positivas en la legislación europea. El derecho alemán*. En: Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, volumen 9. (2008) p. 245 – 266.

⁹⁹ MARTÍN VIDA, M. Ángeles: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Editorial Civitas, Madrid, España (2003), pp. 39 – 40.

¹⁰⁰ CIDH, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.62 (2011).

La adopción de medidas de acción afirmativa puede adquirir diferentes modalidades, de acuerdo a las particularidades de cada caso. La CIDH ha señalado¹⁰¹ que bajo la modalidad de *tratamiento preferencial*, la característica personal se utiliza a favor de la persona, distinguiéndola de otro candidato que no posee las características establecidas para la formalización del tratamiento diferenciado. Por otra parte, el *mecanismo de cuotas* se orienta al establecimiento de vacantes especiales, generalmente establecidas como porcentajes y con referencia a una cantidad general de personas del grupo social que se quiere beneficiar; mientras que el *sistema de fijación de metas* consiste en reservar un determinado número de vacantes para miembros de un grupo minoritario. En el mismo orden de ideas, también se ha identificado la posibilidad de desarrollar *medidas de reclutamiento focalizado*, a través del diseño de programas orientados a atraer a individuos provenientes de grupos infrarepresentados. Las estrategias en este sentido pueden incluir acciones tales como propaganda focalizada, creación de estímulos para la postulación a determinados trabajos, procesos de ascensos y transferencias.

En la presente investigación utilizaré el término “acción afirmativa” para referirme a aquellas medidas de carácter temporal destinadas a alcanzar el goce efectivo e igualitario de los derechos humanos de grupos históricamente desventajadas dentro de la sociedad.

c. Justificación de las medidas de acción afirmativa

El concepto de igualdad resulta clave para la comprensión de las medidas de acción afirmativa. Desde Hermann HELLER, la tradición ha venido distinguiendo entre *igualdad formal* (o igualdad ante la ley) e *igualdad material*. La primera, como un mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación; la segunda, como una reinterpretación de la primera, en que el

¹⁰¹ Ibid., párr. 241 – 243.

Estado social de Derecho, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos¹⁰². Con dicho objetivo, los poderes públicos dictarían normas aparentemente desiguales.

Esta distinción no es únicamente retórica, sino que tiene importantes efectos en la práctica. Robert ALEXY¹⁰³, quien caracterizó la distinción como *desigualdad de hecho vs. Desigualdad de derecho*, señala que el principio de igualdad de hecho justificaría la imposición de un tratamiento jurídico diferenciado. El reconocimiento de un concepto de igualdad formal, en contraposición a la igualdad sustantiva –“igualdad tendencial y dinámica”– exige, según María Vittoria BALLESTRERO, el reconocimiento de dos dimensiones: la primera, fundada en el principio de igualdad formal, es una dimensión individual; la segunda, en base a la igualdad sustantiva, tendría una dimensión colectiva, en el sentido que tiene en cuenta factores de diferenciación de los individuos. Estos factores construyen identidad sexual, posición e identidad social, como la pertenencia a minorías étnicas, lingüísticas, raciales, entre otras. En consecuencia, la dimensión sustantiva de la igualdad, caracterizada como colectiva, legitima disposiciones del Derecho desigual que, tomando en cuenta dichos factores, trata de forma distinta con el fin de tratar de forma igual.

Luego, la referida igualdad sustantiva, ¿es sobre los puntos de partida o en los resultados? Esto es, ¿es suficiente otorgar herramientas iguales para asegurar la igualdad sustantiva?

¹⁰² HELLER, Hermann. “Las ideas socialistas” en *Escritos Políticos* (selección y prólogo de A. López Pina), Editorial Alianza. Madrid, España (1985), pág. 322.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España (1993)

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) señaló expresamente en el caso *Marschall* que el hecho de que dos candidatos de sexo distinto tengan iguales calificaciones, no implica, por sí solo, que ellos tengan iguales oportunidades. Existe una multiplicidad de factores de hecho que inciden en el camino hacia la obtención de los resultados. Así ocurre, por ejemplo, en la insuficiencia de las medidas de acceso a la educación por sí solas, que no contemplan un seguimiento en el desarrollo, egreso y titulación del estudiante, a efectos de combatir la deserción estudiantil.

Los planteamientos anteriores justifican que el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones y compromisos con los derechos fundamentales y el principio de igualdad y no discriminación, considere aceptable tratar de manera diferenciada a personas que se encuentran en una situación de desventaja. En razón de lo anterior, típicamente se han esbozado tres tipos de justificaciones para las medidas de acción afirmativa.

La primera de ellas es la “justicia compensatoria”, toda vez que los instrumentos de acción afirmativa tenderían a corregir desigualdades pasadas. En palabras de Thomas NAGEL, lidiar con “*las consecuencias injustas de una historia injusta*”¹⁰⁴. En segundo lugar, encontramos la llamada “justicia distributiva”. En ésta destaca la *teoría de la justicia* de John RAWLS, donde el problema de los principios de justicia social radica en proporcionar un modo de asignación de derechos y deberes en la sociedad, y definir la distribución apropiada de beneficios y cargas en la cooperación social. Aquí, el sentido distributivo descansa en el imperativo de modificar la estructura de reparto. Finalmente, una idea de utilidad o beneficio social, donde el sistema de acciones afirmativas se haya justificado en la medida que reporta beneficio social, maximización del bienestar social en su conjunto. Esta consideración es

¹⁰⁴ NAGEL, Thomas. *John Rawls and Affirmative Action*. The Journal of Blacks in Higher Education, N° 39 (Spring, 2003), p. 82.

clara en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que en diversos casos ha justificado la *affirmative action* en base a las bondades que tiene para el sistema educativo la inclusión e interacción con personas de distinta raza.

Por otro lado, existe una vertiente de corte sociológico de la igualdad, entre los que podemos ubicar a Ronald DWORKIN, quien ha postulado otra vía de justificación de las acciones afirmativas a partir del principio de prohibición de discriminación y las categorías sospechosas. Para comprender esta justificación hemos de remitirnos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual ha sostenido que todo trato diferenciado basado en una categoría sospechosa debe superar un *test de escrutinio estricto*¹⁰⁵ a efectos de comprobar su legitimidad. Según DWORKIN, las acciones afirmativas que se sirven de categorías sospechosas como el sexo o la raza, estarían revestidas de legitimidad por cuanto ellas logran sobrepasar el test de escrutinio estricto al que son sometidas, toda vez que el fin estatal imperante que las justifica es el desmantelamiento de un cuadro de discriminación sistemática y la consecución de una efectiva igualdad de derecho de todas las personas^{106 107}.

Ahora bien, existe a mi juicio otra concepción de la igualdad y la prohibición de discriminación, distinta a la concepción liberal tradicional, que resiste el establecimiento de acciones afirmativas. Esta es la noción de

¹⁰⁵ Cfr. *Adarand Constructors, Inc. c. Peña*. 515 U.S. 200, 115 S. Ct. 2097, 132 L. Ed. 2d 158 (1995).

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 465 – 469.

¹⁰⁷ No obstante lo anterior, DWORKIN ha sostenido en relación a los programas de discriminación positiva sensibles a la raza en el ingreso al sistema de educación superior de Estados Unidos, que éstos no encajan en las categorías de escrutinio “estricto” o “relajado” y que la estrategia de niveles de escrutinio resulta inapropiada para lidiar con este problema. Por ello, los jueces deberían inspeccionar dichos planes, cuando sean desafiados en un litigio, sobre una base más individualizada —caso por caso—. Como alguna vez recomendara lo recomendara el juez de la Corte Suprema estadounidense Thurgood Marshall en su disenso en los casos *San Antonio v. Rodríguez*, *Furman v. Georgia* y *Dandridge v. Williams*, deberían emplear un enfoque de “escala flexible” (*sliding—scale*).

desigualdad estructural, descrita por el argentino Roberto SABA¹⁰⁸, para quien la visión individualista de la igualdad no aceptaría el trato diferenciado que se establece con las acciones afirmativas.

SABA, reconociendo en la formulación tradicional del principio de igualdad una carga individualista que no resiste la lógica de las medidas de acción afirmativa, apunta a la formulación de un concepto de igualdad distinto que permita superar el *status quo* o “perpetuación de inferioridad de grupos”. Si bien la propuesta de la (des)igualdad estructural no descarta la idea tradicional de igualdad –formal– por errónea, la considera insuficiente, toda vez que no corrige las situaciones que *de hecho* existen. Al mismo tiempo, SABA amplía la noción de “trato desigual” señalando que no es solo una consecuencia de la discriminación, sino una cuestión más profunda que deviene del establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados históricamente, por otros grupos.

Esta redefinición de la desigualdad considera la discriminación ya no como un fenómeno enteramente individual, sino como un fenómeno de dominio y subordinación de carácter colectivo y estructural. En tal orden de ideas, subrayar el carácter estructural de la discriminación significaría que se trata de una situación que se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones sociales, políticas, económicas y culturales. Defender un concepto de (des)igualdad estructural que permea la sociedad hoy en día, implica necesariamente reconocer la existencia de ciertos grupos sociales en desiguales condiciones de poder.

En dicho contexto, la implementación de acciones afirmativas, lejos de vulnerar el principio de igualdad de quienes no resulten favorecidos con la medida o exaltar una comprensión paternalista del Estado, recompone la igualdad históricamente quebrantada. Objetar este tipo de medidas arguyendo

¹⁰⁸ SABA, Roberto, op. cit.

que se subvalora a quienes forman parte de un grupo desventajado, es una visión errada e incompleta del problema. En palabras de Fernando ATRIA, “no comienza desde el principio. Asume el hecho del desfavorecimiento y mira sólo hacia delante. 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”¹⁰⁹. El Estado tiene el deber de garantizar a todas las personas el goce igualitario de los derechos humanos y ello importa poner en marcha planes y acciones concretas, dejando de lado los prejuicios conservadores y reconociendo que la situación actual es resultado de desigualdades estructurales. Allí no habrá nada injusto o arbitrario en corregirlas mejorando la situación de los más desfavorecidos.

Resulta ilustrativo de lo expuesto hasta ahora el ejemplo propuesto por el economista Lester C. THURLOW:

“Imagine una carrera en la cual a algunos competidores se les ha asignado una pesada carga solo por pertenecer a un determinado grupo. Debido a esta desventaja, el corredor promedio con carga irá atrás del corredor promedio sin carga, pero algunos corredores con peso irán delante de algunos corredores sin peso. Ahora supongamos que por acción de una varita mágica, los pesos se levantan de las espaldas de los corredores. Si los dos grupos de corredores son iguales en capacidad, la diferencia promedio entre los corredores con peso y los sin peso dejará de aumentar, pero los que sufrieron la discriminación inicial jamás alcanzarán a los demás. Si se trata de una carrera en la cual los padres que están por delante de sus hijos pueden entregarles el testimonio a ellos, no hay igualdad en la carrera, incluso a través de las

¹⁰⁹ ATRIA, Fernando. “Dworkin, la libertad y la igualdad: algunas consideraciones” en 38 Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (1993), p. 453.

*generaciones. La carrera podría ser justa solo si todos son obligados a parar y comenzar de nuevo desde la misma línea de partida, si los que no tienen peso se ven obligados a llevar peso hasta que las diferencias entre el desempeño de los grupos desaparezcan, o si a los que han estado en desventaja en el pasado se les otorga privilegios hasta que puedan alcanzarlos.*¹¹⁰

d. Origen y desarrollo de las acciones afirmativas

Sobre el origen histórico de las *acciones afirmativas*, existe consenso que éstas habrían nacido en India, como una política aceptada por los colonos británicos para intentar superar la aguda división de castas. David GIMENEZ GLUCK señala al respecto:

“Nace en el constitucionalismo moderno con la Constitución de la República de 1950 que, en su artículo 16.4, contiene el mandato de reservar puestos en la administración del Estado a los miembros de una casta (los intocables) secularmente marginada. Se trataba de compensar en las leyes la discriminación que los intocables sufrían en la sociedad,

¹¹⁰ THURLOW, Lester C. “A Theory of Groups and Economic Redistribution”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 9 N° 1 (Autumn, 1979), p. 35: *“Imagine a race where some racers have been assigned a heavy weight to carry because they belong to a particular group. Because of this handicap the average runner with weights will lag behind the average runner without weights, but some runners with weights will come out ahead of some runners without weights. Now suppose someone waves a magic wand and the weights are lifted from the backs of all runners. If the two groups of runners are equal in ability, the mean difference between the weighted and unweighted groups ceases to expand, but those who suffered from the earlier discrimination will never catch up. If this is a race where parents who are ahead are able to hand the baton to their children, there is no equalization of the race even across generations. The race can be made fair only if everyone is forced to stop and begin again at the same starting line, if those without weights are forced to carry weights until the differences in average group-performances disappear, or if those who have been handicapped in the past are given special privileges until they catch up”* (Traducción propia).

*todo ello con la finalidad de alcanzar una situación más justa e igualitaria*¹¹¹

Sin embargo, su conocimiento y extensión actual deviene de su introducción en Estados Unidos a partir de los años setenta, donde recibieron el nombre de *affirmative action*, utilizadas respecto de las minorías sociales — particularmente personas de raza negra— y las mujeres. En Europa se utilizaron en las cuotas en órganos de partidos políticos para integrar a las mujeres, principalmente; y en países como Nueva Zelanda, Sri Lanka y Malasia, para integrar a las minorías étnicas.

Hoy en día se trata de una política extendida a nivel europeo y americano; sin embargo, en América del Sur son escasos los países que han consagrado a nivel constitucional¹¹² y legal¹¹³ este tipo de medidas. Con el

¹¹¹ GIMÉNEZ GLUCK, David. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. En: *Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile. Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales*, Carlos Carmona Santander.

¹¹² El art. 75 inciso 23 de la Constitución de la República Argentina establece entre las atribuciones del Poder Legislativo: “*Legislar y promover **medidas de acción positiva** que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*”. El artículo 11 inciso 2 del capítulo primero de la Constitución de la República de Ecuador establece: “*Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La Ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará **medidas de acción afirmativa** que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad*” (énfasis agregado).

propósito de comprender su evolución en otras latitudes, a continuación analizaré el surgimiento y desarrollo de las acciones afirmativas en Estados Unidos y la Unión Europea.

i. Estados Unidos

En Estados Unidos las acciones afirmativas surgieron en el marco de la lucha contra la discriminación por raza. El año 1954, caso *Brown c. Consejo de Educación de Topeka*¹¹⁴, en un fallo histórico la Corte Suprema de ese país declaró que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades en el ámbito de la educación, señalando que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inherentemente no igualitarias. El Tribunal Supremo estadounidense estableció de modo inequívoco que la segregación racial en las

¹¹³ En Argentina, la Ley Nacional N° 24.012 o Ley de Cupo de 1991, modificada en el marco de la reforma a la Constitución Nacional de 1994, consagra la obligación para todos los partidos políticos de incluir en sus listas al menos el 30% de mujeres en puestos donde tengan posibilidad de resultar electas. Además, el Decreto Presidencial N° 1.246 del 2000 amplía la aplicación de la Ley de Cupo e instituye la incorporación efectiva de candidatas mujeres al Senado. En Colombia, la Ley N° 581 de 2000 o Ley de Cuotas obliga a nombrar un mínimo de 30% de mujeres en todos los niveles de las tres ramas y demás órganos del poder público, en los niveles Nacional, Departamental, Regional, Provincial, Distrital y Municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción en la rama judicial. En Perú destaca la Ley Orgánica de Elecciones la Ley N° 27.387 de 2000 que incorpora el mecanismo de cuotas para establecer la participación de un mínimo de 30% de mujeres en la conformación de las listas de los candidatos a presentarse en las elecciones nacionales y distritales. En Chile, la Ley N° 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad se refiere expresamente a las 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.

¹¹⁴ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) Los hechos del caso son los siguientes: Linda Brown, una niña de 7 años de Topeka, Kansas, es la demandante, quien debe trasladarse durante largas horas para acudir a una escuela designada para estudiantes afroamericanos, aun cuando a pocas cuadras de su casa existe una escuela solo para blancos. Amparado en la 14ª enmienda, su padre solicitó a los tribunales de justicia que declarara constitucionalmente inadmisibles que escuelas de su comunidad rechazaran su ingreso aplicando normas de segregación racial.

escuelas públicas era inconstitucional, por ser contraria a la 14^a enmienda de la Constitución.

Luego de *Brown c. Consejo de Educación de Topeka*, se sucedieron numerosas sentencias para lograr la integración racial en piscinas¹¹⁵, autobuses municipales¹¹⁶, clubes de golf¹¹⁷, parques. El 17 de mayo de 1954 el Tribunal Supremo dictó la sentencia *Bolling c. Sharpe* que extendía la doctrina *Brown* al distrito de Columbia, apoyándose, esta vez, en la 5^a enmienda de la Constitución. Así, en la segunda mitad del siglo XX, la Corte Suprema de Estados Unidos comenzó a destruir la legalidad de la discriminación racial.

Con los casos *Brown* y *Bolling* quedaba en evidencia el rechazo de la Corte Suprema a la segregación racial en las escuelas públicas. Sin embargo, era necesario concretizar los medios a través de los cuáles se llevaría a cabo la integración en dichas escuelas. Con tal objetivo, se dictó la sentencia conocida como *Brown II*¹¹⁸, cuyos efectos no se limitaban a los recurrentes, sino que cada uno de los estados de Estados Unidos debía proceder a la integración racial.

Como era de esperarse, en algunos estados la resistencia a la integración fue muy fuerte. Así, en el estado de Arkansas el presidente Dwight D. Eisenhower envió a la guardia nacional para impedir el acceso de estudiantes negros a las escuelas. En dicho contexto, el Tribunal Supremo conoció el caso *Cooper c. Aaron*¹¹⁹, donde reiteró la doctrina *Brown*, así como la obligación de proceder a la integración.

¹¹⁵ *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955)

¹¹⁶ *Gayler v. Browder*, 352 U.S. 903 (1955)

¹¹⁷ *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955)

¹¹⁸ *Brown v. Board of Education II*, 349 U.S. 294 (1955)

¹¹⁹ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

No obstante que las sentencias *Brown*, *Bolling* y *Cooper c. Aaron* constituyen un hito para el derecho y la historia de Estados Unidos, los legisladores se dieron cuenta prontamente que no bastaba con poner término a la segregación, tanto por la renuencia a dar cumplimiento al mandato, como porque los históricamente excluidos estaban mal preparados para la integración. He aquí el punto de origen de las *acciones afirmativas*: conseguir que las leyes, en su aplicación, logren la igualdad mediante incentivos¹²⁰.

Con todo, la evolución de las acciones afirmativas en Estados Unidos no termina ahí. Luego de *Brown c. Consejo de Educación de Topeka*, se promulgó la *Civil Rights Act* (Ley de Derechos Civiles), el año 1964, que extendía la doctrina de la igualdad a diferentes “lugares públicos” y el mundo laboral, al considerar una práctica ilegal el que un empleador despida o rechace contratar a un individuo por razón de raza, color de piel, religión, sexo u origen nacional.

Posteriormente, el año 1971, la Corte Suprema conoció el caso *Griggs c. Duke Power Company*¹²¹, donde consideró que no era adecuado utilizar como único criterio de admisión a un cargo las pruebas de aptitud y los resultados de los exámenes del bachillerato, pues ello daba lugar a un impacto racial diferenciado respecto de los afroamericanos. Así, la Corte sostuvo que las discriminaciones pueden ser indirectas. Esto es, aparentemente neutrales pero con efectos perjudiciales, aunque no exista intención de discriminar.

¹²⁰ CARMONA SANTANDER, Carlos. *Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales*, p. 92. En: Seminario Igualdad, sin discriminación. Estándares y Mecanismos para la igualdad real. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Chile (2011)

¹²¹ *Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424 (1971) Los hechos del caso son los siguientes: Willie Griggs, que solicitó empleo como carbonero, interpuso una demanda contra Duke Power Company. La compañía requería que sus carboneros tuvieran grado de bachillerato. Griggs alegó que el requisito era ilícito y discriminatorio porque no guardaba relación alguna con la ejecución del trabajo y porque provocaba que se rechazara a más negros que a blancos para estos empleos.

No obstante ello, el año 1976 la Corte Suprema retrocedió señalando que la inconstitucionalidad de la discriminación solo podía evaluarse por la intención, no por sus efectos. La sentencia *Washington c. David*¹²² estableció el cambio de criterio, por 7 votos contra 2, señalando:

*“Una práctica empresarial con efecto de impacto desproporcionado se considerará ilícita bajo este subcapítulo solo si (...) la parte demandante prueba que el demandado utiliza una práctica empresarial concreta que causa un impacto desproporcionado por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional y el demandado no consigue demostrar que la práctica en cuestión está profesionalmente relacionada con la posición que se encuentra y es acorde con las necesidades empresariales”*¹²³

El proceso de retirada de las acciones afirmativas continuó con la llegada de Ronald Reagan a la presidencia de los Estados Unidos el año 1981. El gobierno dejó de promover programas de acción afirmativa y la Corte Suprema, con nuevas designaciones¹²⁴, inició un proceso de revisión de estas medidas. En este período destacan tres sentencias: *DeFunis c. Odegaard*¹²⁵, *Regents of the University of California c. Bakke*¹²⁶ y *Adarand Constructors, Inc. c. Peña*¹²⁷.

En el primero de ellos, *DeFunis v. Odegaard*, los hechos del caso son los siguientes: DeFunis era un estudiante judío, quien postuló a la Facultad de

¹²² *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976)

¹²³ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976) En: Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile. Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales, Carlos Carmona Santander.

¹²⁴ Jueces Sandra Day O’Conner, Anthony McLeod Kennedy, Antonin Gregory Scalia y William Renquist. Respecto de las acciones afirmativas, el juez Scalia ha señalado que “ninguna acción positiva es legítima”.

¹²⁵ *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974)

¹²⁶ *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

¹²⁷ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995)

Derecho de la Universidad de Washington, donde fue rechazado pese a tener mejores calificaciones que estudiantes negros, filipinos, chicanos e indios norteamericanos, que si fueron aceptados. El estudiante pidió a la Corte Suprema de Estados Unidos que declarara que la práctica utilizada por la Universidad de Washington, que pedía estándares menos exigentes a los grupos minoritarios, violaba los derechos que le concedía la 14^a enmienda. La Suprema Corte del estado de Washington falló contra el demandante al considerar que el método de selección de la Universidad no violaba la igualdad, pues el origen racial era solo uno de los elementos que los comités de evaluación consideraban relevantes para la admisión definitiva.

En el caso Regents of the University of California c. Bakke, los hechos son los siguientes: la Facultad de Medicina de Davis, Universidad de California, contaba con dos programas de admisión: el ordinario, que exigía cierta nota mínima, y uno especial, en el que no se exigía nota mínima y estaba dirigido a ciertas minorías, como personas de raza negra o asiática, indígenas americanos o hispanos. En tal escenario, Allan Bakke, quien fue rechazado por la mencionada Facultad pese a tener mejores calificaciones y mérito académico que quienes fueron admitidos por el programa especial, impugnó su rechazo ante los tribunales de justicia. En este caso la Corte Suprema resolvió que si bien es posible establecer criterios a efectos de lograr una mejor posición para aquellos que tradicionalmente se habían encontrado desventajados, rechazó el establecimiento de cuotas fijas absolutas. El juez Lewis Powell sostuvo que las preferencias raciales están permitidas si su propósito es mejorar la diversidad racial entre los estudiantes y no estipulan cupos fijos para las minorías, sino que toman en cuenta la raza como un factor entre muchos otros¹²⁸.

En el tercer caso, *Adarand Constructors, Inc. c. Peña*, los hechos fueron los siguientes: dos empresas aspiraban a un contrato de autopistas. La

¹²⁸ *Regent of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

autoridad federal adjudicó a una oferta cuyos postores eran hispanos, aun cuando ésta era más lenta y cara que la otra, en virtud de un programa del Departamento de Transportes. Randy Pech, dueño de la compañía que no resultó adjudicataria, impugnó la decisión ante los tribunales de justicia. La Corte sostuvo que cualquier trato preferencial basado en la raza, cualquiera que sea su finalidad, o bien es inconstitucional sin más, o al menos es “sospechoso” y entonces debe estar estrictamente ligado a un “interés público imperioso” (*compelling state interest*), que en todo caso el Tribunal debe someter a “estricto escrutinio” (*strict scrutiny*)¹²⁹. De esta forma, el Tribunal Supremo introdujo un criterio de escepticismo y excepcionalidad frente al trato diferenciado.

Con posterioridad a estos casos, los estados han ido aprobando medidas legislativas que prohíben garantizar un tratamiento preferente a cualquier individuo por razón de raza, color, etnia u origen nacional, en los ámbitos de educación, contratación y empleo público. En el estado de California dicha medida se aprobó mediante referéndum el año 1996, y el año 1998 en Washington. En el estado de Florida se incorporó una medida similar el año 2000.

En este contexto, el año 1996, Cheryl J. Hopwood, una mujer blanca, tras ser rechazada en la Texas Law School a pesar de estar mejor calificada que otros candidatos pertenecientes a minorías que fueron admitidos, demandó a la universidad. En el caso *Hopwood* la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito invalidó el plan de discriminación positiva de la Texas Law School, y dos de los tres jueces de este tribunal declararon que las recientes decisiones de la Corte Suprema sobre políticas de discriminación positiva en áreas distintas a la

¹²⁹ Traducción de Maria Vittoria Ballestrero, en *Igualdad y Acciones Positivas. Problemas y Argumentos de una discusión infinita*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006), pp. 59 – 76.

educación habían anulado de hecho la decisión tomada en el caso *Bakke*, por lo que cualquier plan de discriminación positiva en las universidades resultaba inconstitucional.

El año 2003 dos sentencias de gran relevancia vieron la luz: *Grutter v. Bollinger et al.* y *Gratz v. Bollinger et al.* Ambos casos tenían como objeto el programa de admisión de estudiantes que tiene en cuenta la raza en la Universidad de Michigan. El primero de ellos, en la Facultad de Derecho; el segundo, en la Escuela de Literatura, Ciencia y Artes.

En el caso *Grutter*, referido a la Facultad de Derecho, el sistema especial de admisión consideraba varios elementos, entre ellos, la diversidad étnica o racial, que constituía un “elemento preferencial potencial” (*potential plus factor*), con el fin de admitir ciudadanos afroamericanos, hispanos y nativos americanos. Lo anterior, según la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan, perseguía favorecer el acceso de una minoría crítica de estudiantes toda vez que la *diversidad* era una característica esencial que debía protegerse como elemento formativo.

En consecuencia, el Tribunal Supremo estaba llamado a establecer si la *diversidad* era un *compelling state interest*¹³⁰. La respuesta del Tribunal fue afirmativa, y confirmó la opinión del juez Lewis Powell en el caso *Bakke*. Lo anterior favorecería el nacimiento de una nueva concepción de la función de las medidas afirmativas: no solo resarcir una discriminación pasada, sino favorecer a la diversidad de los cuerpos estudiantiles de las universidades de Estados Unidos.

¹³⁰ “Interés estatal imperioso”. En el caso *Bakke* (1978) el juez Powell admitió la constitucionalidad de la *affirmative action* cuando los tratos diferenciados respondan estrictamente a un *compelling state interest*. Este interés estatal imperioso, en el caso *Bakke*, sería la diversidad racial del cuerpo de estudiantes.

El caso *Gratz*, sin embargo, volvió a cerrar la puerta que el caso *Grutter* había abierto. En esta ocasión, el Tribunal Supremo estableció que la utilización de criterios de raza para la admisión en la Escuela de Literatura, Ciencia y Artes (College LSA) violaba el principio de igualdad. Ahora bien, aunque pareciera ser una sentencia contradictoria a la del caso *Grutter*, en definitiva sigue el criterio implementado por el juez Powell en el caso *Bakker*. Esto es, que el criterio utilizado por College LSA –atribución automática de una ventaja de veinte puntos a los candidatos afroamericanos, hispanos y nativos americanos– construye un sistema de cuotas excesivamente rígido.

Finalmente, el 24 de junio de 2013 se falló el caso *Abigail Noel Fisher, Petitioner v. University of Texas at Austin, et al.* Los hechos del caso son los siguientes: motivada por la minoría racial crítica que se intentó vencer en el caso *Grutter v. Bollinger*, desde el año 2003 la Universidad de Texas en Austin consideraba, entre otros, la raza como factor en su proceso de admisión. El año 2008, Abigail Fisher y Rachel Multer Michalewicz, ambas de raza blanca, postularon a la Universidad de Texas en Austin, siendo rechazadas. Luego, las dos mujeres interpusieron una demanda contra la mencionada universidad alegando que la consideración de la raza en el proceso de admisión constituía una violación a la *cláusula de igual protección*, contenida en la 14^a enmienda a la Constitución.

La Corte Suprema, por votación 7 contra 1, ordenó devolver el caso a la Corte de Apelación del Quinto Circuito para que determinara si el uso de la raza en el proceso de admisiones de la Universidad de Texas era necesario para lograr los beneficios educativos de la diversidad. Sin embargo, y aunque el Tribunal Supremo no logró tomar una posición clara sobre las acciones afirmativas, señaló que la Corte del Quinto Circuito no realizó el examen de “verificación estricta” del uso de la raza en el proceso de admisiones de la

Universidad de Texas, interpretando de manera errónea la sentencia *Grutter v. Bollinger*.

En definitiva, la evolución de la *affirmative action* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha tenido avances y retrocesos. Al respecto han surgido críticas que tienen que ver con el sentimiento de inferioridad o estigmatización que provocan en el beneficiario; así como la violación de derechos de los miembros de aquellos grupos a los cuales no se favorece.

DWORKIN sostiene que la *discriminación positiva* presenta un gran desafío a la doctrina convencional, y los abogados y jueces han sugerido diferentes respuestas a este desafío. Según el mismo autor, la respuesta más directa y convincente sería declarar que la estrategia de los niveles de escrutinio resulta inapropiada para lidiar con los programas sensibles a la raza implementados en algunas universidades de Estados Unidos, y por ello propone una “escala flexible” (*sliding-scale*), inspeccionando dichos planes, cuando sean desafiados en un litigio, sobre una base más individualizada para decidir si existe alguna evidencia convincente de que la clasificación racial realmente refleja un perjuicio o una hostilidad de los tipos prohibidos por la cláusula de igual protección¹³¹.

ii. Unión Europea

En el ámbito comunitario, el enfoque sobre la igualdad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³² se ha modificado con el tiempo. Dicha evolución se haya confirmada por las fuentes del Derecho comunitario. La Directiva 76/207, del 9 de septiembre de 1976 establecía, en su artículo 2.4, que el

¹³¹ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 454 – 455.

¹³² Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, recibía la denominación “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

principio de igualdad de trato no obsta las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las mujeres¹³³. Luego, las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, dictadas respectivamente el 29 de junio y el 27 de noviembre del año 2000, se refieren a las condiciones de igualdad de trato. La primera, sobre el principio de igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico; la segunda, relativa al trato en el empleo y ocupación.

Por otra parte, cabe mencionar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 23 se refiere a la *igualdad entre hombres y mujeres*, señala que el “principio de paridad” no excluye la adopción de medidas que favorezcan al sexo infra representado¹³⁴.

En términos análogos, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Tratado de la Comunidad Europea, en su artículo 141.4, señala:

“Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (Énfasis agregado).

¹³³ GUDE FERNÁNDEZ, Ana. *El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)*. Universidad de Santiago de Compostela, p. 157

¹³⁴ *Artículo 23. Igualdad entre hombres y mujeres.*- La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

En cuanto a la evolución jurisprudencial del TEDH, marcaron un hito las siguientes sentencias: caso *Kalanke*¹³⁵, caso *Marschall*¹³⁶, caso *Badeck*¹³⁷, caso *Abrahamsson*¹³⁸, caso *Lommers*¹³⁹ y caso *Briheche*¹⁴⁰

Antes de revisar los casos mencionados, cabe mencionar que el objeto de los juicios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son leyes (en este caso, tres alemanas, una sueca y una holandesa) que garantizan un trato preferencial en el acceso al empleo, la carrera y formación profesional de las mujeres como sexo infra representado en determinado sector.

En el caso *Kalanke*, fallado el 17 de octubre de 1995, los hechos son los siguientes: el señor Kalanke y la señora Glissman postularon para el cargo de Jefe de Sección de Parques y Jardines, del ayuntamiento de Bremen (Alemania). La comisión a cargo de la selección eligió a la candidata de sexo femenino, a pesar de tener ambos candidatos idéntica calificación, fundándose en el artículo 4 de la Ley de Land de Bremen¹⁴¹, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública.

En su resolución, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que la Directiva 76/207 tenía un fin preciso y determinado, cual era autorizar medidas tendientes a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que

¹³⁵ *Kalanke c. Freie Hanstsestadt Bremen*, 17 de octubre 1995, C – 450/93

¹³⁶ *Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 de noviembre de 1997, C – 409/95

¹³⁷ *Georg Badeck et al. c. Land de Assia*, 28 de marzo de 2000, C – 158/97

¹³⁸ *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson y Elisabet Fogelqvist*, 6 de julio de 2000, C – 407/98.

¹³⁹ *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeher en Visserij*, 19 de marzo de 2000, C – 476/99.

¹⁴⁰ *Serge Briheche c. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice*, 30 de septiembre de 2004, C – 319/03.

¹⁴¹ Landesgleichstellungsgesetz, *Artículo 4.-* Selección, Provisión de puestos de trabajo y Promoción. 1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas.

pueden existir en la realidad social; pero que, no obstante ello, la aplicación de dicho principio es de “interpretación estricta”. Luego, que la aplicación de la Ley del Land de Bremen, de preferencia absoluta e incondicionada para las mujeres, sobrepasa los límites de la regulación comunitaria. El fallo sostuvo, además, que la medida legislativa alemana sustituye la promoción de iguales oportunidades, por igual *resultado*. Esto es, que la medida en comento no incide en la “igualdad de oportunidades”, sino directamente en la “igualdad de resultados”, y por tanto, no estaría acorde a la Directiva 76/207.

Dos años más tarde, en el caso *Marschall*, el TEDH cambió su criterio. Esto no es casual, puesto que tras el caso *Kalanke* las reacciones en la comunidad europea fueron negativas¹⁴². La doctrina fue crítica con la sentencia del caso *Kalanke*, y contrariamente al criterio del tribunal que consideró que no procedían las acciones afirmativas, intentó ir hacia un criterio de proporcionalidad de dichas medidas, con la intención de mantenerlas. Así, la Comisión decidió que se prohibían solo aquellas “cuotas rígidas” a favor de la ocupación femenina, por ser consideradas discriminatorias; mientras que otras acciones positivas fueron autorizadas y favorecidas.

En el caso *Marschall*, fallado el 11 de noviembre de 1997, los hechos son los siguientes: el señor Marschall era un profesor en el Estado de Renania del Norte–Westfalia (Alemania), quien presentó su candidatura para ser promovido a un cargo superior. En esa categoría, el número de mujeres era inferior al de hombres, por tanto fue preferida una candidata del sexo femenino, con iguales calificaciones. Lo anterior, puesto que el apartado 5 del artículo 25 de la Ley de Función Pública del Land Nordrhein–Westfalen establecía que si en una posición profesional determinada las mujeres están representadas en número inferior a los hombres, entonces, en caso de igualdad de calificación, de

¹⁴² Cfr. ATIENZA, Manuel. Un comentario al caso Kalanke. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19 (1996), pp.111 – 122.

actitudes y de prestaciones profesionales, las mujeres tienen una prioridad en las promociones.

El TEDH razonó de la siguiente manera. Primero, señaló que la cláusula discutida era distinta al caso *Kalanke* porque contiene una “cláusula de apertura”, conforme a la cual las mujeres no tienen preferencia en la promoción si prevalecen motivos relativos a la persona de un candidato hombre. Este tipo de normas, planteó el tribunal, se ajusta al artículo 2.4 de la Directiva 76/207, toda vez que tiene un fin preciso y limitado que apunta a reducir o eliminar las desigualdades que *de hecho* existen. Luego, afirmó que la preferencia concedida a las candidatas femeninas apuntaba a contrarrestar los criterios tradicionales de promoción. Lo anterior, porque el hecho de que dos candidatos de distinto sexo tengan igual calificación, no implica por sí solo que tengan “iguales oportunidades”. En efecto, existía una tendencia a elegir a candidatos varones, por estereotipos, prejuicios o ideas sobre el rol y las capacidades de la mujer (por ejemplo, la interrupción de la carrera profesional por razones de embarazo y lactancia).

Posteriormente, el año 2000, con cambios también en las fuentes del Derecho comunitario –a saber, directivas 43/2000 y 78/2000– el TEDH dictó sentencia en el caso *Badeck*.

El caso *Badeck*, fallado el 28 de marzo de 2000, es complejo porque el problema de legitimidad versa sobre cuatro disposiciones distintas. En este caso, diputados del Parlamento de Hesse (Alemania) se dirigieron al Tribunal Supremo del Land de Hesse para que se pronunciara sobre la legalidad de una ley estatal que establecía que en caso de igualdad de calificaciones entre candidatos de sexo diferente en los sectores del empleo público donde las mujeres estuvieran infra representadas, debían ser preferidas las candidatas cuando esto fuere necesario para garantizar los objetivos del plan de

promoción. Es decir, se trataba de un sistema de cuotas finales flexibles. Ante esta situación, el Tribunal Supremo del Land de Hesse decidió suspender el procedimiento y elevar como cuestión prejudicial ante el TEDH la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa utilizadas por el legislador a favor de las mujeres, con las directivas anti-discriminación del Consejo de la Unión Europea.

Al respecto, el Tribunal de Luxemburgo, apartándose aun más del caso *Kalanke*, estableció un principio de igualdad sustantiva tendiente a reducir las desigualdades que de hecho se encuentran en la vida social, cuyo propósito es compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas pertenecientes al sexo infra representado. Así, en base al principio de no discriminación, el Tribunal admitió la legitimidad de las cuotas, y por tanto las acciones afirmativas orientadas al resultado, siempre que éstas sean lo suficientemente “flexibles” como para permitir que no se prefiera automáticamente al candidato del sexo infra representado.

El 6 de junio del mismo año se conoció el fallo en el caso *Abrahamsson*. El caso, brevemente, es el siguiente: el año 1996 la Universidad de Göteborg publicó una convocatoria de postulaciones para el cargo de profesor, señalando que la cátedra en cuestión sería considerada dentro del programa de la Universidad orientado a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Se presentaron al concurso, entre otros, Katarina Abrahamsson, Leif Anderson, Georgia Destouni y Elisabet Fogelqvist. El proceso de calificaciones consistía en dos exámenes distintos: el primero referido únicamente a los méritos profesionales, donde fue calificado primero el señor Anderson; y el segundo, tomando en consideración los objetivos de igualdad de oportunidades, donde fue calificada primero la señora Destouni. Sobre la base de los exámenes descritos, el tribunal calificador propuso el nombramiento de la señora Destouni. Sin embargo, ésta renunció a su candidatura. En

consecuencia, el rector de la Universidad decidió nombrar a la señora Foqelgvist, quien resultó tercera en la calificación. El señor Anderson y la señora Abrahamsson apelaron la decisión ante la Comisión de Recursos de los Establecimientos de la Enseñanza Superior, alegando que el nombramiento era contrario a la sentencia *Kalanke*. La Comisión de Nombramientos decidió suspender el procedimiento y acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El TEDH señaló que la legislación sueca era distinta a la legislación alemana –comentada precedentemente– puesto que la primera permite otorgar una preferencia a un candidato del sexo infra representado que, aunque con calificaciones suficientes, no tiene una calificación igual a la de otros candidatos del otro sexo. Esto es, que la ley sueca otorga preferencias de manera automática; en consecuencia, el método de elección sería contrario a la normativa vigente del Consejo de la Unión Europea.

Luego, es conveniente citar el caso *Lommers*, fallado el 19 de marzo de 2000. Los hechos del caso son los siguientes: el año 1993 del Ministerio holandés de Agricultura, Patrimonio Natural y Pesca puso en marcha un programa por medio del cual ponía a disposición del personal femenino un determinado número de plazas en una guardería. El señor Lommers, funcionario del Ministerio, solicitó una plaza en la guardería para su hijo, que le fue denegada.

El Tribunal, que afirmó la compatibilidad de la Ley holandesa relativa a la igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres con la normativa comunitaria, arguyó que la medida del Ministerio se insertaba en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, toda vez que lo que se reservaba para las mujeres no era un puesto de trabajo, sino el disfrute de condiciones de trabajo destinadas a facilitar su continuidad y progreso en la carrera profesional.

Finalmente, en el caso *Briheche*, fallado el 30 de septiembre de 2004, se examina la compatibilidad con la normativa europea de una disposición francesa que exige de la restricción de edad para el acceso al empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar. En este caso, similar a los tratados anteriormente, pareciera que la ausencia de una cláusula de apertura es el principal elemento para considerar que nos encontramos ante una medida contraria a la exigencia del principio de proporcionalidad.

Al respecto, el TEDH declaró que *“una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (...) Estos requisitos se basan en el hecho de que, **al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto**”*¹⁴³

En suma, la evolución jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo se halla marcada por la evolución de las fuentes del derecho comunitario que, receptiva de las críticas de la doctrina, ha ido incorporando las medidas de acción afirmativa como mecanismos tendientes a eliminar la discriminación de hecho, introduciendo la utilización del principio de proporcionalidad como

¹⁴³ *Serge Briheche c. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice*, op. cit., párrs. 23 – 24.

elemento objetivo que determina la legitimidad de este tipo de medidas. Adicionalmente, hemos de tener en consideración que en el derecho comunitario no se ha visto la resistencia a la dictación de este tipo de normativa, que si se evidencia en el derecho estadounidense, cuestión que sin duda ha contribuido a su evolución.

e. Medidas afirmativas en el sistema internacional de los derechos humanos

Warwick MCKEAN plantea que en el derecho internacional el concepto de igualdad de las personas incluye dos ideas que son complementarias. Por un lado, el *principio de no discriminación*, que constituiría el aspecto negativo de la igualdad, el cual prohíbe las diferencias arbitrarias; y por otro, el *principio de protección o medidas afirmativas* diseñado para lograr la igualdad positiva¹⁴⁴.

Respecto del primero, *principio de no discriminación*, el derecho internacional de los derechos humanos distingue entre distinciones justificadas e injustificadas. Esto, porque el punto de partida, fijado por el TEDH y el Comité de Derechos Humanos (en adelante, CDH), es que no toda diferencia en el trato entre personas es discriminatoria y que un trato igualitario no es sinónimo de trato idéntico¹⁴⁵. Así, una distinción será discriminatoria solo si (i) no tiene justificación objetiva y razonable, y no persigue un fin legítimo; o (ii) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo¹⁴⁶.

En tal orden de ideas, la preocupación por la protección de las minorías ha llevado a reconocer en el ordenamiento jurídico internacional las medidas

¹⁴⁴ MCKEAN, Warmick, op. cit.

¹⁴⁵ BAYEFSKY, Anne F. *Principle of Equality of Non – Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1 – 2 (1999), p. 11 (versión traducida por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

¹⁴⁶ Ibid., p. 12.

especiales o acciones positivas del Estado. Lo anterior, toda vez que la implementación adecuada del principio de igualdad y no discriminación, contemplado en el PIDESC y la CADH, exige medidas positivas por parte del Estado.

A continuación, revisaré cómo se han reconocido las medidas de acción afirmativa en las observaciones y recomendaciones generales de diversos órganos de Naciones Unidas, así como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; esto último, a partir de la revisión de la jurisprudencia de la CIDH y la Corte IDH en la materia. La elección de estos sistemas se debe a que establecen obligaciones para el Estado chileno¹⁴⁷.

i. Sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas

Los órganos de Naciones Unidas creados por tratados internacionales de derechos humanos han dictado variadas observaciones y recomendaciones generales relativas al principio de igualdad y no discriminación.

El Comité DESC ha señalado que sobre los Estados pesa la obligación de adoptar medidas positivas destinadas a garantizar el goce efectivo de derechos que consagra el PIDESC. Particularmente, en el 11° período de sesiones (1994), dictó la Observación General N° 5 sobre personas con discapacidad, en la cual señaló que es obligación del Estado adoptar medidas positivas tendientes a reducir las desventajas estructurales y dar un trato

¹⁴⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969. Se promulgó mediante el Decreto N° 326, del 28 de abril de 1989. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (“Pacto San José de Costa Rica”) fue suscrita por Chile el 22 de noviembre de 1969. Se promulgó mediante el Decreto N° 873, del 23 de agosto de 1990.

preferente a las personas con discapacidad, toda vez que se trata de un grupo vulnerable y desfavorecido¹⁴⁸.

Posteriormente, en el 21° período de sesiones (1999), dictó la Observación General N° 13 relativa al derecho a la educación. En esta observación el Comité DESC reiteró que la obligación de dar cumplimiento al derecho a la educación exige que los Estados adopten medidas positivas:

“La (obligación) de dar cumplimiento –facilitar– exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia (...) para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos”¹⁴⁹.

Por su parte, el CDH¹⁵⁰ en el 37° período de sesiones (1989), dictó la Observación General N° 18 sobre No Discriminación. En esta ocasión el CDH afirmó que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin distinción, constituyen principios básicos y generales en la protección de los derechos humanos¹⁵¹. Sobre el contenido del principio de igualdad, el CDH señaló que existen situaciones donde los Estados deben adoptar una actitud positiva para reducir o eliminar las condiciones de discriminación y que las diferencias en el trato que a consecuencia de ello se generen, en tanto

¹⁴⁸ Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 5, Personas con discapacidad (11 período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), párr. 9.

¹⁴⁹ Comité DESC, Observación General N° 13, 21° período de sesiones (1999) El derecho a la Educación, considerando 47 y 50. (Énfasis agregado)

¹⁵⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Chile el año 1972. Entró en vigor en Chile el 23 de marzo de 1976.

¹⁵¹ Comité Derechos Humanos, Observación General N° 18, 37° período de sesiones (1989). No discriminación, párr. 1, p. 168.

justificadas, son legítimas frente al derecho internacional de los derechos humanos:

*“El Comité desea también señalar que el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes **adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto.** Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación (...) En cuanto **son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son diferenciación legítima con arreglo al Pacto**”¹⁵².*

Posteriormente en el 68° período de sesiones (2000), el CDH dictó la Observación General N° 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En ella se establece que la obligación de garantía comprende la obligación de adoptar las medidas necesarias para el goce y disfrute de los derechos de las personas. El CDH señaló que los Estados partes no sólo deben adoptar medidas de protección, sino también medidas positivas a fin de satisfacer el principio de igualdad¹⁵³.

El Comité CEDAW¹⁵⁴, en el 7° período de sesiones (1988), dictó la Recomendación General N° 5, en la cual instó a que los Estados partes:

¹⁵² *Ibid.*, párr. 10, p. 170. (Énfasis agregado)

¹⁵³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones (2000), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, párr. 3.

¹⁵⁴ La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer fue ratificado por Chile el 10 de diciembre del año 1989. El Protocolo Facultativo de la Convención fue suscrito por Chile el año 1999, sin embargo se encuentra pendiente su aprobación legislativa.

“(...) Hagan mayor uso 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 la educación, la economía, la política y el empleo.”

Como complemento a lo anterior en su 20° período de sesiones (1999), el Comité CEDAW elaboró la Recomendación General N° 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW¹⁵⁵. En esta recomendación señaló que un enfoque jurídico puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de hecho con el hombre, esto es, la igualdad sustantiva. El trato idéntico entre hombres y mujeres no garantiza necesariamente un trato igualitario y *“en ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias (diferencias biológicas y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado)”*¹⁵⁶. El Comité CEDAW considera que la aplicación de estas medidas no es una excepción a la regla del principio de igualdad y no discriminación, sino por el contrario, una forma, estrategia o medida necesaria que los Estados partes para lograr la igualdad sustantiva.

Ahora bien, resulta especialmente relevante considerar que no toda medida favorable para las mujeres o trato diferenciado, es una medida especial de carácter temporal. El Comité CEDAW considera que *“el establecimiento de*

¹⁵⁵ Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Artículo 4.- 1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

¹⁵⁶ Comité CEDAW, Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, párr. 8.

*condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal*¹⁵⁷. El trato no idéntico entre mujeres y hombres, señalado en el párrafo 2 del artículo 4 de la CEDAW, se basa en diferencias biológicas, y por tanto, corresponde a medidas de carácter permanente.

El Comité CERD¹⁵⁸, en su 75° período de sesiones (2009), dictó la Recomendación General N° 32 sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial. En ésta el Comité CERD distinguió claramente entre *igualdad formal* e *igualdad de facto o sustantiva*, señalando que la última es el objetivo que debe alcanzarse. Además, reiteró que el término “no discriminación” no implica un trato uniforme o idéntico, porque dar un mismo trato a personas o grupos cuyas situaciones son objetivamente diferentes constituirá discriminación en la práctica, como lo constituirá también el trato desigual de personas cuya situación sea objetivamente la misma. En otras palabras, que cuando hay una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato, no estamos frente a una situación de discriminación.

Sobre las medidas especiales de protección, el Comité CERD coincidió con lo señalado por el Comité CEDAW en su Recomendación general N° 25 (1999). Esto es, que no debemos confundir las medidas especiales de protección de carácter temporal con los derechos específicos de determinadas categorías de personas o comunidades.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr. 19.

¹⁵⁸ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial fue suscrita por Chile el 3 de octubre de 1966 y ratificada el 20 de octubre de 1971.

ii. Sistema interamericano de derechos humanos

El sistema interamericano de derechos humanos surgió a partir de la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que si bien no consagraron un sistema de protección de los derechos humanos, dejaron sentadas las bases para ello al establecer la idea de la centralidad del ser humano en la organización de la sociedad. Así, el año 1959 mediante la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, se estableció la CIDH.

Luego, el año 1969, se dio el siguiente paso para establecer un sistema efectivo de protección de los derechos humanos: la adopción de un tratado, la CADH. Ésta establece en su artículo 33 dos órganos especiales que “*tendrán competencia en las materias relativas al cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados Partes en esta Convención*”: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este apartado revisaré los informes Anuales, por países y temáticos, así como las peticiones individuales emitidas por la CIDH en materia de medidas de acción afirmativa, y las opiniones consultivas y casos contenciosos conocidos por la Corte IDH acerca del principio de igualdad y no discriminación.

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH se ha referido en numerosas ocasiones a las medidas de acción afirmativa y su relación con el principio de igualdad, principalmente por medio de informes –anuales, por países y especiales– que se confeccionan para examinar la situación general de derechos humanos en un territorio o un fenómeno específico que requiera de un análisis transversal a los países de la región. En cuanto a peticiones individuales, a la fecha, la CIDH ha conocido solo dos casos acerca de acciones afirmativas.

1.1. Informes

En este apartado se presenta un análisis de los Informes Especiales, Anuales y por Países en los cuales la CIDH ha abordado el tema de las acciones afirmativas. En cuanto a la metodología, éstos serán examinados en orden cronológico, lo cual permitirá evidenciar la evolución experimentada por este órgano en el tratamiento de las medidas de acción afirmativa.

El año 1999 la CIDH en su Informe Anual realizó un estudio acerca de la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa con el principio de no discriminación en el ámbito de la participación política de la mujer¹⁵⁹. En este informe se contempla un capítulo especialmente dedicado a analizar las medidas de acción afirmativa, lo cual importa un salto cualitativo en el sistema interamericano que hasta ese año se había referido escuetamente a las acciones afirmativas¹⁶⁰.

El punto de partida que la CIDH planteó en este informe fue determinar si las acciones afirmativas concebidas para promover la participación política de la mujer resultaban o no compatibles con la garantía de igualdad y no discriminación. Esto hace suponer que la legitimidad de este tipo de medidas estaba entredicha, y por tanto debía ser descartada o comprobada.

Luego, la CIDH reconoció a las mujeres como un grupo históricamente sometido a discriminación, lo cual ha coartado su posibilidad de participar en el

¹⁵⁹ CIDH, Informe Anual 1999. Capítulo VI. Estudios Especiales. “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 3 (2000)

¹⁶⁰ Previo a este informe, la CIDH se había referido a la acción afirmativa en su Informe Anual de 1993, ocasión en la cual la CIDH instó a Chile a “*introducir programas de acción afirmativa que beneficien a los menos privilegiados*”; Informe Anual de 1997, valorando la incorporación por parte de muchos Estados de “*mecanismos legales de acción afirmativa en la participación política*”; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, de 1997, en relación a los derechos de la mujer brasileña y la discriminación racial.

gobierno y en la vida pública. Lo anterior da luces de que el análisis de la CIDH acerca de las medidas afirmativas, se enmarcaba en una hipótesis de discriminación estructural.

En tercer lugar, la CIDH pretendió identificar un fin u objetivo en la participación política de este grupo históricamente excluido, que permitiera justificar la implementación de medidas de acción afirmativa. Analizó el derecho a la igualdad en el ámbito de la participación política señalando que la no discriminación en esta sede es un pilar del sistema democrático, y en consecuencia, las medidas afirmativas serán compatibles con el principio de igualdad y no discriminación en la medida que propendan a una representación más igualitaria de la mujer.

Para efectuar dicha ponderación, la CIDH explicitó un *test de razonabilidad*. Así, la diferencia de trato que subyace a la medida de acción afirmativa será compatible con la CADH y el principio de igualdad solo si logra sobreponerse a cada uno de los estadios de análisis del referido test. Para ello debe observarse una diferencia de trato; luego, se analiza si el objetivo de la medida es legítimo; posteriormente, se analiza la relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin perseguido; y por último, su carácter de medida menos lesiva.

Finalmente, se destaca la temporalidad o provisionalidad de la vigencia de la medida, pues una vez que se ha logrado la igualdad de acceso y de resultados, las medidas de acción afirmativa ya no serían necesarias.

Con posterioridad a este informe, el año 2001 la CIDH se refirió al tema en análisis en el Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en

Guatemala¹⁶¹, específicamente en los capítulos XI y XII, referidos a los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de la mujer, respectivamente.

En el capítulo XI sobre el derecho de los pueblos indígenas, la CIDH fue enfática en afirmar que los indígenas en Guatemala son víctimas de una situación de discriminación sistemática. Ante ello, el mismo órgano sugirió la adopción de una serie de medidas, entre las que se encontraban medidas positivas en lo educativo, legislativo y de todo tipo respecto a la población en general, a fin de reducir la división y discriminación por diferencias étnicas, lograr la igualdad de oportunidades, reducir los estereotipos y desconfianzas, y reestablecer el derecho a la dignidad sin discriminaciones para todos los miembros de la ciudadanía guatemalteca.

En el apartado sobre derechos de la mujer, la CIDH se refirió a la representación de éstas en la ley y en los órganos del Estado encargados de la toma de decisiones. El año 2000 Guatemala estudiaba reformas al régimen electoral y a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, una de las cuales dispondría que cualquier lista de candidatos incluyese un mínimo de 44% de candidatos hombres o mujeres. Al respecto, la CIDH destacó que la implementación de las leyes de cuotas ha incrementado significativamente el porcentaje de mujeres elegidas para cargos más altos, y que si bien no ha estudiado dichas propuestas en particular y no ha asumido ninguna posición con respecto a las mismas, *“la consecución de una participación libre y plena de la mujer en todas las esferas de la vida pública es una obligación que bien podría exigir la adopción de medidas especiales de acción afirmativa concebidas para hacer realidad la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”*¹⁶². En este Informe, vemos como la CIDH parece reafirmar su

¹⁶¹ CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. OEA/Ser.L/V/II.111. Doc. 21 rev. (2001)

¹⁶² Ibid., Capítulo XIII. Los derechos de la mujer, párr. 27.

compromiso con la adopción de medidas de acción afirmativa, sosteniendo que podría llegar a exigirse la adopción de este tipo de medidas.

El año 2002 la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres realizó una visita con el propósito de evaluar la situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México, a partir de la cual presentó el Informe *Situación de los derechos humanos de la mujer en Ciudad de Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*¹⁶³. En éste, la CIDH se aproximó al tema de la discriminación desde una perspectiva colectiva y no individual, reconociendo a las mujeres como un grupo históricamente subordinado, sometido a violencia y privado de oportunidades en condiciones iguales a los hombres. Además, reiteró la importancia de garantizar tanto la igualdad formal como la igualdad *de facto*, señalando que el desafío es eliminar “*la brecha existente entre lo que la ley dice y la experiencia vivida por las mujeres en Ciudad Juárez*”¹⁶⁴.

En el apartado dedicado a las recomendaciones la CIDH utilizó la expresión “medidas especiales” para referirse a aquellas medidas dirigidas específicamente a las mujeres para proteger su integridad física y psicológica. En ese sentido, pareciera que la CIDH entiende como “especial” la protección de la integridad física y psicológica de las mujeres en Ciudad de Juárez, y no como la concreción de la obligación de garantía de los derechos convencionales que pesa sobre todos los Estados. Así, las medidas serían “especiales” por su necesidad imperiosa y por el grupo al que están dirigidas, pero no por tratarse de medidas de carácter temporal cuyo propósito es alcanzar la igualdad de un grupo históricamente excluido.

¹⁶³ CIDH, Informe Anual 2002. Capítulo VI. Estudios Especiales. “Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación”. OEA/Ser.LV/II.117. Doc. 1 rev. 1 (2003)

¹⁶⁴ Ibid. párr. 162.

El año 2006 la CIDH elaboró el informe especial titulado *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*¹⁶⁵. En éste la CIDH constató que a causa de circunstancias históricas de discriminación, estereotipos sociales de género y el trato de inferiores que reciben, las mujeres constituían un grupo especialmente vulnerable en el contexto de un conflicto armado. Frente a este diagnóstico, la CIDH emplazó al Estado de Colombia a erradicar patrones socioculturales discriminatorios por razones de sexo, raza, etnia y clase social, tomando en cuenta estas diferencias para adoptar las medidas adecuadas¹⁶⁶. En definitiva, adoptando precisamente la lógica que subyace a las medidas de acción afirmativa.

En el mismo sentido, al analizar las dinámicas del conflicto armado que afectan particularmente a las mujeres en Colombia, la CIDH señaló que la ratificación por parte de dicho Estado de instrumentos vinculantes, como la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer y la Convención Belém do Pará, “*obliga a los Estados parte y a sus agentes a tomar medidas afirmativas para eliminar patrones socioculturales y estereotipos que promueven la discriminación contra la mujeres*”¹⁶⁷. Así, la CIDH se refirió por primera vez al carácter obligatorio de adoptar medidas afirmativas para la concreción del principio de igualdad y no discriminación.

El año 2007 en el Informe *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia boliviana*¹⁶⁸, la CIDH analizó una vez más el principio de igualdad y no discriminación en el contexto del derecho de las mujeres en la sociedad boliviana. En este informe, como en ocasiones anteriores, la CIDH reiteró que para alcanzar la igualdad de género

¹⁶⁵ CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67 (2006)

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 18 y 20, p. xiii

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 43, p. 15

¹⁶⁸ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia boliviana*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34 (2007)

no es suficiente la igualdad *de iure*¹⁶⁹; en ese sentido, valoró positivamente el marco legal avanzado en relación a la participación política de las mujeres en Bolivia, conformado por el Código Electoral, la Ley de 1997 sobre Cuotas del 30% y la Ley de 1999 sobre Partidos Políticos¹⁷⁰.

Hasta este momento los informes de la CIDH eran homogéneos en su aproximación a las medidas de acción positiva, identificando situaciones de discriminación con grupos sistemáticamente excluidos. En dichas situaciones la CIDH recomendaba la adopción de medidas de acción afirmativa, mas no se comprometía con la obligatoriedad de su adopción salvo en casos excepcionales. No fue sino hasta la publicación del informe *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*¹⁷¹ cuando la CIDH dio un paso significativo en materia de análisis de igualdad y acciones afirmativas en el sistema interamericano por los siguientes motivos.

En primer lugar, al igual que en informes anteriores, la CIDH reconoció que ciertos grupos enfrentan dificultades particulares para acceder al goce de determinados derechos. Sin embargo, en esta ocasión a partir de la identificación de patrones y comportamientos discriminatorios cuyas causas son históricas, la CIDH se refirió a la existencia de una “*situación estructural de subordinación y desigualdad*”¹⁷², utilizando un lenguaje que no es casual en la materia y que había sido tímidamente anunciado en el Informe Anual del año 1999.

En segundo lugar, en el análisis de normas, prácticas y políticas discriminatorias, la CIDH por primera vez distinguió una concepción liberal clásica y restringida del principio de no discriminación, frente a una concepción

¹⁶⁹ Ibid., párr. 307 – 308.

¹⁷⁰ Ibid., párr. 313.

¹⁷¹ CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.LV/II.Doc. 68 (2007)

¹⁷² Ibid., párr. 59.

amplia del mismo principio, vinculada con la idea subordinación. Así, explicitó lo que subyacía a todos sus informes anteriores: el principio de igualdad y no discriminación puede adoptar diferentes significados, que redundan en distintos alcances de protección.

La primera formulación del principio de no discriminación prohíbe que las personas sean tratadas desigualmente en razón de su sexo, ya que tal distinción no se condice con distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos. Este enfoque, en consecuencia, presupone un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres¹⁷³ y aboga por un Derecho que cumpla con pretensiones de neutralidad y objetividad¹⁷⁴.

En cuanto a las críticas a este concepto restringido del principio de no discriminación, la CIDH sostuvo que es insuficiente para justificar medidas de acción afirmativa, no permite cuestionar adecuadamente aquellos criterios que en principio parecen neutrales –como la meritocracia– pero que en realidad perpetúan discriminaciones pasadas ni es utilizado para cuestionar concepciones sociales arraigadas en la sociedad acerca del determinado papel de las mujeres¹⁷⁵. Asimismo, resulta interesante la referencia a los diferentes “puntos de partida”¹⁷⁶ de hombres y mujeres, pues parece indicar que la CIDH privilegia una noción de igualdad de resultados, por sobre la idea de igualdad de oportunidades.

Por su parte, una concepción amplia del principio de no discriminación, denominado por algunos “principio de anti–subordinación”, condena prácticas que tienen como efecto la creación o perpetuación de una situación subordinada de ciertos grupos. De acuerdo a esta lectura, el significado social y

¹⁷³ Ibid., párr. 72.

¹⁷⁴ Ibid., párr. 73.

¹⁷⁵ Ibid., párr. 74.

¹⁷⁶ Ibid., párr. 73.

la legalidad de una práctica o norma supuestamente neutral debe ser considerada en términos de su impacto respecto del grupo, lo cual da cuenta de una dimensión eminentemente social o colectiva de este principio. En opinión de la CIDH, mediante esta interpretación es posible cuestionar normas y prácticas sociales aparentemente neutrales –criterios como la meritocracia o la antigüedad en el cargo–, justificar acciones afirmativas y considerar la discriminación como un fenómeno colectivo y no únicamente individual.

Luego, la CIDH identificó dos supuestos en los cuales el principio de no discriminación puede manifestarse. Uno de ellos se refiere a la discriminación producto de un trato desigual basado en una categoría prohibida o sospechosa que excluye, restringe o menoscaba el ejercicio de un derecho; mientras que otra forma de discriminación legal puede darse por el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas positivas fijadas por el derecho nacional o internacional.

Respecto a la utilización de una categoría sospechosa como motivo para tratar de forma desigual a las personas, la CIDH siguiendo la jurisprudencia estadounidense, presume el carácter discriminatorio de la medida o política –*presunción de invalidez*–, de modo que bastará a la víctima demostrar que la distinción emplea una categoría sospechosa para ser catalogada como discriminatoria. En definitiva, se exige un escrutinio estricto para determinar su razonabilidad.

Al respecto surgen dos puntos críticos en el análisis de la CIDH. Por un lado, determinar cuáles son las categorías sospechosas en el sistema interamericano, y por otro, en qué medida el concepto amplio del principio de no discriminación es compatible con la aplicación del *test de escrutinio estricto* en aquellos casos que la medida de distinción sometida a análisis es una medida de acción afirmativa a favor de las mujeres y quien la impugna sea, por ejemplo, un hombre.

En relación a la primera interrogante, la CIDH se inclina por sostener que debe analizarse de manera concienzuda y pormenorizada la restricción fundada en alguna de las categorías del artículo 1.1 de la CADH, que funcionan de tal modo como una suerte de "categorías sospechosas"¹⁷⁷. Así, las normas, prácticas y políticas que establezcan diferencias basadas en algunas de las categorías mencionadas en el artículo 1.1 de la CADH, requieren demostrar que dicha restricción se basa en un *objetivo estatal imperioso o urgente*, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo.

Sobre la segunda interrogante, la CIDH no se hizo cargo de la hipótesis de impugnación de una medida de acción positiva por parte de un individuo que utiliza la categoría sospechosa a su favor. No obstante ello, siguiendo el análisis desarrollado por la CIDH, tendría aplicación el test de escrutinio estricto, con las dificultades que ello presenta para la validez de este tipo de medidas.

Respecto al segundo supuesto de discriminación, la CIDH abogó por la posibilidad de exigir la obligatoriedad de estas medidas, toda vez que personas pertenecientes a un grupo desventajado podrían alegar discriminación en caso que no se apliquen medidas positivas a su respecto, y en caso que se utilice una categoría sospechosa bastará que la víctima demuestra que no se cumplió con la acción positiva mandatada por la norma. La identificación de un incumplimiento de obligaciones positivas como supuesto de *discriminación directa* es una novedad de la CIDH en este informe.

La CIDH concluyó señalando el reconocimiento del concepto de igualdad material o estructural en el sistema interamericano de derechos humanos:

“El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo

¹⁷⁷ Ibid., párr. 83.

*tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que **avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación.** Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la **igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho***¹⁷⁸.

Como puede observarse, este informe representa importantes novedades respecto de lo informes anteriores de la CIDH. En efecto, identifiqué claramente dos conceptos del principio de igualdad y no discriminación, abogando por una concepción amplia, ligada a la anti-subordinación y que favorece la adopción de medidas de acción positiva; adhirió a la aplicación del *test de escrutinio estricto* para las categorías sospechosas; e identifiqué dos supuestos de discriminación, uno de los cuales haría obligatoria la adopción de medidas positivas. Pese a ello, la CIDH no se hizo cargo de un problema que es clave: mientras el primer supuesto de discriminación prohíbe la distinción basada en determinados criterios –categorías sospechosas–, el segundo supuesto faculta para exigir una distinción sobre la base de los mismos.

El año 2009, la CIDH emitió un Informe sobre los *Derechos de las Mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*¹⁷⁹. En este informe la CIDH observó con preocupación que en Chile, país con una alta subrepresentación de mujeres en la esfera política, no existían medidas especiales de acción afirmativa que garanticen el acceso y la participación de las mujeres en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 99, p. 43. (Énfasis agregado)

¹⁷⁹ CIDH, *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*, OEA/Ser.L/V/II.134.Doc. 63 (2009)

El año 2011 en el informe “*El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*”¹⁸⁰, la CIDH reiteró las consideraciones del examen de compatibilidad de las medidas de acción afirmativa la promover la participación política de las mujeres y los derechos a la igualdad y la no discriminación, señalados en el Informe Anual del año 1999.

El mismo año la CIDH dictó el informe *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*¹⁸¹. En este informe la CIDH reiteró que el principio de igualdad y no discriminación constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos. Asimismo, destacó que existen distintas concepciones de dicho principio: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitrario, y la otra con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos. Cada una merece una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la CADH¹⁸².

En relación con la prohibición de diferencia de trato arbitrario, sostuvo que toda distinción admisible ha de fundarse en una justificación objetiva y razonable, impulsar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los principios imperantes en una sociedad democrática, y utilizar medios razonables y proporcionales al fin perseguido. En consecuencia, para justificar una distinción basada en una categoría sospechosa deben esgrimirse razones de peso –test de escrutinio estricto– y se invierte la carga de la prueba, pues acoge la doctrina de la presunción de invalidez¹⁸³.

Respecto a la obligación de crear condiciones de igualdad, la CIDH arguyó que el principio de igualdad y no discriminación abarca el posible

¹⁸⁰ CIDH, *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 79 (2011)

¹⁸¹ CIDH, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, op. cit.

¹⁸² Ibid., párr. 89.

¹⁸³ Ibid., párr. 91.

impacto discriminatorio de normas y políticas que aparecen neutrales en su formulación¹⁸⁴.

Acerca de las medidas de acción afirmativa, la CIDH sostuvo que la validez y legitimidad de la adopción de este tipo de medidas ha sido reconocida en el derecho internacional, y particularmente en el derecho internacional de los derechos humanos, a efectos de remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación histórica contra ciertos grupos y evitar que dicha discriminación se perpetúe¹⁸⁵. Esto constituye un avance cualitativo en la materia si consideramos que en el Informe Anual de 1999 la CIDH dio el primer paso preguntándose acerca de la legitimidad de este tipo de medidas. A su respecto la CIDH señaló:

“En relación con el principio de protección igualitario y efectiva de la ley, la CIDH ha sostenido que de acuerdo con la Convención Americana y con el objeto de garantizar el derecho a la no discriminación, los Estados están en la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa y de establecer distinciones basadas en desigualdad de hecho para la protección de quienes deban ser protegidos. Caso contrario, la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar situaciones discriminatorios, de iure o de facto, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera responsabilidad internacional del Estado.”¹⁸⁶

Luego, la CIDH realizó interesantes precisiones terminológicas señalando que las medidas de acción afirmativa *“son una herramienta excepcional y temporal (...) mediante las cuales se otorga un tratamiento diferenciado a un grupo sistemáticamente desaventajado con el fin de corregir desigualdades estructurales y coadyuvar a la superación de los obstáculos que*

¹⁸⁴ Ibid., párr. 92.

¹⁸⁵ Ibid., párr. 227.

¹⁸⁶ Ibid., párr. 231.

*les impiden el pleno goce de sus derechos humanos*¹⁸⁷, y su relación con las medidas positivas es de género–especie, pues todas las medidas de acción afirmativas son medidas positivas, pero no todas las medidas positivas tienen que ser implementadas a través de medidas de acción afirmativa.

Dado que las medidas de acción afirmativa constituyen medidas excepcionales, están sometidas a estrictos criterios de validez y justificación, los que fueron sistematizados por la CIDH de la siguiente manera. Las medidas de acción afirmativa deben:

- Ser apropiadas en relación con la situación a remediar
- Ser legítimas
- Ser necesarias en una sociedad democrática
- Respetar los principios de justicia y proporcionalidad
- Ser temporales
- Ser diseñadas e implementadas en función de una situación de necesidad
- Fundarse en una valoración realista de la situación de los individuos y las comunidades afectadas¹⁸⁸.

Finalmente, la CIDH sostuvo que la implementación de medidas afirmativas puede adquirir diferentes modalidades. Una de ellas es el *tratamiento preferencial*, en la cual una característica personal se utiliza a favor de la persona, distinguiéndola de otro candidato que no posee dicha característica. Existen distintas posiciones acerca del momento adecuado en el cual debe operar la diferenciación, esto es, si corresponde tener en cuenta la característica personal al inicio, durante o una vez que la selección ha finalizado. Otro mecanismo es el *sistema de cuotas*, el cual se orienta al establecimiento de vacantes especiales generalmente establecidas como

¹⁸⁷ Ibid., párr. 238.

¹⁸⁸ Ibid., párr. 240.

porcentajes y con referencia a una cantidad general de personas del grupo social que se quiere beneficiar. Asimismo se ha advertido la posibilidad de llevar a cabo *medidas de reclutamiento focalizado*, a través del diseño de programas orientados a atraer a individuos provenientes de grupos subrepresentados. Las estrategias en este sentido pueden incluir acciones tales como propaganda focalizada, creación de estímulos para la postulación a determinados trabajos, procesos de ascensos y transferencias¹⁸⁹.

La CIDH concluyó afirmando que “*las medidas de acción afirmativa están en pleno cumplimiento del principio de no discriminación y de las disposiciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos*”¹⁹⁰. En definitiva, dando cuenta de la aceptación que tiene este tipo de medidas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante ello y si bien es cierto en algunos países las normas que establecen medidas de acción afirmativa tienen jerarquía constitucional y legal, lamentablemente la adopción de este tipo de medidas no es una práctica extendida.

1.2. Peticiones individuales

La CIDH se ha pronunciado específicamente acerca de medidas de acción positiva en dos casos. En el primero de ellos, caso Janet Espinoza Feria y otras v. Perú¹⁹¹, la CIDH emitió el informe de admisibilidad, sin embargo se halla pendiente el análisis de fondo. En el otro, caso María Merciadri de Morini v. Argentina (2001)¹⁹², se alcanzó una solución amistosa.

En el caso Janet Espinoza Feria y otras v. Perú (2002) los hechos se pueden resumir como sigue: los peticionarios (el Defensor del Pueblo y la

¹⁸⁹ Ibid., párr. 241 – 243

¹⁹⁰ Ibid., párr. 254.

¹⁹¹ CIDH, caso Janet Espinoza Feria y otras v. Perú, petición N° 12.404, Informe N° 51/02, 10 de octubre de 2002.

¹⁹² CIDH, caso María Merciadri de Morini v. Argentina, caso N° 11.307, Informe N° 103/11, 11 de octubre de 2001.

Coordinadora General del Movimiento Manuela Ramos) denunciaron al Estado de Perú por incumplir la ley de cuotas durante el proceso electoral del año 2001. Esto, porque mediante una resolución se dispuso un número inferior de candidatas para las listas electorales en los distritos de Callao, Ica y La Libertad. Los peticionarios afirmaron que no se respetó la medida de acción afirmativa establecida para promover la participación y el acceso de la mujer en los procesos electorales.

El Estado peruano, por su parte, afirmó que la ley impugnada no es una acción afirmativa a favor de las mujeres, sino una disposición en contra del predominio exclusivo de uno u otro sexo en las listas parlamentarias. Esto porque en caso contrario, se estaría discriminando a los hombres¹⁹³.

Con fecha 10 de octubre de 2002, mediante el informe de admisibilidad N° 51/02, la CIDH declaró admisible la petición por estimar eventuales violaciones a los artículos 1(1), 23 y 24 de la CADH¹⁹⁴. Sin embargo, la resolución sobre el fondo del asunto no ha sido emitida, lo cual es lamentable pues este caso es de especial interés para la materia toda vez que la CIDH deberá determinar si efectivamente nos encontramos ante una medida de acción afirmativa.

A este respecto, considero que el argumento de Perú sobre la equiparación de la acción afirmativa en beneficio de las mujeres con una discriminación en perjuicio de los hombres, es contrario a la jurisprudencia que tanto la Corte IDH como la CIDH han sentado, y por tanto no tendrá acogida. La Corte IDH ha reconocido, acerca de las inquietudes planteadas por los Estados respecto de la discriminación hacia personas que no forman parte del grupo beneficiado con la medida de acción positiva, que dicho argumento es improcedente toda vez que es un principio establecido en el derecho

¹⁹³ Op. cit., CIDH, Informe N° 51/02, párr. 29.

¹⁹⁴ Ibid., parr. 57.

internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no constituiría discriminación¹⁹⁵. Por otro lado, no estamos frente a un caso de impugnación de una medida de acción afirmativa que utiliza una categoría sospechosa a su favor, sino un caso en el cual una medida de acción positiva previamente establecida en la ley no se aplicó, y en consecuencia podría ser catalogada como una situación de discriminación directa¹⁹⁶.

En el caso *María Merciadri de Morini v. Argentina* los hechos son los siguientes: la peticionaria, Sra. María Merciadri de Morini, denunció a Argentina por infracción de la ley de cuotas que aseguraba un mínimo de 30% de los cargos electivos de las listas de los partidos políticos para ser cubierto por mujeres.

En este caso, Argentina respondió con la voluntad de enmendar el asunto, suscribiéndose así un acuerdo solución amistosa entre las partes¹⁹⁷, para lo cual el Estado argentino propuso la dictación de un decreto que reglamentara la ley N° 24.012 –ley de Cupo– y derogara el antiguo reglamento. Por esta vía, el Estado interpelado entiende que *“contribuye a garantizar de manera concreta y eficaz la participación efectiva de las mujeres en las listas de candidatos/as a cargos electivos nacionales, afianzando los derechos reconocidos en la ley 24.012 así como en el artículo 37 de la Constitución Nacional y en las normas concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos de los que la República Argentina es parte”*¹⁹⁸. El Estado recalcó, además, que la finalidad de la ley de Cupos es lograr la integración efectiva de las mujeres en la actividad política, evitando la exclusión en las listas de candidatos.

¹⁹⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblo de Saramaka v. Surinam*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C. No. 172.

¹⁹⁶ Cfr. CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68 (2007)

¹⁹⁷ CIDH, caso *María Merciadri de Mourini v. Argentina*, op. cit., párr. 12.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 12.3.

La aprobación del acuerdo de solución amistosa muestra que la CIDH acogió de buena manera las consideraciones esgrimidas por las partes, ya que tal procedimiento solo puede ser homologado por la CIDH cuando el acuerdo se funda en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la CADH, de conformidad con los artículos 48.1(f) y 49 de la misma Convención.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, a diferencia de la CIDH, no se ha referido a la justificación, alcance o eventual fuerza vinculante de las medidas de acción afirmativa. Esto resulta llamativo si consideramos que el continente americano presenta uno de los índices más alto de inequidad en materia de inclusión social, política y económica¹⁹⁹.

No obstante lo anterior, a continuación revisaré aquellas opiniones consultivas y sentencias que han abordado el derecho a la igualdad, en torno a la violación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH²⁰⁰. Tanto las opiniones consultivas como los casos contenciosos serán analizados de forma cronológica, a efectos de evidenciar la evolución de los criterios adoptados por la Corte IDH.

¹⁹⁹ AMARANTE, Verónica, ARIM, Rodrigo (Ed.), *Desigualdad e informalidad: Un análisis de cinco experiencias latinoamericanas*, Editorial CEPAL (2015), p. 13: “El imperativo de la igualdad constituye una temática siempre vigente en América Latina, apuntalada por la persistencia de altos niveles de desigualdad en las estructuras sociales y económicas de la región”.

²⁰⁰ Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 1. Obligación de respetar los derechos: 1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Igualdad ante la ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

2.1. Opiniones consultivas

Una de las primeras opiniones consultivas solicitadas a la Corte IDH permitió que ésta se abocara al análisis del principio de igualdad. El año 1984 la Corte IDH respondió a la consulta de Costa Rica acerca de la compatibilidad con la CADH de una reforma a sus disposiciones constitucionales sobre naturalización²⁰¹. El proyecto sometido a consulta introducía las siguientes modificaciones. Primero, disponía que una mujer extranjera podía adquirir la nacionalidad costarricense al casarse con un nacional, pero a consecuencia de ello, perdía la propia. Luego, modificaba el tiempo de residencia necesario para la naturalización de centroamericanos, españoles e iberoamericanos; y finalmente, imponía a los aspirantes a naturalización aprobar una evaluación relativa al conocimiento de la historia, valores nacionales e idioma de Costa Rica. Entre los preceptos con los cuales la Corte IDH examinó la mencionada propuesta, se encontraba el artículo 24 de la CADH.

Para revisar la propuesta de reforma constitucional de Costa Rica, la Corte IDH revisó el fin de la norma, el carácter objetivo de la distinción y la relación de proporcionalidad entre ella y el objetivo perseguido. Así, en cuanto a las exigencias relativas al tiempo de residencia y el dominio de idioma e historia de la nación costarricense, sostuvo que éstas no vulneraban el derecho a la igualdad. Tratándose de la pérdida de nacionalidad de una extranjera que se casa con un costarricense, la Corte IDH sostuvo que la disparidad de tratamiento entre hombres y mujeres descansa en ideas tradicionales acerca de sus roles y capacidades, lo cual no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges para la obtención de nacionalidad costarricense²⁰². Finalmente, la Corte IDH resaltó que no toda

²⁰¹ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC – 4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56 – 57.

²⁰² *Ibid.*, párr. 67.

diferencia de trato equivale a discriminación ni es atentatoria de la dignidad humana, subrayando la necesidad de tener en cuenta la particular realidad que viven ciertos grupos de personas, puesto que en su virtud una práctica o norma de general aplicación y revestida de aparente neutralidad, puede suscitar sobre ellos un impacto agravado²⁰³.

El año 1989 la CIDH sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre los artículos 46.1.a y 46.2 de la CADH, planteando la siguiente pregunta: *¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente que, debido a circunstancias económicas, no es capaz de hacer uso de los recursos jurídicos en el país?*²⁰⁴ En esta ocasión, la Corte IDH realizó una interpretación conjunta de las cláusulas de igualdad contenidas en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, afirmando que ciertas personas se encuentran *de facto* en una situación de notable desventaja socioeconómica, lo cual impide aplicar la norma de la misma manera que al resto²⁰⁵. Al respecto, resulta pertinente destacar que la Corte IDH revisó el respeto y garantía del derecho de igualdad a la luz de las reales condiciones del destinatario de protección, contextualizando la operatividad del derecho de igualdad a las disímiles realidades existentes.

Posteriormente, el año 1999, la Corte IDH volvió a constatar que ante condiciones de desigualdad real y particularidades de ciertos grupos, éstas deben ser sopesadas para dar cumplimiento a la obligación de garantizar igualitariamente los derechos consagrados en la CADH. En la Opinión Consultiva 16/99 acerca del Derecho a la Información Sobre Asistencia

²⁰³ Ibid., párr. 16

²⁰⁴ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos*. Opinión Consultiva OC – 11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A, No. 11.

²⁰⁵ Ibid., párrs. 20 – 31.

Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal²⁰⁶, con motivo de la consulta que formulare México respecto de las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, y en particular en cuanto a la vigencia y exigibilidad del derecho a asistencia consular de un extranjero acusado de cometer un delito castigado con dicha penalidad, inquietud fundada en el hecho que Estado Unidos hasta ese momento había sentenciado a muerte a varios nacionales mexicanos, sin haberles comunicado previamente que podían requerir asistencia a las autoridades consulares mexicanas, la Corte IDH analizó la relación entre la información sobre asistencia consular, las garantías del debido proceso y el principio de igualdad:

*“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver **los factores de desigualdad real** de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. **La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias** que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. **Si no existieran esos medios de compensación (...) difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas**”²⁰⁷.*

La Corte IDH sostuvo que para garantizar un auténtico acceso a la justicia y un debido proceso a todas las personas, es preciso atender a la realidad de quien ha sido inculcado. En este sentido, la Corte IDH aborda el

²⁰⁶ Corte IDH, *El Derecho a la Información Sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC – 16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16.

²⁰⁷ *Ibid.*, párr. 119. (Énfasis agregado)

problema contextualizando el significado de la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos, con las condiciones fácticas de vida de un determinado grupo de la población, como son los extranjeros.

El año 2002 la CIDH solicitó a la Corte IDH que interpretara los artículos 8 y 25 de la CADH, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños²⁰⁸. En respuesta a esta petición, la Corte IDH dictó la Opinión Consultiva 17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños. En ésta, la Corte IDH sostuvo que las diferencias de trato entre menores y mayores de edad son funcionales al objetivo de permitir el pleno ejercicio de los derechos del niño en condiciones de igualdad, y por lo tanto no entrañan discriminación²⁰⁹.

La Corte IDH afirmó que “la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia (...) En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”²¹⁰. Sin embargo, las medidas especiales a que se refiere no son aquellas destinadas únicamente a satisfacer la consecución del principio de igualdad; sino que las caracteriza como la concreción de la obligación del Estado de garantizar, de hecho, los derechos y libertades de las personas.

Posteriormente, el año 2003 en la Opinión Consultiva 18/2003, solicitada por México, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes

²⁰⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos de los niños*. Opinión Consultiva OC – 17/2002 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17, párr. 1.

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 55.

²¹⁰ *Ibid.*, párrs. 60 – 61.

Indocumentados, la Corte IDH se refirió al principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de los trabajadores migrantes.

En esta ocasión, la Corte IDH insistió que una distinción en el trato objetiva y razonable no constituye discriminación. Luego, examinó las condiciones de vida de los migrantes indocumentados, estimando que este grupo de personas se encuentra en una situación de vulnerabilidad²¹¹. La Corte IDH sostuvo que la situación de los migrantes, como grupo vulnerable, se relaciona a un contexto histórico determinado que es distinto en cada país y que se mantiene a nivel normativo y fáctico²¹². Ante esto, admitió la pertinencia y validez de ciertas distinciones en el trato, así como la obligatoriedad en la adopción de medidas positivas tendientes a revertir situaciones de discriminación.

Resulta relevante para el presente análisis, mencionar el voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade, quien señalare la importancia de eliminar la *estructura social discriminatoria*:

“(...) hay que ir más allá, por cuanto difícilmente la discriminación ocurre con base en un único elemento (v.g., raza, origen nacional o social, religión, sexo, entre otros), siendo antes una mezcla compleja de varios de ellos (y incluso habiendo casos de discriminación de jure). Además, cuando las cláusulas de no-discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un elenco de las referidas bases ilegítimas, lo que realmente pretenden con esto es

²¹¹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC – 18/2003 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, p. 2

²¹² “*Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)*”. Corte IDH, OC – 18/2003, p. 119.

eliminar toda una estructura social discriminatoria, teniendo en vista los distintos elementos componentes²¹³.

2.2. Casos contenciosos

La primera vez que la Corte IDH hizo alusión en un caso contencioso al principio de igualdad y prohibición de discriminación, conjugando los artículos 1.1 y 24 de la CADH, fue en el caso *Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*²¹⁴. Sin embargo, en vista del reconocimiento de la responsabilidad internacional efectuado por Guatemala, la Corte IDH no desarrolló las consideraciones que la llevaron a coincidir con la CIDH en una vulneración al derecho a la igualdad. Lo mismo ocurrió en el caso de la *Comunidad Moiwana v. Surinam*²¹⁵, ocasión en la cual la Corte IDH se refirió someramente a la prohibición de discriminación.

Luego, en el caso *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*²¹⁶, la Corte IDH se acercó a la revisión de las cláusulas de igualdad contenidas en la CADH, señalando que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en dicha Convención, los Estados deben tomar en consideración las

²¹³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC – 18/2003 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, p. 25. (Énfasis agregado)

²¹⁴ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. No. 105.

²¹⁵ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. No. 124.

²¹⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125. Los hechos son los siguientes: la Comunidad Yayke Axa es una comunidad indígena perteneciente al pueblo Lengua Enxet Sur, que, junto a otros pueblos, ocupan ancestralmente el Chaco paraguayo. Sin embargo, desde el año 1993 se encontraría en tramitación una solicitud de reivindicación territorial de la citada comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. Lo anterior ha significado la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la comunidad y la integridad de la misma.

características propias que diferencian a un determinado grupo de la población. Sin embargo, en este caso la CIDH no esgrimió una violación de los artículos 1.1. y 24 de la CADH, ni la Corte IDH se valió del principio *iura novit cura* para conocer de dicha posible infracción, de modo que la conexión entre la vulneración de los artículos 8, 21 y 25, y la discriminación estructural de los pueblos indígenas no tuvo mayor desarrollo.

Solo al conocer el Caso YATAMA v. Nicaragua²¹⁷, la Corte IDH abordó el análisis del principio de igualdad, declarando la violación del artículo 24 de la CADH a causa de una restricción ilegítima de los derechos políticos de las comunidades indígenas en Nicaragua. Los hechos del caso son los siguientes: los representantes de la organización etnopolítica YATAMA fueron excluidos de las elecciones municipales como consecuencia de la entrada en vigencia de una ley que, para efectos de optar al sufragio de los electores, imponía constituirse como partido político e inscribir candidatos al menos en el 80% de los municipios y respecto del 80% del total de las candidaturas. Aun cuando YATAMA cumplió con la exigencia de constituirse como partido político, no pudo inscribir candidatos en al menos 80% de los municipios, por lo que finalmente quedaron al margen del proceso electoral llevado a cabo en noviembre del año 2000.

En el caso en comento, la Corte IDH confirmó el avance jurisprudencial alcanzado en su Opinión Consultiva 18/2003 en la cual reafirmó el carácter de *ius cogens* del principio de la igualdad y no discriminación, y señaló que:

“(...) los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y

²¹⁷ Corte IDH, *Caso YATAMA v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. No. 127.

*establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas*²¹⁸.

Luego, siguiendo las opiniones consultivas 17/2002, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos de los niños y 18/2003, sobre Condición Jurídica y Derechos de los migrantes, la Corte IDH señaló que en aras de alcanzar la igualdad en el goce de derechos políticos, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales²¹⁹. De esta manera, la Corte IDH manifestó la importancia de observar el principio de igualdad brindando un trato acorde a las características particulares de cada grupo, las cuales no pueden ser soslayadas.

Por otro lado, la Corte IDH sostuvo que “*es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable*”²²⁰. De ese modo, no resultaba razonable pretender que la comunidad indígena representada por YATAMA podía concitar apoyo en casi todos los municipios; en consecuencia, el Estado debió poner a disposición de las comunidades indígenas mecanismos alternativos o facilidades para resguardar su derecho a participar en el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales²²¹.

En definitiva, a la luz de las consideraciones expuestas, la Corte IDH concluyó que los miembros de la comunidad indígena representados por

²¹⁸ Ibid., párr. 184 – 185.

²¹⁹ Ibid., párr. 201.

²²⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op.cit., párr. 89; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, op. cit., párr. 46; y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, op. cit., párr. 56.

²²¹ Op. cit., párrs. 215 – 218

YATAMA fueron víctimas de discriminación y declaró violado el artículo 23, conjuntamente con el artículo 24 de la CADH²²².

No obstante la notable evolución jurisprudencial de la Corte IDH en materia de principio de igualdad y no discriminación hasta ese momento, en el caso *Acosta Calderón v. Ecuador*²²³ la Corte IDH dejó de seguir el criterio que la orientó en el caso *YATAMA v. Nicaragua*, sentencia adoptada un día antes. Los hechos del caso son los siguientes: el Sr. Acosta Calderón, de nacionalidad colombiana, fue arrestado el 15 de noviembre de 1989 por la Policía Militar de Aduana bajo sospecha de tráfico de drogas. La declaración del Sr. Acosta Calderón no fue recibida por un juez hasta dos años después de su detención, no fue notificado de su derecho de asistencia consular, estuvo en prisión preventiva durante cinco años y un mes, fue condenado el 8 de diciembre de 1994 sin que en algún momento aparecieran las presuntas drogas, y fue dejado en libertad el 29 de julio de 1996 por haber cumplido parte de su condena mientras se encontraba en prisión preventiva.

La CIDH en su demanda sostuvo que el Estado violó el artículo 24 de la CADH, debido al trato discriminatorio en contra del Sr. Acosta Calderón como persona acusada de violaciones a la ley sobre narcotráfico conforme al artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano²²⁴. Sin embargo, la Corte IDH en su

²²² No deja de ser llamativo que la Corte IDH declarara violado el artículo 23, en conjunción con el artículo 24 de la CADH, pues existiendo una cláusula de igualdad subordinada en la CADH, consagrado en el artículo 1.1, debió ser ésta la que se conjugara con la del artículo 23 del mismo instrumento. Cfr. RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. *Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano*. En: MEJÍA R., Joaquín (Coord.) *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Editorial Casa San Ignacio, Tegucigalpa (2012).

²²³ Corte IDH, *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C. No. 129.

²²⁴ El artículo 114 *bis* del Código Penal de Ecuador establecía beneficios a las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento, de apertura al plenario o sentencia por un determinado tiempo en relación a la pena máxima establecida en el Código Penal para el delito por el cual estuvieren encausadas. Sin embargo, el inciso final del

razonamiento se refirió únicamente a la vulneración del artículo 2 de la CADH por cuanto Ecuador no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitieran hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención²²⁵.

Al respecto, el juez Antônio A. Cançado Trindade en su voto razonado dejó constancia de su razonamiento distinto al de la Corte IDH en relación a una vulneración del artículo 24 de la CADH, principalmente a la luz del valor de la evolución jurisprudencial de la Corte IDH:

“Teniendo presente el desarrollo jurisprudencial de la Corte, del caso Suárez Rosero²²⁶ hasta el presente caso Acosta Calderón (Opinión Consultiva n. 18 y caso Yatama, supra párrs. 3 y 4), no veo cómo dejar de establecer en la presente Sentencia que el referido artículo 114 bis, in fine, del Código Penal ecuatoriano, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso Acosta Calderón (abarcando el período en que estaba detenido), incurrió en violación del artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en combinación con el artículo 24 (derecho a la igualdad ante la ley), de la Convención Americana”²²⁷

Así, el juez Cançado Trindade se apartó, en ese punto, del razonamiento de la Corte IDH por no haber sido consistente con su propia evolución

citado artículo contenía una excepción a dicho derecho, excluyendo a quienes eran juzgados por delitos establecidos en la Ley de Sustancias Estupeficientes y Sicotrópicas.

²²⁵ Corte IDH, *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C. No. 129. Op. cit., párr. 138.

²²⁶ El caso Suárez Rosero v. Ecuador data del año 1997. En dicha ocasión, la CIDH solicitó a la Corte IDH declarar que la Ley 04 que ordenaba un juicio oportuno o la liberación, excluyendo de dicho beneficio a las personas acusadas bajo la Ley Sobre Sustancias Estupeficientes y Sicotrópicas, contraviene el artículo 2 de la CADH. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que dicha excepción despojaba a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesionaba intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados.

²²⁷ Corte IDH, *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C. No. 129. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 6.

jurisprudencial reciente. Sostuvo que el criterio que orientó la sentencia del caso YATAMA v. Nicaragua en una materia tan relevante como el principio del *ius cogens* de igualdad y no discriminación, no puede ser eludido en circunstancia alguna por la Corte IDH.

Poco tiempo después, en el caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana²²⁸, la Corte IDH volvería a declarar la vulneración del derecho a la igualdad, ésta vez recogiendo los argumentos vertidos tanto en el caso YATAMA v. Nicaragua como en la Opinión Consultiva 18/2003, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Los hechos del caso son los siguientes: el Estado de República Dominicana se negó a emitir las actas de nacimiento a favor de las menores Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi a través de las autoridades del Registro Civil, con motivo de la aplicación de requisitos diferentes a los contemplados para menores de 13 años nacidos en el territorio del Estado, aun cuando ambas se encontraban bajo el supuesto de hecho de la norma aplicable. En efecto, al momento de requerir la respectiva inscripción, una de ellas tenía 10 meses de vida, y la otra tenía 12 años de edad. Esta denegación en la emisión del acta de nacimiento significó para ambas niñas la condición de apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos.

La Corte IDH sostuvo que el trato diferenciado a las niñas Yean y Bosico no obedeció a ninguna justificación objetiva o razonable, puesto que ellas cumplían con las condiciones para obtener la nacionalidad dominicana; en consecuencia, el Estado actuó de forma arbitraria y de forma contraria al interés superior del niño, lo cual constituyó un trato discriminatorio en perjuicio de las

²²⁸ Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C. No. 130.

niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico²²⁹. De otro lado, en este caso la Corte IDH nuevamente contextualizó los hechos denunciados con la realidad desventajada de un determinado grupo, como es la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la que pertenecían las víctimas²³⁰.

En tal orden de ideas, la Corte IDH sostuvo que en base al principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos²³¹. Así, la Corte IDH declaró violados los artículos 20 y 24 de la CADH, en relación a los artículos 19 y 1.1 de la misma convención.

Posteriormente, el año 2006, la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado en el caso *López Álvarez v. Honduras*²³², con motivo de la transgresión, entre otros, del derecho a la igualdad ante la ley en perjuicio de una persona perteneciente a una comunidad indígena. Los hechos del caso son los siguientes: Alfredo López Álvarez, miembro de una comunidad Garífuna hondureña, fue acusado de posesión y tráfico de estupefacientes, por lo que fue recluido en el Centro Penal de Tela. En dicho recinto penitenciario, las autoridades prohibieron utilizar la lengua garífuna, impidiendo a las personas recluidas comunicarse en ese idioma entre ellos y con las personas que los visitaban.

Al respecto, la Corte IDH señaló que el principio de derecho de protección igualitaria ante la ley y no discriminación determina que los Estados

²²⁹ Ibid., párr. 166.

²³⁰ Ibid., párr. 167.

²³¹ Ibid., párr. 141.

²³² Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141.

deben abstenerse de dictar regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de la población. Además, como en los casos YATAMA y niñas Yean y Bosico, la Corte IDH sostuvo que los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley²³³. Ello requiere tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos²³⁴.

Resulta interesante destacar que la Corte IDH reconoció una vulneración del principio de igualdad y no discriminación más allá de la esfera individual, considerando la pertenencia de la víctima a un determinado grupo. En efecto, la Corte IDH concluyó que *“la restricción al ejercicio de la libertad de hablar garífuna aplicada a algunos reclusos del Centro Penal de Tela, fue discriminatoria en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, como miembro de la comunidad garífuna”*²³⁵.

Luego, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay²³⁶ los hechos fueron los siguientes: la Comunidad indígena Sawhoyamaxa luchaba por la reivindicación de sus tierras ancestrales inscritas bajo dominio privado hace mucho tiempo. La comunidad vivía en condiciones de extrema precariedad, a la orilla de una carretera nacional, sin agua potable, alimentos, acceso a la salud, ni el reconocimiento de la personalidad jurídica. El lugar que habitaban no era apto para el cultivo y el desarrollo de sus actividades tradicionales, por lo que debían emplearse como asalariados, obligados a asumir condiciones de vida ajenas a las de su cultura.

²³³ Ibid., párr. 170.

²³⁴ Cfr. *Caso Comunidad indígena Yakyé Axa v. Paraguay*, op. cit., párr. 51.

²³⁵ Op. cit., párr. 172 (Énfasis agregado).

²³⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Ante esto, la Corte IDH en sus consideraciones previas se aproximó al derecho consagrado en el artículo 24 de la CADH, como lo hizo en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa. En efecto, sostuvo que al tratarse de un caso sobre derechos de los miembros de una comunidad indígena, resultaba oportuno recordar que de conformidad a los artículos 24 y 1.1 de la CADH, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas, tomando en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. Además, respecto al tratamiento y las medidas particulares que el Estado debía implementar en relación al derecho a la vida de los integrantes de la comunidad Sawhoyamaya, la Corte IDH sostuvo que éstas diferían por su carácter de urgencia de aquellas que el Estado debía adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general²³⁷.

De otro lado, respecto a la violación del derecho a la personalidad jurídica, artículo 3 de la CADH²³⁸, la Corte IDH sostuvo que esta situación agravaba la condición de vulnerabilidad que sufría la comunidad, al despojarla de la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones. Por ello, la Corte IDH enfatizó la obligación del Estado de “*garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley*”²³⁹.

No obstante las consideraciones acerca del principio de igualdad, la Corte IDH no declaró la violación del derecho de igualdad y no discriminación

²³⁷ Ibid., párr. 173.

²³⁸ Si bien la CIDH y los representantes no alegaron la violación del artículo 3 de la CADH, la Corte IDH estudió una posible vulneración de dicha norma fundándose en el principio *iura novit curia*. Ibid., párr. 186.

²³⁹ Ibid., párr. 189.

en perjuicio de los integrantes de la comunidad Sawhoyamaxa, perdiéndose las apreciaciones recién descritas entre otros derechos convencionales vulnerados.

Lo mismo ocurrió en el caso *Ximenes Lopes v. Brasil*²⁴⁰, cuyos hechos son los siguientes: la presunta víctima, Sr. Damião Ximenes Lopes, fue internada el 1 de octubre de 1999 para recibir tratamiento psiquiátrico en una casa de reposo, la cual era un centro de atención psiquiátrica privado, que operaba dentro del marco del sistema público de salud del Brasil. La presunta víctima, quien padecía de una discapacidad mental, habría sufrido condiciones inhumanas y degradantes durante su hospitalización, con golpes y ataques contra la integridad personal por parte de los funcionarios de una casa de reposo. El señor Ximenes Lopes falleció el 4 de octubre de 1999 en dicha casa de reposo. Al momento de la denuncia, tras seis años de investigaciones y un procesal penal, aun no se obtenían resultados satisfactorios.

La Corte IDH solo se refirió a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación previo al análisis de fondo, al referirse a la especial atención que los Estado deben a las personas que sufren de discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad²⁴¹. Al respecto, la Corte IDH hizo presente que existen determinados grupos de personas que viven en circunstancias adversas, y que esa situación de vulnerabilidad los hace titulares de una protección especial por parte del Estado. Resulta interesante, además, la relación que afirma la Corte IDH existe entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y exclusión social, por otro.

Sin embargo, al igual que en el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa, la Corte IDH no llegó a afirmar la vulneración del artículo 1.1 de la CADH como cláusula subordinada de no discriminación, ni del artículo 24 de la CADH. Esto motivó la crítica del juez Cançado Trindade, quien sostuvo que:

²⁴⁰ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149.

²⁴¹ *Ibid.*, párrs. 101 – 111.

“(…) las personas portadoras de deficiencias (más de 600 millones de personas, o sea, aproximadamente el 10% de la población mundial) integran estos segmentos más vulnerables de la población, y con relación a ellas el principio básico de la igualdad y la no discriminación asume trascendental importancia (…) Sin embargo, en la presente Sentencia, la Corte se refiere a él de un modo, en mi opinión, sólo oblicuo e insatisfactorio (par. 105), cuando, en su propia jurisprudencia, hay elementos preciosos que podrían haber fortalecido su fundamentación”²⁴².

Tiempo después, la Corte IDH volvería a conocer un caso contra Surinam, de características muy similares al caso de la comunidad Moiwana. En este caso²⁴³, el pueblo Saramaka reclamó el reconocimiento de la tenencia de sus tierras ancestrales, lo que conforme a sus usos y costumbres, suponía una posesión comunal de la tierra y el aprovechamiento de los recursos naturales que ella proveía. Sin embargo, el Estado se negaba a reconocer el ejercicio del derecho de propiedad, y les otorgaba únicamente un privilegio para el uso y goce del territorio. Además, solo los miembros de forma individual podían requerir permiso estatal para el uso de la tierra, pues la comunidad tribal, en tanto entidad colectiva, no contaba con personalidad jurídica.

Para abordar esta problemática, la Corte IDH comenzó por reconocer la existencia de rasgos sociales, culturales y económicos distintivos de esta comunidad, frente al resto de la sociedad. A partir de dicho reconocimiento, la Corte IDH aduciendo su propia jurisprudencia en el caso Moiwana v. Surinam, sostuvo que el pueblo Saramaka requería *medidas especiales* conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar su

²⁴² Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C. No. 149. Voto Separado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 43.

²⁴³ Corte IDH, *Caso Pueblo de Saramaka v. Surinam*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C. No. 172.

supervivencia física y cultural²⁴⁴. Cabe mencionar que la Corte IDH ha utilizado, en este y otros casos sobre derechos de los pueblos indígenas, la noción de *medidas especiales* para referirse a las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar un efectivo goce de los derechos convencionales, y no al subgénero de medidas de carácter temporal destinadas a alcanzar la igualdad *de facto* de un determinado grupo, denominadas medidas de acción afirmativa.

Por otro lado, resulta relevante mencionar que en el presente caso la Corte IDH se hizo cargo de las inquietudes planteadas por el Estado respecto de la discriminación hacia personas que no son miembros indígenas o tribales, señalando que:

“(...) es improcedente el argumento del Estado en cuanto a que es discriminatorio aprobar una ley que reconozca las formas comunales de posesión de la tierra. Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida”²⁴⁵.

El año 2008 la Corte IDH se pronunció acerca de la posible violación del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación a propósito de la destitución de tres jueces en el caso Apitz Barbera y otros v. Venezuela²⁴⁶. Los jueces Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera fueron destituidos de sus cargos por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable; mientras que las juezas Evelyn Marrero Ortiz y Luis Estela Morales, quienes también concurrieron al fallo que motivó el procedimiento disciplinario, no corrieron la misma suerte puesto que el órgano

²⁴⁴ Ibid., párr. 86.

²⁴⁵ Ibid., párr. 103.

²⁴⁶ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

disciplinario resolvió no destituirlos en vista que ambos cumplían con los requisitos para su jubilación.

No obstante que la CIDH desestimó argumentar acerca de una eventual vulneración al derecho de igualdad y no discriminación, los representantes de las víctimas invocaron la violación de los artículos 23 y 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Por ello, la Corte IDH decidió conocer al respecto bajo la consideración de tres posibles ámbitos de discriminación: (i) aplicación de la sanción de destitución; (ii) acceso a los cargos públicos; y (iii) aplicación de la ley procesal, a causa del tiempo de tramitación de los recursos de nulidad interpuestos.

Respecto al primer ámbito, el Estado argumentó que la aplicación diferenciada de la sanción disciplinaria era legítima, pues los tres jueces destituidos se encontraban en una situación de hecho distinta a la de las juezas no sancionadas, ya que los primeros no cumplían con los requisitos de jubilación. Por su parte, la Corte IDH sostuvo que lo relevante a efectos del test de igualdad, era determinar si el encontrarse en situación de jubilar constituía o no una justificación *objetiva y razonable*²⁴⁷. En tal orden de ideas, corroboró que los cinco jueces tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria y que el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtúa dicha constatación, pues la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas. En consecuencia, los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados frente al proceso disciplinario²⁴⁸.

Sin embargo, tras toda esta argumentación, la Corte IDH sostuvo que no era competente para pronunciarse acerca de la procedencia de la sanción de destitución, y en consecuencia no era posible afirmar que el derecho

²⁴⁷ Ibid., párrs. 197 – 198.

²⁴⁸ Ibid., párr. 200.

consagrado en el artículo 24 de la CADH otorgare a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de las magistradas Marrero y Morales.

Esta determinación de la Corte IDH significó que desechara los otros dos aspectos sobre los que se alegó una transgresión a la prohibición de discriminación. Sin perjuicio de ello, cabe referirse a la delimitación efectuada por la Corte IDH sobre los ámbitos de aplicación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, a propósito de la reclamación de discriminación en la aplicación de la ley procesal:

“Al respecto, la Corte considera que los alegatos del representante no deben analizarse bajo la óptica del artículo 24 convencional, sino bajo la obligación general de no discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención. La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. Dado que los alegatos en el presente caso se refieren a una supuesta discriminación en la garantía judicial de ser oído dentro de un plazo razonable, el asunto debe analizarse bajo los artículos 1.1 y 8.1 de la Convención”²⁴⁹.

²⁴⁹ Ibid., párr. 209.

En el caso *Fernández Ortega y otros v. México*²⁵⁰, la Corte IDH reiteró el razonamiento que permite distinguir la aplicación de la norma contenida en los artículos 1.1 y 24 de la CADH. Los hechos del presente caso ocurrieron en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero, dirigida a reprimir la delincuencia organizada. En el estado de Guerrero gran parte de la población pertenece a comunidades indígenas, las cuales residen en municipios de mucha marginación y pobreza. El 22 de marzo de 2002, un grupo de tres militares se presentó en el domicilio de la Sra. Fernández Ortega, mujer indígena perteneciente a la comunidad me'paa, quienes ingresaron a su casa, la apuntaron con un arma y la violaron en presencia de sus cuatro hijos. Como consecuencia de la denuncia de la Sra. Fernández Ortega, el Ministerio Público del fuero común inició una investigación previa; sin embargo, en mayo del año 2002, cuando se determinó la posible participación de personal militar en los hechos denunciados, la investigación se remitió al fuero militar. Hasta la fecha que la Corte IDH conoció el caso, no se habían concluido las investigaciones.

Respecto al derecho al acceso a la justicia de la Sra. Fernández Ortega, los representantes de las víctimas sostuvieron que se violaron sus derechos a la igualdad y a la no discriminación en el acceso a la justicia, establecidos en los artículos 8 y 25, 24 y 1.1 de la CADH. Sin embargo, la Corte IDH mantuvo el criterio nítidamente expuesto en el caso *Apitz Barbera y otros v. Venezuela*, toda vez que la obligación general del artículo 1.1 de la CADH se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos convencionales, mientras que el artículo 24 de la CADH protege el derecho a “igual protección de la ley”²⁵¹.

²⁵⁰ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

²⁵¹ *Ibid.*, párr. 199.

En la misma línea encontramos el caso Rosendo Cantú y otra v. México²⁵², cuyos hechos son similares al caso Fernández Ortega v. México, ocurridos en el contexto de violencia vivido en el estado de Guerrero. El día 16 de febrero de 2002, la Sra. Rosendo Cantú fue agredida por ocho militares, quienes bajo coacción la interrogaron y abusaron sexualmente de ella. Ahora bien, respecto a la alegación de los representantes de las víctimas y de la CIDH acerca de la discriminación en el acceso a la justicia, la Corte IDH sostuvo:

“(...) si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma. Por ello, la alegada discriminación en el acceso a la justicia derivada de los artículos 8 y 25, debe ser analizada bajo el deber genérico de respetar y garantizar los derechos convencionales sin discriminación, reconocidos por el artículo 1.1 de la Convención”²⁵³.

El año 2010, en el caso comunidad indígena Xákmok Kásek v. Paraguay²⁵⁴ la Corte IDH se pronunció acerca del deber de no discriminar. La comunidad indígena Xákmok Kásek, conformada por 66 familias, se asentaba en la región del Chaco paraguayo. Sin embargo, desde finales del siglo XIX, el Estado paraguayo ha transferido dichas tierras a propietarios privados, lo que ha restringido el desarrollo del modo de vida y actividades tradicionales de subsistencia de la comunidad indígena. El año 2008 la Presidencia de la República paraguaya declaró 12.450 hectáreas de la región del Chaco como un

²⁵² Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

²⁵³ *Ibid.*, párr. 183.

²⁵⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 124.

Área Silvestre Protegida bajo dominio privado, sin consultar a los miembros de la comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial.

En su análisis la Corte IDH afirmó la relevancia del principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación, reconociendo que dicho principio ha ingresado en el dominio del *ius cogens*²⁵⁵. Además, recogió lo señalado por su propia jurisprudencia en lo que respecta a los pueblos indígenas, pues catalogó como *“indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”*²⁵⁶

Por otro lado, la Corte IDH sostuvo que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la comunidad, la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a sus miembros, y la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose con ello su identidad cultural y amenazando su subsistencia física, evidenciaban una discriminación *de facto* en contra de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek²⁵⁷. Lo anterior llevó a la Corte IDH a estimar que el Estado *“no ha adoptado medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad”*²⁵⁸, de conformidad al artículo 1.1 de la CADH, en relación con los derechos convencionales de los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 del mismo instrumento.

²⁵⁵ Ibid., párr. 269.

²⁵⁶ Ibid., párr. 260. Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, op. cit., párr. 63.

²⁵⁷ Ibid., párrs. 273 – 274.

²⁵⁸ Ibid., párr. 275.

Sin embargo, resulta llamativo que nuevamente, a pesar de que la Corte IDH aludió a elementos que permiten argumentar la vulneración al principio de igualdad, no se refiere al artículo 24 de la CADH como cláusula autónoma, sino únicamente al artículo 1.1 de la CADH.

El mismo año, la Corte IDH se pronunció en el caso Vélez Loor v. Panamá, el primer caso contencioso sobre inmigrantes en el continente²⁵⁹. El Sr. Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue arrestado por la policía panameña el 11 de noviembre de 2002 en la provincia fronteriza de Darién por ingresar de forma ilegal al país, y luego fue puesto a disposición de las autoridades de migración. Posteriormente, como resultado de un proceso del que ni siquiera tuvo conocimiento, sin poder defenderse ni ser informado sobre la posibilidad de recibir asistencia del consulado de su país, fue condenado a dos años de prisión por haber infringido la legislación migratoria en reiteradas ocasiones. Jesús Vélez Loor estuvo privado de libertad durante 10 meses para luego ser deportado, gracias a las gestiones del Consulado ecuatoriano al que finalmente logró contactar a través de un teléfono clandestino dentro de la prisión. Durante dicho periodo fue recluido en centros penitenciarios donde vivió en condiciones que contravienen los estándares mínimos en la materia y fue sometido a torturas.

Los representantes sostuvieron que las violaciones cometidas en perjuicio de Jesús Vélez Loor “*se enmarcan dentro de un contexto generalizado de discriminación y criminalización de la migración*”²⁶⁰ y que las violaciones de derechos humanos sufridas por el Sr. Vélez Loor necesariamente deben valorarse a la luz de las obligaciones establecidas en los artículos 24 y 1.1 de la CADH, en virtud de que el Estado no adoptó medidas tendientes a remediar la

²⁵⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218.

²⁶⁰ *Ibid.*, párr. 246.

situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima en su condición de migrante en situación irregular²⁶¹.

Al respecto, la Corte IDH sostuvo que no encontró elementos para dar por probado dicho contexto, pero si se refirió a la vulneración al principio de no discriminación e igual protección a la ley a la luz de su jurisprudencia, reiterando que el principio de igualdad y no discriminación ha ingresado al dominio del *ius cogens* y por consiguiente, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, los Estados si pueden otorgar tratos distintos a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione derechos humanos²⁶².

Por otro lado, respecto a la alegada vulneración del artículo 24 de la CADH, la Corte IDH reiteró la distinción entre dicha norma y el artículo 1.1 de la CADH, que consagra el deber genérico de respetar y garantizar los derechos convencionales sin discriminación. En base a ello, sostuvo que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del Sr. Vélez Loor²⁶³.

El año 2012, la Corte IDH resolvió el caso *Atala Riffo y niñas v. Chile*²⁶⁴. Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R., en contra de Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las niñas. El

²⁶¹ Ibid., párr. 252.

²⁶² Ibid., párr. 248.

²⁶³ Ibid., párr. 254.

²⁶⁴ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 239.

proceso de custodia de las menores fue resuelto por el Juzgado de Menores de Villarrica, el que resolvió otorgar la custodia provisional al padre, por considerar que la demandada al hacer explícita su opción sexual altera la “normalidad” de la vida familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas. Posteriormente, el mismo tribunal rechazó la demanda de tuición señalando que, con base a la prueba existente, la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable. Dicha resolución fue apelada y confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco. Ante esto, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco, el cual fue acogido por la Corte Suprema de Justicia, concediendo la tuición definitiva de las menores al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema chilena indicó que era primordial atender al interés superior del niño.

En el presente caso, la Corte IDH de manera sistemática se propuso resolver cuatro asuntos: (i) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; (ii) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH; (iii) si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y (iv) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación²⁶⁵.

Respecto al primer punto, la Corte IDH hizo alusión a la importancia del artículo 1.1 de la CADH como norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas “sin discriminación alguna”²⁶⁶. Reiteró que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental

²⁶⁵ Ibid., párrs. 77 – 146.

²⁶⁶ Ibid., párr. 78.

de igualdad y no discriminación ha ingresado al *ius cogens*, que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure* o *de facto*²⁶⁷ y que están obligados adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas²⁶⁸.

Respecto al segundo punto, la primera observación de la Corte IDH fue que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales²⁶⁹. En ese sentido, la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la CADH ha de interpretarse eligiendo la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, la Corte IDH citando al TEDH, el CDH y el Comité DESC, concluyó que un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual, pues ello violaría el artículo 1.1 de la CADH²⁷⁰.

En relación al tercer punto analizado, la Corte IDH sostuvo que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada fundamental y únicamente en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto

²⁶⁷ Esta distinción ha sido reiterada por la Corte tanto en opiniones consultivas como en casos contenciosos. A saber, Opinión Consultiva OC – 18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En casos contenciosos, Corte IDH, *caso comunidad indígena Xákmok Kaser vs. Paraguay*, Sentencia (Fondo, reparaciones y costas) de 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214.

²⁶⁸ Op. cit., párr. 80.

²⁶⁹ Ibid., párr. 83.

²⁷⁰ Ibid., párr. 93.

grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión. Para ello, fue necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales²⁷¹.

En efecto, los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de Chile y el Juzgado de Menores de Villarrica²⁷² muestran un vínculo entre la decisión y el hecho que la Sra. Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que se otorgó una relevancia significativa a su orientación sexual; en consecuencia, la Corte IDH concluyó que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría.

Luego, en relación al último punto analizado, la Corte IDH se avocó a determinar si dichas diferencias de trato constituyeron discriminación. Para ello analizó la justificación que hizo el Estado para efectuarlas, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre. Al respecto, la Corte IDH concluyó que si bien la Corte Suprema de Justicia y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en tales decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la Sra. Atala con su

²⁷¹ Ibid., párr. 94 – 95.

²⁷² La Corte IDH constató que la Corte Suprema de Justicia invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional de las niñas desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual; ii) la eventual confusión de roles sexuales que podía producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino; iii) el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la Sra. Atala a los de las menores de edad al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual. El Juzgado de Menores de Villarrica, por su parte, utilizó como fundamentos: i) que la Sra. Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas, y ii) que en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas. Ibid., párrs. 97 – 98.

pareja afectara de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, lo cual constituye un trato discriminatorio en contra de la señora Atala²⁷³.

Por las consideraciones expuestas, la Corte IDH declaró que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma convención, en perjuicio de doña Karen Atala Riffo. Adicionalmente, la Corte IDH estimó que al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales; en consecuencia, concluyó que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH, en perjuicio de las niñas M., V. y R.

En el mes de noviembre del mismo año, la Corte IDH se pronunció en el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*²⁷⁴. Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación de un decreto ejecutivo que autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho decreto, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el mentado decreto ejecutivo. Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales

²⁷³ Ibid., parr. 146.

²⁷⁴ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C. No. 257.

recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Corte Suprema, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

La Corte IDH analizó la presunta justificación de la injerencia que efectuó el Estado en relación con el ejercicio de los derechos a la integridad, libertad personal y a la vida privada y familiar. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en la ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad²⁷⁵. Por ello, la Corte IDH ponderó la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso, así como el impacto desproporcionado en relación con la discapacidad, el género y la situación socioeconómica.

En dicho análisis la Corte IDH sostuvo que las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos, toda vez que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en dicho país a este tratamiento para tener hijos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

²⁷⁵ Ibid., párr. 273.

En base a una nutrida jurisprudencia de órganos internacionales²⁷⁶, la Corte IDH sostuvo que cuando una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas, nos encontramos ante una discriminación indirecta²⁷⁷. En efecto, es posible que en determinadas normas no podamos identificar la intención de discriminar, y no obstante ello, exista un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique dicha norma. Este fenómeno fue identificado por la Corte IDH en relación a la condición de discapacidad, el género y la situación económica de los afectados con la norma que prohibió la FIV, toda vez que las personas que sufren de infertilidad son un grupo vulnerable que merece una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva²⁷⁸. Así, la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo de Costa Rica produjo un impacto desproporcionadamente perjudicial para un grupo determinado, y por tanto, se trataría de una discriminación indirecta.

A mayor abundamiento, la Corte IDH señaló que no basta que el Estado tenga una actitud pasiva frente a los derechos humanos, sino que “*es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho (...) es necesario*

²⁷⁶ Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Observación General 18: No discriminación*; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Comunicación No. 31/2003, L.R. et al. v. Eslovaquia*, 7 de marzo de 2005, párr. 10.4; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 25*, referente a medidas especiales de carácter temporal (2004), párr. 1; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC), 2 de julio de 2009.

²⁷⁷ *Ibid.*, párr. 286.

²⁷⁸ *Ibid.*, párr. 293.

*que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras*²⁷⁹.

No obstante lo anterior, la Corte IDH sostuvo que en base a la diferente aplicación de los artículos 24 y 1.1 de la CADH²⁸⁰, los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se relacionan con la protección del derecho a la vida privada y familiar, y el derecho de fundar una familia, y no de la aplicación o interpretación de una determinada ley interna que regule la FIV; en consecuencia, declaró la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1, y no del artículo 24, todos de la CADH.

El 19 de mayo de 2014, la Corte IDH dictó sentencia en el caso *Veliz Franco y otros v. Guatemala*²⁸¹, ocasión en la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado. Los hechos del caso son los siguientes: el 17 de diciembre del año 2001, a las 16:00 horas, Rosa Elvira Franco Sandoval denunció ante la Policía Nacional Civil la desaparición de su hija, María Isabel Veliz Franco, de 15 años de edad. Un día más tarde, a partir de una llamada anónima, se encontró un cadáver. El mismo día la Sra. Franco Sandoval acudió a la morgue e identificó el cuerpo de su hija, quien había fallecido a causa de un trauma de cráneo producido por un arma blanca. Hasta la fecha de la sentencia de la Corte IDH, la investigación de estos hechos no había concluido.

Los representantes y la CIDH alegaron que las irregularidades en la investigación cursada para el esclarecimiento de los hechos ocurridos a María Isabel Veliz Franco, constituyen una violación de las obligaciones derivadas de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación

²⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 292.

²⁸⁰ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros v. Venezuela*; *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*.

²⁸¹ Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C. No. 277.

con los artículos 24 y 1.1 de la misma, así como con el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

Al respecto, la Corte IDH reiteró su vasta jurisprudencia en la materia, arguyendo que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, y que éste último es parte del *ius cogens*²⁸². Afirmó que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure o de facto*²⁸³.

Finalmente, la Corte IDH, refiriéndose a los artículos 1.1 y 24 de la CADH, reiteró la distinción en el ámbito de aplicación de dichas normas. Sin embargo, sostuvo que los hechos del presente caso comprendían ambas modalidades de discriminación y por lo tanto no se hacía necesario realizar una distinción, por lo cual la Corte IDH consideró que se había violado tanto el derecho a la igual protección de la ley (artículo 24) como el deber de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la CADH (artículo 1.1).

En mayo del mismo año, la Corte IDH conoció el caso Nortín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) v. Chile²⁸⁴, cuyos hechos del son los siguientes: las ocho víctimas de este caso son los Sres. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia y la Sra. Patricia Roxana Troncoso Robles, contra quienes se abrieron procesos penales por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las

²⁸² Ibid., parr. 204.

²⁸³ Ibid., párr. 206.

²⁸⁴ Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C. No. 279.

Regiones del Biobío y la Araucanía, Chile, en los cuales fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la Ley N° 18.314, conocida como “Ley Antiterrorista”.

La CIDH sostuvo que Chile incurrió en violaciones a los artículos 8.1 y 24 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma convención, pues consideró que había existido una aplicación selectiva de la ley penal en contra de integrantes del pueblo indígena Mapuche, y que los jueces en lo penal utilizaron estereotipos y prejuicios sociales para motivar sus sentencias condenatorias.

En lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley, la Corte IDH reiteró que el artículo 1.1 de la CADH es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”; mientras que el artículo 24 del mismo instrumento prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y su aplicación. Luego, la Corte IDH estableció que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la CADH que se encuentra comprendida dentro de la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de dicho instrumento²⁸⁵.

Por otro lado, sostuvo que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable²⁸⁶, que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure*

²⁸⁵ Ibid., párrs. 196 – 199.

²⁸⁶ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC–17/02; Opinión Consultiva OC–18/03; Caso YATAMA Vs. Nicaragua, párr. 185.

o de facto, y que están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas, lo cual implica un deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias²⁸⁷.

En el caso en comento la Corte IDH concluyó que no existían elementos que le permitieran determinar que había existido una aplicación discriminatoria de la “Ley Antiterrorista” en perjuicio del pueblo Mapuche o de sus integrantes. Sin embargo, lo que respecta a la alegada utilización de estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias penales, la Corte IDH sostuvo que los razonamientos contenidos en dichas sentencias denotaban estereotipos y prejuicios en su fundamentación. En consecuencia, se configuró la violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

El 28 de agosto de 2014 la Corte IDH resolvió que el Estado de República Dominicana violó el artículo 24, en relación al artículo 1.1, ambos de la CADH, en el caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas²⁸⁸. Este caso se relaciona con la detención arbitraria y expulsión sumaria del territorio de República Dominicana de presuntas víctimas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niñas y niños, sin el seguimiento del procedimiento de expulsión normado en el derecho interno, así como la existencia de una serie de impedimentos para que los migrantes haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano, y para la

²⁸⁷ Ibid., párr. 201.

²⁸⁸ Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C. No. 282.

obtención de la nacionalidad dominicana por parte de las personas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana.

En este caso, similar al de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, la Corte IDH no se apartó del razonamiento allí expuesto y sostuvo que el Estado violó el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 de la CADH. Así, reiteró la distinción entre la norma contenida en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, señalando, no obstante ello, que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación²⁸⁹. Lo anterior, pues también acarrea para el Estado las obligaciones de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, de modo que proscriba también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación.

El último caso en la materia conocido hasta la fecha por la Corte IDH, data de noviembre del año 2014, ocasión en la cual falló en el caso Espinoza Gonzáles v. Perú²⁹⁰, cuyos hechos son los siguientes. En el marco del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares que se vivió en el Perú entre los años 1980 y 2000, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyeron una práctica sistemática y generalizada y se utilizaron como instrumento de la lucha contrasubversiva en el marco de investigaciones criminales por los delitos de traición a la patria y terrorismo. En dicho contexto, el 17 de abril de 1993 Gladys Carol Espinoza Gonzáles fue interceptada junto con su pareja, Rafael Salgado, por agentes de la División de Investigación de Secuestros de la Policía Nacional del Perú, quienes habían montado el operativo denominado “Oriente”, a fin de dar con los autores del

²⁸⁹ Ibid., párr. 398.

²⁹⁰ Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C. No. 289.

secuestro de un empresario. La Sra. Espinoza Gonzáles fue sometida a abuso sexual y maltratos físicos desde el día de su detención, hechos que denunció ante la autoridad competente. Sin embargo, a pesar de las numerosas denuncias formuladas desde 1993 en adelante y de los informes médicos que constataban su estado de salud, no hubo investigación alguna sobre los alegados actos de violencia perpetrados en su contra.

En el presente caso, los representantes de las víctimas sostuvieron que el Estado violó el principio de no discriminación e igual protección de las leyes, contenido en los artículos 24 y 1.1 de la CADH, por la violencia sexual a la que fue sometida Gladys Espinoza Gonzáles, toda vez que en el contexto descrito la violencia sexual tenía un contenido específico que discriminaba a las mujeres en función de su género.

No obstante lo anterior, en este caso la Corte IDH sostuvo la ya latamente referida distinción entre el ámbito de aplicación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH. Esto es, que mientras la obligación general del artículo 1.1 de la CADH se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en dicho tratado, el artículo 24 de la CADH protege el derecho a “igual protección de la ley”. Por ello, concluyó que el haber sometido a la Sra. Espinoza Gonzáles a tratos inhumanos, crueles y degradantes constituye discriminación por su condición de mujer, vulnerando el artículo 1.1 de la CADH, en relación con los derechos a la integridad personal y a la honra y la dignidad establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 11 del mismo instrumento.

A la luz de la evolución de la jurisprudencia de la CIDH y la Corte IDH en materia de igualdad y no discriminación, podemos concluir lo siguiente.

En primer lugar, la Corte IDH ha reconocido que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, en la actual etapa de

la evolución del derecho internacional ingresó en el dominio del *ius cogens*. En consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias.

En segundo lugar, que los Estados pueden otorgar tratos distintos a las personas. Sin embargo, dicho trato diferencial debe ser razonable, objetivo, proporcional y que no lesione los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter, y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24 CADH.

No obstante lo anterior, la CIDH ha afirmado que las condiciones estructurales que afectan a determinados grupos de la población, dificultan el acceso al goce de ciertos derechos. Así, a partir de la identificación de patrones y comportamientos discriminatorios cuyas causas son históricas, identificó un concepto amplio del principio de no discriminación, el cual se asocia a la idea de subordinación.

En tercer lugar, a partir del concepto amplio de discriminación, la CIDH identificó dos supuestos en los cuales este principio puede manifestarse. Uno de ellos, basado en la utilización de una categoría prohibida que excluye, restringe o menoscaba el ejercicio de un derecho; y el otro, por el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas positivas para el goce de un derecho.

Finalmente, que una interpretación amplia del principio de no discriminación –en palabras de SABA, incorporando elementos de corte sociológico– permite considerar el significado social y la legalidad de una norma supuestamente neutral en términos de su impacto en la comunidad, justificar las acciones afirmativas y analizar la discriminación como un fenómeno colectivo. En consecuencia, es posible cuestionar al mérito como criterio de asignación de cupos en el sistema educativo, en tanto que su aparente neutralidad contribuye a la perpetración de la exclusión de un determinado grupo de la población.

CAPÍTULO IV

JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

A lo largo de esta memoria he planteado que el reconocimiento jurídico del principio de igualdad, y su contracara, la prohibición de discriminación, debe partir de dos supuestos.

El primero de ellos es que la violación del principio de igualdad deriva de una omisión o falta de reconocimiento de las diferencias, lo cual irremediablemente genera exclusión de quienes no están en el molde para el cual fue creada la norma o política pública. Actualmente en el sistema de acceso a la educación superior, prima un ideal meritocrático conforme al cual quien obtiene determinadas calificaciones en la enseñanza media y luego un alto puntaje en la PSU, es considerado el paradigma del sujeto de derecho a la educación superior en Chile, excluyendo del sistema a quienes no cumplen con el tipo considerado meritorio.

El segundo supuesto del reconocimiento jurídico del principio de igualdad y no discriminación, es que éste debe hacerse cargo de las desventajas históricas de ciertos grupos sociales y las relaciones de opresión que condicionan una menor aptitud para el goce y ejercicio de derechos por parte de estos grupos. Esta visión sociológica del fenómeno de la discriminación se corresponde con lo expuesto en el segundo capítulo respecto a la desigualdad estructural descrita por Roberto SABA. Según este autor, la desigualdad es *“resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres,*

*discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan*²⁹¹.

En ese sentido, el método de análisis de la igualdad estructural permite cuestionar las formas en las cuales el Derecho ha construido y mantenido las desventajas de ciertos grupos sociales, y permite reexaminar los criterios de asignación de derechos que han sido definidos teniendo como paradigma a los grupos hegemónicos.

En cuanto al sistema educativo chileno, he señalado que el hecho de que solo 2 de cada 10 alumnos pertenecientes al 10% de la población de menores ingresos y 9 de cada 10 jóvenes pertenecientes al 10% de la población de mayores ingresos acceda al sistema de educación superior, representa un problema de desigualdad en el acceso a la educación superior en Chile. Desde mi punto de vista y en base a las concepciones teóricas expuestas, esto se debe a que el sistema de educación superior chileno se erige en base a una pretendida neutralidad del mérito como criterio de asignación de derechos, lo cual contribuye a la perpetuación de la exclusión de un determinado grupo de la población. Por ello, el Estado está llamado a erradicar patrones socioculturales de discriminación tomando en cuenta las características precisas del grupo que se trate.

En ese contexto y en cumplimiento del mandato de igualdad y no discriminación que pesa sobre el Estado chileno, sostengo que las medidas de acción afirmativa destinadas a corregir un criterio aparentemente neutro de atribución de plazas en el sistema educativo, son un mecanismo idóneo para alcanzar la justicia social en el acceso al sistema de educación superior en Chile, por los siguientes motivos.

²⁹¹ SABA, Roberto, op. cit., p. 4.

El diagnóstico que ubica a un sector de la población como históricamente excluido del sistema educativo obliga al Estado chileno a tomar medidas. Sin embargo, hemos de distinguir la obligación genérica de un Estado de adoptar medidas positivas para garantizar un efectivo goce de los derechos convencionales, de la obligación de adoptar medidas de carácter temporal destinadas a alcanzar la igualdad *de facto* de un determinado grupo, denominadas medidas de acción afirmativa. En efecto, la CIDH ha señalado que las medidas de acción afirmativa son una especie de medidas positivas que los Estados están obligados a adoptar en cumplimiento de sus obligaciones convencionales; pero que no todas las medidas positivas deben ser implementadas a través de acciones afirmativas²⁹². Por ello, su carácter excepcional obliga al establecimiento de estrictos criterios de justificación.

Como señalé en el apartado e) del capítulo III, las medidas de acción afirmativa deben ser: i) apropiadas en relación con la situación a remediar; ii) legítimas; iii) necesarias en una sociedad democrática; iv) respetuosas de los principios de justicia y proporcionalidad; v) temporales; vi) diseñadas e implementadas en función de una situación de necesidad; y vii) fundarse en una valoración realista de la situación de los individuos y las comunidades afectadas.

A continuación analizaré la conveniencia de la adopción de medidas de acción afirmativa en el acceso al derecho a la educación en Chile, de acuerdo a los criterios señalados en el párrafo precedente.

Que la medida temporal adoptada por el Estado sea apropiada en relación con la situación a remediar significa que debe existir una adecuación entre el medio utilizado y el fin perseguido. En ese sentido, hemos de evaluar si la medida constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente

²⁹² CIDH, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, op. cit., párr. 238.

válido. Esto se halla estrechamente relacionado con el requisito de que las medidas adoptadas estén diseñadas e implementadas en función de una situación de necesidad; esto es, que la medida sea necesaria o indispensable.

Para evaluar la necesidad de la medida, es menester precisar que la exclusión de un sector de la población del sistema educativo no obedece a una marginación de origen normativo, sino a una cuestión de hecho que es consecuencia de un complejo tejido social de prácticas, prejuicios y estereotipos que inhiben la eficacia del principio de igualdad y no discriminación. Para acceder al sistema de educación superior chileno, el cual está integrado por institutos profesionales, centros de formación técnica y universidades, la calificación básica exigida es la licencia de educación media, sea emitida en Chile o en el extranjero; adicionalmente, las universidades miembros del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas²⁹³ exigen que los postulantes rindan la PSU. Para rendir esta prueba de selección se exige el pago de un arancel²⁹⁴, para el cual el Estado ha creado la Beca JUNAEB, correspondiente a un subsidio destinado a financiar el costo total de rendición de la prueba para estudiantes de establecimientos educacionales municipales y particulares subvencionados, regidos por el DFL (Ed.) N°02 de 1998 y Decreto Ley N° 3.166 de 1980²⁹⁵.

²⁹³ El Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas (CRUCH) es una persona jurídica de derecho público, de administración autónoma, creado el 14 de agosto de 1954 mediante la Ley N° 11.575, como un organismo de coordinación de la labor universitaria de la nación. Actualmente el CRUCH está integrado por los Rectores de las veinticinco universidades públicas y tradicionales del país.

²⁹⁴ Para el proceso de admisión 2016, el arancel tuvo un valor de \$28.790, según información obtenida del portal del Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educativo de la Universidad de Chile. <http://psu.demre.cl/portales/portal-inscripcion>. Fecha de consulta: 04 de diciembre de 2015.

²⁹⁵ Información obtenida del portal del Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educativo de la Universidad de Chile. <http://psu.demre.cl/inscripcion/beca-junaeb-psu>. Fecha de consulta: 04 de diciembre de 2015.

No obstante lo anterior, a partir de los datos publicados por el Centro de Estudios y el Servicio de Información de Educación Superior del Ministerio de Educación, es posible afirmar que la dependencia del establecimiento educacional de origen determina las posibilidades de los estudiantes de acceder al sistema de educación superior; en efecto, el 25,08% del total de los estudiantes egresados de establecimientos municipales, el 29,42% del total de los estudiantes egresados de colegios particulares subvencionados y el 45,72% del total de los estudiantes egresados de colegios particulares pagados ingresan al sistema de educación superior²⁹⁶.

En consecuencia, es necesario que el Estado actúe positivamente a través de un sistema de fijación de metas consistente en reservar un determinado número de vacantes para miembros de un grupo minoritario que pertenece a la población de menores ingresos en Chile²⁹⁷; esto es, delimitando un porcentaje de vacantes para un grupo que se haya infrarepresentado en la composición del universo de estudiantes del sistema de educación superior chileno, correspondiente a los estudiantes provenientes de colegios municipales y particulares subvencionados.

²⁹⁶ Elaboración propia a partir de los siguientes datos publicados por el Centro de Estudio y el Servicio de Información de Educación Superior del Ministerio de Educación. El año 2014 la matrícula total de estudiantes por prestador de educación secundaria era la siguiente: 1.304.634 (establecimientos municipales), 1.919.392 (establecimientos particulares subvencionados), 270.491 (establecimientos particulares pagados). Respecto a la educación terciaria, al año 2015 la matrícula total de pregrado por tipo de establecimiento de origen era la siguiente: 327.327 (establecimientos municipales), 564.740 (establecimientos particulares subvencionados), 123.670 (establecimientos particulares pagados).

²⁹⁷ De acuerdo a los datos publicados por el Ministerio de Desarrollo Social en la Encuesta CASEN 2013, Sector Educación, publicada en enero del año 2015, del total de adolescentes entre 14 y 17 años que asiste a educación media pertenecientes al I quintil de ingreso autónomo per cápita del hogar, el 50,2% asiste a establecimientos educacionales de dependencia municipal, el 41,0% asiste a establecimientos educacionales particular subvencionados y el 0,8% asiste a establecimientos educacionales particulares pagados. Por su parte, en el V quintil de ingreso autónomo per cápita del hogar, el 16,1% asiste a establecimientos educacionales de dependencia municipal, el 47,9% asiste a establecimientos educacionales particular subvencionados y el 34,8% asiste a establecimientos educacionales particulares pagados.

Para ejemplificar lo anterior, resulta interesante mirar el sistema de educación superior en Brasil. Según Pablo GENTILI²⁹⁸, el sistema universitario brasileño, compuesto de universidades, centros universitarios, facultades integradas y centros de educación tecnológica, refleja las características propias de la sociedad brasilera en cuanto a la segregación por clase social, raza y género. Así, los blancos representan el 52% de la población de brasileños, y el 73% de los estudiantes de educación superior; mientras que la proporción de afrodescendientes disminuye a medida que aumenta el nivel educativo. La desigualdad educativa opera también por un criterio de clases, siendo enorme la brecha educativa entre el 25% más rico de la población y el 25% más pobre. El 92% de los más ricos, de entre 18 y 24 años, tiene más de 8 años de estudio; en el caso de los más pobres, solo el 32,5% de los jóvenes entre 18 y 24 años tiene más de 8 años de estudio.

A partir del año 2003 el gobierno de Brasil ha impulsado iniciativas tendientes revertir el cuadro de desigualdades expuesto, planteando la necesidad de regular el sector privado, ampliar la oferta del sector público y democratizar el acceso. En ese contexto, el año 2008 la Asamblea Legislativa del Estado de Río de Janeiro promulgó la Ley No. 5.346/2008 que reglamenta la política de cuotas en las universidades públicas²⁹⁹, estableciendo la necesidad de incorporar cuotas para alumnos afrodescendientes. Posteriormente se aprobó la Ley No. 12.711/2012³⁰⁰ que instituye un sistema de

²⁹⁸ GENTILI, Pablo. *Exclusión y desigualdad en el acceso a la educación superior brasileña: el desafío de las políticas de acción afirmativa*. En: Caminos para la Inclusión en la Educación Superior. Fundación Equitas, Santiago.

²⁹⁹ Lei No. 5.346, de 11 de dezembro de 2008, *Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências*. En línea: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/1b96527e90c0548083257520005c15df?OpenDocument#_Section1. Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2015.

³⁰⁰ Lei No. 12.711, de 29 de agosto de 2012, *Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências*. En línea: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2015.

cuotas sociales y raciales en las instituciones federales de enseñanza superior vinculadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de Brasil, y en las instituciones federales de enseñanza técnica y nivel medio, representando un avance sustantivo en dirección a la democratización de la educación; del mismo modo, en diferentes universidades del país se han implementado reservas de cupos para afrodescendientes que van desde el 20% al 40% de las vacantes.

En cuanto a los resultados obtenidos gracias a la incorporación de este tipo de medidas en el sistema educativo brasileño, Rebecca IRGEJA afirma que *“todas las universidades, demuestran que los alumnos que entran por las cuotas, aunque entren con una base educacional inferior, logran a obtener los mismos resultados que los alumnos que no entran por las cuotas, quebrando por lo tanto, las críticas de la entrada por mérito”*³⁰¹.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que las medidas propuestas son apropiadas en relación con la situación a remediar; esto es, que existe una adecuación entre el medio utilizado y el fin perseguido, y son necesarias en atención a la situación a remediar.

Respecto al fin constitucionalmente válido al cual debe adecuarse la medida, es menester analizar los principios y normas constitucionales relacionadas con los que he llamado derechos educacionales. Entre estos principios y normas cabe realzar aquellos que el Poder Constituyente articuló en el Capítulo I de la Constitución Política de la República, porque son bases del sistema institucional de Chile, de modo que cuanto fluye de ellas se irradia sobre los capítulos siguientes.

³⁰¹ IGREJA, Rebecca. “Las acciones afirmativas en Brasil”. En línea: http://www.ciesas.edu.mx/proyectos/relaju/cd_relaju/Ponencias/Mesa%20Hoffman-Ch%C3%A1vez/IgrejaRebecca.pdf. Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2015.

Una de las bases del sistema institucional, con la relevancia ya explicada, es aquella contemplada en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República³⁰². Conforme a ella, el Estado está al servicio de la persona humana y debe promover el bien común, cuestión que se une directamente con los imperativos estatales en el derecho a la educación, como también con los deberes constitucionales que tiene la comunidad en esta materia³⁰³. En efecto, se ha estimado que el derecho a la educación, a pesar de no gozar de tutela directa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye uno de los derechos que los órganos del Estado están obligados a respetar y promover³⁰⁴.

Lo anterior se haya vinculado a lo afirmado por el Comité DESC en su Observación General No. 13³⁰⁵, toda vez que la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos. La educación es el principal medio que permite a las personas marginadas económica y socialmente salir de la pobreza y participar en sus comunidades, desempeñando un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico.

Por otro lado, resulta útil reseñar lo expuesto por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Regents of the University of California c. Bakke*, en

³⁰² Constitución Política de la República de Chile. Artículo 1, inciso cuarto.- “El Estado está al servicio de la persona humana 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, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta constitución establece”.

³⁰³ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 5.050–2007, considerando 10°; confirmada por la Corte Suprema Rol N° 5.372–2007.

³⁰⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1478–1996, considerando 12°.

³⁰⁵ UN, Observación General No. 13. El derecho a la Educación (art. 13), op. cit., párr. 1.

el cual si bien rechazó la legalidad de las medidas de acción afirmativa, se refirió a la diversidad como argumento expuesto por la Universidad de California en la defensa del programa de admisión especial:

“(...) un estudiante de medicina cualificado, con un determinado origen étnico, geográfico o cultural puede aportar a su Facultad experiencias, puntos de vista e ideas que enriquecen la formación del conjunto de los estudiantes y que les permitan, una vez graduados ejercer con mayor apertura de miras una labor esencial para la humanidad.”³⁰⁶

En efecto, la experiencia que puede brindar un individuo perteneciente a un grupo minoritario en un contexto determinado, debe ser reconocida como una vía para el fortalecimiento de la democracia.

Luego, es necesario que este tipo de medidas esté acorde a los principios de justicia y proporcionalidad. Esta última es una de las características más importantes de las medidas de acción afirmativa, toda vez que como señala Miguel CARBONELL, *“el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”³⁰⁷*. El principio de proporcionalidad es una forma específica de ponderación o de balanceo entre política legislativa y respeto de derechos fundamentales, el cual según Robert

³⁰⁶ *Regents of the University of California c. Bakke*, op. cit.: “An otherwise qualified medical student with a particular background –whether it be ethnic, geographic, culturally advantaged or disadvantaged– may bring to a professional school of medicine experiences, outlooks, and ideas that enrich the training of its student body and better equip its graduates to render with understanding their vital service to humanity” (Traducción propia).

³⁰⁷ CARBONELL, Miguel. *Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador (2008), p. 10.

ALEXY se integra por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³⁰⁸.

ALEXY señala que “los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas”³⁰⁹. Para ALEXY, el subprincipio de idoneidad actúa como el *status* de un criterio negativo, mediante el cual es posible detectar qué medios no son idóneos y por tanto deben ser excluidos; mientras que el subprincipio de necesidad exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado. Por su parte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto expresa la optimización de las posibilidades jurídicas, en relación con los principios que juegan en sentido contrario en un caso determinado. Este principio es idéntico al que ALEXY ha llamado *ley de ponderación*: cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro³¹⁰.

Para analizar la aplicación de estos principios en relación con la incorporación de medidas de acción afirmativa en el acceso a la educación superior en Chile, es menester tomar en consideración los argumentos expuestos por quienes rechazan su implementación.

Uno de los principales cuestionamientos legales y políticos contra la incorporación de medidas de acción afirmativa se centra en sus consecuencias,

³⁰⁸ ALEXY, Robert. *La fórmula del peso*. En: El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Miguel Carbonell (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador (2008), p. 15.

³⁰⁹ ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66 (2002), p. 27.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 31.

arguyendo que al admitir estudiantes que no están calificados para beneficiarse de la educación que reciben, se están bajando los estándares educativos.

Al respecto, resulta oportuno referirse al primer examen comprensivo y estadísticamente sofisticado de los efectos reales de treinta años de acciones afirmativas en las universidades norteamericanas, titulado *“The shape of the river: Long-term consequences of considering race in college and university admissions”*³¹¹, de los profesores William G. Bowen y Derek Bok –quienes fueron rectores de la Universidad de Princeton y de Harvard, respectivamente–. En éste se afirma que las medidas de acción afirmativa han mejorado las condiciones de cómo los estudiantes de raza negra se integran a la sociedad estadounidense, permitiendo que puedan optar a ejercer puestos de trabajo que hasta hace poco les eran esquivos. En relación a esto, DWORKIN señala:

*“De acuerdo con el estudio River, la discriminación positiva ha logrado un éxito significativo, puesto que ha aumentado en mayor medida los índices de graduación entre los estudiantes universitarios negros y ha producido una mayor cantidad de líderes de dicha raza en la industria, las profesiones y los servicios comunitarios y vecinales (...) de lo que de otra forma hubiese sido posible”*³¹².

En consecuencia, a la luz de la experiencia en otras latitudes acerca de la adopción de este tipo de medidas, cuestionarlas a partir de resultados perjudiciales para el sistema educativo carecería de fundamento pues en la práctica no se produce un detrimento de la calidad de las instituciones de educación superior, la enseñanza que imparten ni los resultados obtenidos por sus estudiantes.

³¹¹ Cfr. BOWEN, William y BOK, Derek. *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton, Princeton University Press (1998).

³¹² DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 450.

Otro cuestionamiento que suele plantearse es que las medidas de acción afirmativa a favor de un determinado sector de la población, provoca la estigmatización de dicho grupo, el cual siente su propia honra y autorrespeto destruido. Sin embargo, para estimar el alcance de dicho coste resulta obviamente importante descubrir cuántos individuos pertenecientes a ese grupo comparten ese punto de vista. Si muchos lo hacen, el costo será muy grande; pero si aquel resulta rechazado por la mayoría de los beneficiados con la medida, entonces el sufrimiento de la minoría que discrepa, aunque sea genuino, no podría ser considerado lo suficientemente significativo para eclipsar las ventajas que la mayoría ha conseguido.

Lo anterior dice relación, además, con la exigencia de que este tipo de medidas deba fundarse en una valoración realista de la situación de los individuos y las comunidades afectadas, puesto que dicha valoración se hará preferentemente desde la perspectiva de los propios integrantes del grupo objeto de la medida, con el propósito de evaluar el costo asociado a su implementación. Como se planteó en el párrafo precedente, si la mayoría se muestra conforme con la implementación de las acciones afirmativas, entonces el sufrimiento de la minoría no podría ser considerado lo suficientemente significativo para rechazarlas.

Ahora bien, hay quienes afirman que las acciones afirmativas en el acceso a la educación vulneran el derecho de todos los postulantes a ser juzgados sólo sobre la base de sus aptitudes individuales; esto es, según su mérito. Al respecto, DWORKIN³¹³ se refiere a distintos tipos de competencias, las cuales evalúan distintas aptitudes. Por ejemplo, en algunas competencias, tales como concursos de belleza o un juego de preguntas y respuestas, la aptitud se relaciona solo con una cualidad física o intelectual; en consecuencia, el ganador debería ser el más bello o el más sabio. En otras, como un premio de literatura

³¹³ Ibid., p. 439.

o una medalla otorgada al valor, la aptitud se refiere a un logro anterior; en consecuencia, el ganador debería ser aquel candidato que en el pasado ha producido la mejor obra o demostrado tener una cualidad especial. Sin embargo, en otras competencias la aptitud se relaciona con una promesa futura, más que con un logro pasado o una propiedad natural. Por supuesto, la competencia por cupos en el sistema educativo es una competencia de este último tipo, y los criterios de asignación de dichos cupos debiesen procurar cuerpos estudiantiles cuyos integrantes contribuyan de la mejor manera a los que socialmente definamos como fines del sistema educativo.

De acuerdo a las razones esgrimidas, la incorporación de medidas de acción afirmativa en el acceso a la educación superior no resulta contraproducente; por el contrario, ha demostrado tener éxito en otros países. Por supuesto tiene costos –tanto para los postulantes que no son directamente beneficiados con la medida, como para los beneficiados que rechazan cualquier insinuación de que necesitan una preferencia especial para lograr ingresar al sistema–; sin embargo, los costos de su no incorporación en el sistema educativo son mayores. La situación de discriminación estructural de un grupo social que ha estado históricamente excluido del sistema educativo, ha generado que las posiciones de poder y prestigio estén reservadas para un sector de la población.

El siguiente criterio a analizar es la legitimidad de este tipo de medidas, las cuales deben ser necesarias en una sociedad democrática. Respecto a la validez y legitimidad de la adopción de medidas de acción afirmativa, éstas han sido reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos precisamente con el propósito de remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación y evitar que dicha discriminación se perpetúe. A pesar de sus diferentes denominaciones, como vimos en los apartados a) y b) del capítulo III de la presente memoria, los órganos de supervisión de tratados

internacionales han considerado que este tipo de medidas, a través de las cuales se otorga un tratamiento diferenciado a un grupo sistemáticamente desaventajado, son necesarias para corregir desigualdades estructurales y coadyuvar a la superación de los obstáculos que les impiden el pleno goce de sus derechos humanos³¹⁴. A mayor abundamiento, la incorporación de medidas de acción afirmativa con el propósito de corregir situaciones de desigualdad estructural no solo es legítimo y necesario, sino obligatorio para los Estados³¹⁵.

El último de los criterios establecidos por la CIDH es que este tipo de medidas deben ser temporales. En efecto, de la propia definición de las medidas de acción afirmativas se desprende que éstas son una herramienta excepcional y temporal dentro del campo de las medidas positivas. Sin embargo, el elemento temporal se haya estrechamente vinculado a la necesidad de la medida para alcanzar la concreción del principio de igualdad y no discriminación. Consecuentemente, mientras existe este grupo social históricamente excluido del sistema de educación superior, deberán persistir las referidas medidas.

Finalmente, hemos de tener en consideración que la CIDH ha afirmado que el principio de igualdad y no discriminación puede adoptar diferentes significados, que redundan en distintos alcances de protección. Un concepto restringido del principio de no discriminación es insuficiente para justificar medidas de acción afirmativa que, como una herramienta del Estado a través de normas y políticas públicas, permitan superar la desigualdad real de un colectivo de la sociedad, toda vez que no permite cuestionar adecuadamente aquellos criterios que en principio parecen neutrales –como el mérito– pero que en realidad perpetúan discriminaciones pasadas.

³¹⁴ CIDH, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, op. cit., párrs. 23 y 227.

³¹⁵ Cfr. CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 67 (2006)

Un enfoque del principio de igualdad que aboga por un Derecho que cumpla con pretensiones liberales de objetividad y neutralidad, no se condice con el mandato de igualdad como no sometimiento³¹⁶. En consecuencia, el Estado está llamado a erradicar patrones socioculturales de exclusión en el sistema educativo tomando en cuenta las características precisas del grupo que se trate y su acción debe reconocer y valorar dicha diversidad. Por ello, las concepciones tradicionales clásicas acerca del principio de igualdad, típicamente centradas en la distribución de bienes primarios, son insuficientes. En su lugar, la idea de *capacidad* planteada por SEN y NUSSBAUM, descrita como la habilidad real de una persona para lograr funcionamientos valiosos en la vida, aquello que las personas pueden *ser y hacer*, otorga un marco de análisis más amplio y comprehensivo de la diversidad de los postulantes al sistema educativo. Esto es relevante porque exige ampliar el tipo considerado meritorio para la educación superior en Chile.

Una de las mayores deficiencias del mérito como criterio de atribución de cupos en el sistema educativo es que no captura las diferencias existentes entre los postulantes al sistema, principalmente aquellas que son consecuencia de la pertenencia a un determinado grupo excluido, oprimido o marginado históricamente. Allí es donde las medidas de acción afirmativa deben corregir la desigual distribución del acceso al derecho a la educación en nuestro país.

Por todo lo anterior y en atención a los estrictos criterios establecidos por la CIDH, no existen motivos para rechazar la adopción de este tipo de medidas como un arma contra la estratificación social en el sistema educativo, excepto nuestra desidia frente al problema.

³¹⁶ Al respecto, la CIDH en su informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas realiza un acabado análisis entorno a las diferentes consecuencias de seguir un principio de igualdad como no discriminación vs. no sometimiento o “antisubordinación”.

CONCLUSIONES

La normativa internacional que regula el derecho a la educación como derecho humano fundamental, cuyo principal propósito es el pleno desarrollo de la personalidad humana, caracteriza a este derecho a partir de cuatro características que deben regir la educación en todas sus formas y niveles: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. La segunda de estas características contempla una dimensión de no discriminación en el acceso a la educación, a partir del párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC. En dicho contexto, el Comité DESC aprueba la implementación de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho.

Por su parte, el derecho doméstico consagra a nivel constitucional el tratamiento de la educación a partir de dos derechos complementarios entre sí: derecho a la educación y libertad de enseñanza. Estos llamados “derechos educacionales” tienen como objeto el pleno desarrollo de la persona en distintas etapas de su vida. En cuanto al rol del Estado, la Constitución Política de la República le asigna un rol subsidiario; esto es, en un contexto de reducción del aparato estatal, asume su imposibilidad de hacerse cargo de la tarea educativa. Sin embargo, la integración de los atributos del derecho a la educación contenidos en el artículo 13 del PIDESC, enriquecen el contenido normativo del artículo 19 N° 10 de nuestra Constitución Política de la República, generando obligaciones inmediatas para el Estado respecto del derecho a la educación, como son la garantía del ejercicio de los derechos sin discriminación y la obligación de adoptar medidas para lograr su plena aplicación.

No obstante ello, el acceso al sistema de educación superior en Chile se haya fuertemente determinado por la condición socioeconómica del postulante, lo cual nos lleva a cuestionar dicho sistema desde la perspectiva de la igualdad y la prohibición de discriminación.

El principio de igualdad y su contracara, la prohibición de discriminación, nutren el ordenamiento jurídico internacional; sin embargo, no existe consenso sobre qué debemos entender por igualdad y no discriminación. Ambos son conceptos que han variado y evolucionado con el paso del tiempo. Al respecto, la pregunta planteada por SEN acerca de qué debemos igualar nos dio algunas luces acerca de la aplicación de este principio en el acceso a la educación superior.

En efecto, tal como lo advierten SEN y NUSSBAUM, las concepciones tradicionales clásicas acerca del principio de igualdad, típicamente centradas en la distribución de bienes primarios, no permiten valorar la diversidad entre las personas y hace que dicha distribución sea insuficiente para efectos de la igualdad. La idea de *capacidad*, descrita como la habilidad real de una persona para lograr funcionamientos valiosos en la vida, aquello que las personas pueden *ser y hacer*, nos otorga un marco de análisis más amplio y comprehensivo de la diversidad de los postulantes al sistema educativo.

Por otro lado, la discriminación descrita como un fenómeno no puramente individual, sino binaria de la historia y dinámicas opresivas con determinados grupos de la población, permite identificar situaciones discriminatorias persistentes en el *ethos* social. Esta perspectiva de *discriminación estructural* unida al enfoque de las capacidades, permite incorporar medidas de acción afirmativa en el acceso a la educación superior en Chile con el propósito de cuestionar al mérito como causal de distribución de plazas en dicho sistema.

En consecuencia, las medidas de acción afirmativa aparecen como un mecanismo idóneo para alcanzar la justicia social en el acceso a la educación superior, en cumplimiento del mandato de igualdad y no discriminación que pesa sobre el Estado chileno, toda vez que permiten corregir criterios

aparentemente neutros –en este caso, el mérito– pero que en realidad perpetúan discriminaciones pasadas.

Hemos de tener en consideración que el tipo de labor realizado en el ámbito de la educación ha determinado los fines de la misma. Así, el mérito y las aptitudes se han convertido en los mayores referentes de pertinencia y en los propósitos de la educación por antonomasia. Que los fines del sistema educativo estén determinados por la maximización de las aptitudes individuales ha generado como consecuencia que un determinado sector de la población sea excluida del sistema educativo en tanto no satisface el tipo considerado meritorio.

A pesar de ello y por abismales que sean las diferencias generadas por la dicotomía ganador–perdedor dentro del sistema educativo, donde el perdedor es expulsado del mismo, el sistema meritocrático no genera rechazo en las sociedades modernas. Se adjudican cargos, posiciones sociales y capacidades socioeconómicas, actuando el mérito como legitimador de un sistema de desigualdades que son consideradas justas, en la forma de justicia distributiva, pues se pretende el reconocimiento de una desigualdad legítima sobre las ideas de logro individual, esfuerzo, excelencia, superación personal, entre otras, que se han instrumentalizado como justificaciones de la inviolabilidad de los resultados obtenidos sobre la base del mérito, y en general, como oposición a las medidas redistributivas en nombre del principio de igualdad. El grupo privilegiado valoriza y justifica su situación de poder como consecuencia del mérito; mientras, en la contraparte, se produce un enfrenamiento con las exigencias normativas del valor de la igualdad.

La postura meritocrática encuentra en el mérito un valor profundamente arraigado en el *ethos* de la democracia liberal y denuncia que es sacrificado de forma injusta frente a la igualdad. O de otra forma, que la igualdad que se consigue con las medidas de acción afirmativa es una igualdad inmoral, injusta

y no merecida. En ese sentido, las acciones afirmativas hacen emerger explícitamente la tensión entre estos dos valores: reconocimiento del mérito y la igualdad.

Las acciones afirmativas surgieron como un mecanismo para superar la aguda desigualdad existente entre las castas de la India a mediados del siglo XX. Luego, en los años setenta comenzaron a utilizarse en Estados Unidos respecto de las minorías sociales —particularmente personas de raza negra— y las mujeres. A partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos es posible sostener que la justificación de las acciones afirmativas (*affirmative action*) en materia de educación se relaciona con la promoción de un fin educativo considerado valioso, por ejemplo, aumentar el nivel de inscripción de una variedad de grupos minoritarios, toda vez que la diversidad constituye una característica esencial que debe protegerse como elemento formativo. En Europa, por su parte, la evolución de las acciones afirmativa se ha visto marcada por la evolución de las fuentes del derecho comunitario que, receptiva a las críticas de la doctrina, ha ido incorporando las medidas de acción afirmativa como mecanismos tendientes a eliminar la discriminación *de hecho*.

En el plano del sistema internacional de derechos humanos, resulta interesante que tanto la CIDH, la Corte IDH realizan una aproximación estructuralista al derecho a la igualdad en todos los casos en los cuales está involucrada la presencia de grupos históricamente desaventajados. Esta visión sociológica del sistema se corresponde con lo expuesto en el segundo capítulo, respecto a la desigualdad estructural descrita por Roberto SABA.

La identificación de una situación de desigualdad estructural, aquella en la cual existe un grupo determinado de la población que por causas históricas se haya subyugado y excluido del goce de un derecho fundamental, constituye una hipótesis de discriminación que no se corresponde con la lógica liberal

tradicional del principio de prohibición de discriminación. Por ello, urge hacernos de la concepción estructuralista que permita reconocer solapadas dinámicas de exclusión en el *ethos* social, y con ello incorporar acciones afirmativas para garantizar el acceso al derecho a la educación superior a quienes han sido históricamente excluidos del sistema por no satisfacer el tipo considerado meritorio.

Las medidas de acción afirmativa destinadas a corregir un criterio aparentemente neutro de atribución de plazas en el sistema educativo, son un mecanismo idóneo para alcanzar la justicia social en el acceso al sistema de educación superior en Chile porque permiten corregir atribuciones objetivas del derecho a la educación, reconociendo que existen postulantes al sistema históricamente excluidos por no satisfacer un tipo o molde configurado por grupos hegemónicos.

Las medidas de acción afirmativa en el acceso a la educación han sido un mecanismo utilizado en otros países, como es el caso de Brasil y Estados Unidos, en ambos con resultados positivos tanto para el grupo destinatario de la medida, como para el fortalecimiento de la democracia. En efecto, mediante criterios de adecuación entre medio y fin, proporcionalidad e idoneidad, entre otros, analizados en el capítulo IV, podemos caracterizar la relación que existe entre la necesidad de adoptarlas tanto para quienes se benefician directamente de él pues podrán acceder al goce derechos que antes les eran esquivos, como para la totalidad del entramado social que enriquece su convivencia en el sistema educativo.

Para finalizar, y con la expectativa de generar nuevas interrogantes que nutran el debate acerca del derecho a la educación en nuestro país, quisiera concluir la presente memoria señalando que cuestionar el ordenamiento jurídico y los principios que lo inspiran constituye una herramienta emancipadora para quienes trabajamos en él. La igualdad y la prohibición de discriminación juegan

un rol imprescindible en el derecho internacional de los derechos humanos; sin embargo, es un concepto variable, que puede ser visto desde distintas perspectivas y depende de nosotros utilizarlo con el propósito de terminar con la exclusión y la injusticia social.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66 (2002)

ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador (2008)

AMARANTE, Verónica, ARIM, Rodrigo (Ed.). *Desigualdad e informalidad: Un análisis de cinco experiencias latinoamericanas*, Editorial CEPAL (2015)

ATIENZA, Manuel. “Un comentario al caso Kalanke”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19 (1996)

ATRIA, Fernando. “Dworkin, la libertad y la igualdad: algunas consideraciones” en 38 *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso (1993)

BALLESTRERO, Maria Vittoria. *Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita*. Universidad de Génova, Italia.

BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*, Jornadas sobre “Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres”. Palacios de Congresos Europa, Vitoria – Gazteiz. 11, 12 y 13 de diciembre de 2002.

BAYEFSKY, Anne F. *Principle of Equality of Non – Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1 – 2 (1999) (versión traducida por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile)

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, Barcelona, Piados, Introducción Gregorio Peces Barba. Trad. Pedro Aragón Rincón (1993)

BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean – Claude, *Los herederos: los estudiantes y la cultura*, Nueva Colección Labor, 2a. Ed., Barcelona (1969)

BOWEN, William y BOK, Derek. *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton, Princeton University Press (1998).

CARBONELL, Miguel. *Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador (2008)

CARMONA SANTANDER, Carlos. *Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales*. En: *Seminario Igualdad, sin discriminación. Estándares y Mecanismos para la igualdad real*. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Chile (2011)

CARMONA SANTANDER, Carlos y NAVARRO BELTRÁN, Enrique (recopiladores). *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981 – 2011)*. Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971 – 2011. Cuadernos del Tribunal Constitucional – Número 45 (2011)

CONTESSÉ, Jorge. *Las demandas de la igualdad y los pueblos indígenas: el caso de la acción afirmativa*. En: *Seminario Igualdad, sin discriminación. Estándares y Mecanismos para la igualdad real*. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Chile (2011)

COX, Katherine. “Positive action in the European Union: from Kalanke to Marschall”, en 8 *Columbia Journal of Gender and Law* (1998)

DWORKIN, Ronald. *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Editorial Paidós, Barcelona, España (2003)

FALCON Y TELLA, María José. *Las acciones positivas en la legislación europea. El derecho alemán*. En: Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, volumen 9. (2008)

FERNANDEZ, Miguel. *La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional*; Universidad de los Andes, Estudios de Derecho Actual (2005)

FRIES, Lorena. *Igualdad y no discriminación en Chile, principales desafíos*. En: Seminario Igualdad, sin discriminación. Estándares y Mecanismos para la igualdad real. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Chile (2011)

GENTILI, Pablo. *Exclusión y desigualdad en el acceso a la educación superior brasileña: el desafío de las políticas de acción afirmativa*. En: Caminos para la Inclusión en la Educación Superior. Fundación Equitas, Santiago.

GIMÉNEZ GLUCK, David. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. En: Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile. Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales, Carlos Carmona Santander.

GUDE FERNÁNDEZ, Ana. *El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)*. Universidad de Santiago de Compostela.

HELLER, Hermann. “Las ideas socialistas” en *Escritos Políticos* (selección y prólogo de A. López Pina), Editorial Alianza. Madrid, España (1985)

IGREJA, Rebecca. “Las acciones afirmativas en Brasil”. En línea: http://www.ciesas.edu.mx/proyectos/relaju/cd_relaju/Ponencias/Mesa%20Hoffm

[an-Ch%C3%A1vez/IgrejaRebecca.pdf](#). Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2015.

JORDÁN, Tomás. *Elementos configuradores de la Tutela Jurisprudencial de los Derechos Educativos en Chile*.

MEAD, Margaret. *Continuities in Cultural Evolution*. En: BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean – Claude, *Los herederos: los estudiantes y la cultura*, Nueva Colección Labor, 2a. Ed., Barcelona (1969)

LEON, Magdalena y HOLGUÍN, Jimena. *Acciones afirmativas de reconocimiento en Colombia: el caso de la Universidad Industrial de Santander*, p. 61. En: UIS Humanidades (2004)

MARTÍN VIDA, M. Ángeles: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Editorial Civitas, Madrid, España (2003)

MCKEAN, Warmick. "Equality and discrimination under international law". Nueva York, Clarendon Press (versión traducida por el Centro de Derechos Humanos: Igualdad y Discriminación en el Derecho Internacional) (1983)

NAGEL, Thomas. "Equal Treatment and Compensatory Discrimination". En: *Philosophy and Public Affairs*, pp. 348 – 363 (Summer, 1993)

NAGEL, Thomas. *John Rawls and Affirmative Action*. The Journal of Blacks in Higher Education, N° 39 (Spring, 2003)

NOZICK, Robert. *¿Por qué se oponen los intelectuales al capitalismo?* En: *Puzzles socráticos*, Editorial Cátedra, Madrid, España (1997)

NUSSBAUM, Martha. *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho (2005)

POST, Robert C. "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", Faculty Scholarship Series. Paper 192 (2000), pp. 1 – 40.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México (1979)

REY MARTINEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Editorial McGraw – Hill. Madrid, España (1995)

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. *Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano*. En: MEJÍA R., Joaquín (Coord.) *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Editorial Casa San Ignacio, Tegucigalpa (2012)

RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Discriminación inversa e igualdad*. En: *Constitucionalidad de las medidas afirmativas en Chile. Acciones afirmativas. Los primeros reconocimientos legales y constitucionales*, CARMONA SANTANDER, Carlos.

RUIZ – TAGLE V., Pablo y CORREA S., Sofía. *El Derecho a una Educación de Calidad*.

SABA, Roberto. "(Des)igualdad Estructural", en *Revista de Derecho y Humanidades N° 11*, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

SARMIENTO, Claudia. "Mirando la discriminación con otros ojos", En: *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

SEN, Amartya. *Nuevo Examen de la Desigualdad*. Alianza Editorial, Madrid, España (2011)

SMITH, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*, Madrid, Alianza (1997)

THURLOW, Lester C. "A Theory of Groups and Economic Redistribution", en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 9 N° 1 (Autumn, 1979)

WALZER, Michael. *Las esferas de la Justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*.

ZÚÑIGA, Francisco, "Informe en Derecho. Las garantías constitucionales del derecho a la educación y la libertad de enseñanza", Santiago, 23 de marzo de 2015.

II. Jurisprudencia

a. *Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*

Comité Derechos Humanos, Observación General N° 18, 37° período de sesiones (1989). No discriminación.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones (2000), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207.

Comité de Derechos Humanos, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 5, Personas con discapacidad (11° período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994)

b. *Comité CEDAW*

Comité CEDAW, Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

c. Comité CERD

Comité CERD, Recomendación general N° 32, significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Las Formas de Discriminación Racial.

d. Comité DESC

UN, Observación General No. 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14). 20° Período de sesiones, Comité CDESC (1999)

UN, Observación General No. 3. De la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Quinto período de sesiones, Comité DESC (1990)

UN, Observación General No. 13. El derecho a la Educación (art. 13). 21° Período de sesiones. Comité DESC, E/C.12/1999/10 (1999)

UN, Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Sexto período de sesiones, Comité DESC (1991)

UN, Observación General No. 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). 20° Período de sesiones, Comité DESC (1999)

UN, Observación General No. 18. No discriminación. 37° período de sesiones, Comité DESC (1989)

Comité DESC, Observación General N° 13, 21° período de sesiones (1999) El Derecho a la Educación.

e. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Corte IDH, *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C. No. 129.

Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C. No. 257.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 239.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 124.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125.

Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. No. 124.

Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C. No. 282.

Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C. No. 130.

Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C. No. 289.

Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. No. 105.

Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C. No. 279.

Corte IDH, *Caso Pueblo de Saramaka v. Surinam*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C. No. 172.

Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218.

Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C. No. 277.

Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149.

Corte IDH, *Caso YATAMA v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. No. 127.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC – 18/2003 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos de los niños*. Opinión Consultiva OC – 17/2002 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17.

Corte IDH, *El Derecho a la Información Sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC – 16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16.

Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos*. Opinión Consultiva OC – 11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A, No. 11.

Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC – 4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

f. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia boliviana*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34 (2007)

CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68 (2007)

CIDH, caso Janet Espinoza Feria y otras v. Perú, petición N° 12.404, Informe N° 51/02, 10 de octubre de 2002.

CIDH, caso María Merciadri de Morini v. Argentina, caso N° 11.307, Informe N° 103/11, 11 de octubre de 2001.

CIDH, *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 79 (2011)

CIDH, Informe Anual 1999. Capítulo VI. Estudios Especiales. “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 3 (2000)

CIDH, Informe Anual 2002. Capítulo VI. Estudios Especiales. “Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación”. OEA/Ser.L/V/II.117. Doc. 1 rev. 1 (2003)

CIDH, *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*, OEA/Ser.L/V/II.134.Doc. 63 (2009)

CIDH, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.62 (2011).

CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67 (2006)

CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. OEA/Ser.L/V/II.111. Doc. 21 rev. (2001)

g. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Georg Badeck et al. c. Land de Assia*, 28 de marzo de 2000, C – 158/97

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 de noviembre de 1997, C – 409/95.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, 17 de octubre 1995, C – 450/93.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson y Elisabet Fogelqvist*, 6 de julio de 2000, C – 407/98.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeher en Visserij*, 19 de marzo de 2000, C – 476/99.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Serge Briheche c. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice*, 30 de septiembre de 2004, C – 319/03.

h. Corte Suprema de Estados Unidos

Corte Suprema de Estados Unidos, *Adarand Constructors, Inc. c. Peña*. 515 U.S. 200, 115 S. Ct. 2097, 132 L. Ed. 2d 158 (1995).

Corte Suprema de Estados Unidos, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Brown v. Board of Education II*, 349 U.S. 294 (1955)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958)

Corte Suprema de Estados Unidos, *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Gayler v. Browder*, 352 U.S. 903 (1955)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424 (1971)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

Corte Suprema de Estados Unidos, *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976)

i. Tribunales nacionales

Sentencia Tribunal Constitucional N° 410.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 2980–1996.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1478–1996.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8372–2005.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5.589 - 2006.

III. Leyes

Lei No. 5.346, de 11 de dezembro de 2008, *Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências.*

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/1b96>

527e90c0548083257520005c15df?OpenDocument#_Section1. Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2015.

Lei No. 12.711, de 29 de agosto de 2012, *Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.* En línea: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2015.