



TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO:

**“FUNDAMENTANDO DESDE LA TEORÍA DE JOHN RAWLS, UNA LEY
DE CUOTA EN CHILE”.**

Tesista: Cristina Pavez Cosio.

Profesora Guía: Alejandra Zúñiga Fajuri.

Fecha de entrega: Octubre de 2011.

Tabla de Contenidos.

	Pág.
Resumen.....	3
Palabras claves.....	4
Introducción.....	5
Capítulo 1. <i>Discriminación positiva y acciones positivas.</i>	
1.1. <i>El principio de igualdad.....</i>	7
1.2. <i>Concepto y diferencia entre discriminación y acción positiva</i>	13
1.3. <i>Origen de la discriminación inversa o positiva y casos jurisprudenciales.....</i>	15
1.4. <i>Críticas y aspectos favorables de la discriminación inversa o positiva.....</i>	20
1.5. <i>Discriminación inversa o positiva y su relación con la Teoría de John Rawls.....</i>	23
Capítulo 2. <i>Cuotas de género y la legislación vigente.</i>	
1.1. <i>Escenario actual en Chile, de la participación activa de la mujer.....</i>	28
1.2. <i>Cuotas de género, una conceptualización.....</i>	32
1.3. <i>Funcionamiento de las cuotas en el derecho comparado y su viabilidad en el derecho chileno.....</i>	36
Conclusión.....	43
Bibliografía.....	45

Resumen.

La presente Tesina de Licenciatura tiene como objeto demostrar que la discriminación positiva o inversa en favor de la participación de la mujer en política se presenta como uno de los mecanismos más eficientes para soslayar una de las deficiencias más graves de las sociedades modernas, a saber, la exclusión de la vida política de la cual son víctimas las mujeres, por el hecho de atribuírseles *per se* funciones propiamente domésticas en comparación a otras social y políticamente más relevantes. Se establecerá también que dicha discriminación positiva o inversa no infringe -como algunos autores sostienen- el principio de igualdad, sino que se presenta como un método de corrección de las injusticias sociales. Vinculado directamente con lo anterior, se justificará filosóficamente la implementación de una ley de cuotas en Chile a partir del pensamiento y de la Teoría de la justicia de John Rawls, dando cuenta de esta manera de la idoneidad de una medida legislativa como ésta.

Palabras claves.

Discriminación Positiva o Inversa – Acciones Positivas- Principio de Igualdad- Ley de Cuotas- John Rawls- Principio de igualdad equitativa de oportunidades- Principio de Diferencia.

Introducción

Las mujeres actualmente están alejadas de las esferas de poder político en Chile, según Mariana Schkolnik “una de las mayores deudas de la sociedad de un país que muestra buenos índices sociales y de desarrollo humano es la falta de oportunidades para que las mujeres ocupen las mismas posiciones a nivel público que los hombres” (2004: p.2). En este mismo sentido, la presente tesina se plantea ciertos objetivos específicos en la medida que se progresa en su comprensión tales como; identificar y determinar esta problemática y a su vez las causas que la provocan; precisar la relevancia de prácticas que impidan la exclusión de la mujer en los órganos deliberativos; señalar las soluciones legales y su fundamentación filosófica principalmente- aunque no de forma exclusiva- utilizando el principio de compensación e igualdad de oportunidades de John Rawls.

La tesina se estructura en base a dos capítulos los cuales son absolutamente coincidentes con la línea argumentativa que desarrollan, dado que se esgrime constantemente la necesidad de la implementación en Chile de una Ley de Cuotas en favor de la presencia de las mujeres en los órganos de deliberación política y de representación ciudadana, por motivos de compensación y justicia social; por un fiel cumplimiento al principio de igualdad en términos sustantivos; y por un adecuado robustecimiento de la democracia representativa ya sea entendida ésta como una representación por mandato o en su carácter de reflejo. De este modo en el primer capítulo se realiza un acercamiento al contenido del principio de igualdad, en tanto se estima necesario determinar la configuración de dicho contenido dado que este principio es la base para admitir una

legislación que propenda la participación de la mujer en la esfera pública y específicamente en política.

Bajo esta perspectiva, el principio de igualdad es abarcado desde una concepción liberal, como un grado mínimo esencial para participar en la cooperación social (Rawls, 2002: p.41), pero también desde un punto de vista normativo, como lo señala Francisco Laporta quien indica que este principio es producto solamente de la estructura normativa de la sociedad y que nada tiene que ver con los hechos, y que por lo mismo la autorización de un trato diferente viene fijado por rasgos o datos relevantes que autorizan un trato diferencial (1985: p. 1-35). En el caso de la mujer es un rasgo relevante su pertenencia a grupos tradicionalmente segregados y minusvalorados como lo manifiesta Alfonso Ruiz Miguel (1996: p.129), lo cual permitiría la aplicación de medidas de acción afirmativa y específicamente de discriminaciones positivas en pro de una legislación donde el género - esa divisoria socialmente impuesta y jerárquica que surge de las relaciones de poder entre hombres y mujeres y que asigna espacios, tareas, deseos, derechos y obligaciones a los sujetos- se torne un factor decisorio. (Maquieira, 2007: p.41). De igual manera, durante este primer capítulo se abarcan tópicos como los aspectos positivos de medidas de discriminación positiva, casos jurisprudenciales y la argumentación filosófica de las cuotas desde la perspectiva de la teoría de justicia de John Rawls, particularmente por medio del principio de diferencia, que es aquel que permite un trato diferenciado o desigual, siempre cuando ese trato especial redunde en un beneficio mayor para todos.

El análisis cuantitativo de la representación femenina en la realidad material es abordado en el segundo capítulo, el cual analiza los niveles actuales de participación de la mujer en los órganos deliberativos y su correspondencia con las directrices internacionales, lo que deriva en la insoslayable conclusión que en Chile la mujer no goza de un derecho efectivo respecto de su participación en la esfera pública (Villanueva, 2007: p.1), lo que debe ser solucionado por el orden jurídico de tal forma de proveer a la mujer una igualdad equitativa de oportunidades realmente efectiva; lo que se obtendría a través de la ley de cuotas como medida de discriminación positiva. Asimismo se conceptualizan las cuotas, se clasifican, y se fija su viabilidad en correspondencia con las características de los sistemas electorales respectivos y se establece el tipo de cuota y sistema electoral idóneo para la instauración en Chile de cuotas legales.

Capítulo 1.

Discriminación positiva o inversa y acciones positivas.

1.1 *El principio de igualdad.*

El principio de igualdad halla su reconocimiento normativo en nuestra Constitución Política en varias normas, como lo es el Artículo 19, números 2, 3 inciso primero, 9 inciso segundo, 16, 20 y 22. Sin embargo, este conjunto de normas constitucionales, y aún tomando en cuenta su peculiar rango jerárquico, no son más que enunciados formales que responden a un juicio de deber ser, más que a una realidad material, por lo mismo, conceptualizar un principio como éste no es tarea fácil. Así lo expresa Peter Singer que señala que el “principio de que todos los seres humanos son iguales es ahora parte de la ortodoxia ética y política dominante. Sin embargo, habría que preguntarse qué significa exactamente y por qué lo aceptamos” (2002: p. 20) De hecho, volviendo a nuestra Constitución Política, ella no define qué se entiende por igualdad, como tampoco lo hacen la mayoría de las Cartas Fundamentales del derecho comparado, en definitiva, no hay una noción clara de qué comprende este principio.

Ronald Dworkin señala que el principio de igualdad implica “que el gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas, estos postulados enuncian lo que podríamos llamar la concepción liberal de la igualdad. Cada uno de los ciudadanos gobernados por la concepción liberal de igualdad tiene derecho a igual consideración y respeto” (1984: p. 388-389).

Para John Rawls el principio de igualdad pasa por entender a “los ciudadanos como personas iguales en el sentido de que todos son poseedores, en el grado mínimo esencial, de *facultades morales*¹ necesarias para participar en la cooperación social durante toda una vida y para formar parte de la sociedad como ciudadanos iguales, ese grado es la base de la igualdad entre los ciudadanos en cuanto personas”. Rawls explica “que la igualdad de los ciudadanos se modela en la posición original mediante la igualdad de sus representantes,

1 Las facultades morales son específicamente dos, primero la capacidad de poseer un sentido de la justicia y por otro lado poseer una concepción del bien.

por el hecho de que dichos representantes están simétricamente situados en esa posición y tienen iguales derechos en cuanto al procedimiento para alcanzar acuerdos” (2002: p. 44-45). Singer critica esta idea de igualdad de Rawls, ya que utiliza la idea de la “*personalidad moral*” y postula que dicha característica estaría además presente en todos los ciudadanos por igual, cuestión que el autor discute y expresa no creer al señalar que “no es cierto que todos los seres humanos sean personas morales, incluso en su sentido más ínfimo. Los pequeños junto con algunos seres intelectualmente discapacitados, carecen del necesario sentido de justicia, así la personalidad moral no es una base satisfactoria para el principio de que todos los seres humanos son iguales, la manera de defender esta creencia es por el principio de igual consideración de intereses” (2002: p. 21-27).

Singer plantea derechamente la ineficacia de la noción de igualdad de oportunidades y la contrarresta con la elaboración del principio de igualdad basado en la igual consideración de intereses. Explica asimismo que, “una forma de vencer estos obstáculos es ir más allá de la igualdad de oportunidades, de la que habla Rawls y dar un tratamiento preferente a los miembros de los grupos menos favorecidos. Esto es lo que se denomina acción afirmativa” (2002: p. 55).

Estos obstáculos a los que se refiere Singer, son aquellos que se originan por la igualdad de oportunidades, lo cual explica a través de un ejemplo bastante claro: no es injusto que María, quien es médica, gane 200.000 dólares y Juan, trabajador del campo, gané 20.000, siempre que este último haya tenido la oportunidad de ocupar el puesto de María. Este autor, en el caso hipotético que plantea, señala que para sostener que Juan haya tenido las mismas oportunidades que María “éste no debió haber sido apartado de la Facultad de Medicina debido a su raza, religión o cualquier tipo de discapacidad considerada irrelevante con respecto a su aptitud para ser médico o cualquier otra cosa similar” (2002: p. 47). Singer, señala que “decir que Juan y María tuvieron iguales oportunidades de ser médicos, ya que Juan hubiera entrado en la Facultad de Medicina si sus resultados académicos hubieran sido tan buenos como los de María es adoptar una postura superficial que no se sostiene en un análisis más acabado”. Ese análisis más profundo, implica determinar las causas que permiten que ciertos sujetos no puedan estar nunca en igualdad de oportunidades respecto de otros. En el ejemplo de Singer, ese análisis pasa por establecer cuáles fueron los motivos detrás de las bajas calificaciones de Juan, las

cuales se pueden atribuir a muchos factores, como profesores mal formados o carentes de métodos pedagógicos o clases con sobrecarga de alumnos, infraestructuras inadecuadas, o tal vez; ya en la esfera más personal, la inexistencia de padres que promovieran las inquietudes intelectuales de sus hijos, o carencias de materiales de enseñanza, etc.

Singer, como último recurso para encontrar una explicación a la igualdad de oportunidades defendida por Rawls, se imagina que la única forma de salvar todas estas diferencias, sería que los niños desde temprana edad se educaran y habitaran todos en un mismo lugar, donde además estuviesen regidos por un único e igual sistema educativo, algo parecido a los Kibutz israelíes. Sin embargo, igualmente habría diferencias entre ellos, y que derivarían de un origen natural, las cuales dicen relación con los distintos grados de agresividad y de coeficientes intelectuales. Así, según Singer “la igualdad de oportunidades no es un ideal atrayente, ya que premia a los afortunados que heredan capacidades que les permiten conseguir carreras lucrativas e interesantes, mientras que penaliza a los desafortunados que poseen genes con los cuales es muy difícil alcanzar el mismo éxito” (2002: p. 49)

Por su parte, Francisco Laporta, analizando el principio de igualdad desde un punto de vista normativo, señala que la igualdad o la desigualdad no están determinadas principalmente por hechos, sino que simplemente es un producto de la estructura normativa de la sociedad, además, es un principio y no una descripción genérica de ella, es una cuestión valorativa. Asimismo, tratando de subsumir estas dos ideas centrales, establece que la idea de igualdad se considera una gran *metanorma*, al presentarla como un principio cuyo sentido y función es metanormativo respecto de las normas de la sociedad. Ello supone concebirla como un mensaje prescriptivo dirigido a ellas, como una exigencia genérica frente a la estructura, contenidos y efectos de esas normas sociales (1985: pp. 3-4).

Este autor sostiene que, de acuerdo al principio de igualdad, los seres humanos deben ser tratados como iguales, a menos que haya criterios relevantes para un tratamiento diferenciado (1985: pp.1-31), de esta forma, el principio de igualdad “atañe al conjunto de condiciones que la norma establece, para adjudicar consecuencias, y es el contenido de esas condiciones la que determina el carácter igual o desigual de la norma, o lo que es lo mismo, es el contenido de esas condiciones lo que está regulado por el principio de igualdad”(1985: p. 11). Sin perjuicio de lo anterior, Laporta, pone el acento de su argumentación, en un error

de razonamiento que podría darse sobre este punto, a saber; *que se entienda que cuanto más grande sea el número de personas afectadas por la norma, más igualitaria será ésta.* Este pensamiento es erróneo según el autor, dado que el principio de igualdad no tiene relación con el número de personas seleccionadas y afectadas por la norma, sino que, lo que interesa son las condiciones de determinación de ella, así “si la determinación de las condiciones obedece a un criterio admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria” (1985: p.11).

Siguiendo esta misma línea argumentativa, se establece por el autor que el principio de igualdad opera cancelando los rasgos irrelevantes, no así los que son relevantes, de este modo se prescribe que frente a rasgos irrelevantes no cabe hacer diferenciación en las consecuencias normativas, pero si aparece un rasgo relevante y diferenciador, mantener un tratamiento igualitario, desconociendo las diferencias, sería incorrecto (1985: pp. 14-15). Respecto de esta idea, de rasgos que autorizan diferenciar en determinadas situaciones, da lugar para referirse a la igualdad por equiparación e igualdad por diferenciación. La primera pone su atención en las diferencias efectivas, ya que éstas son derechamente excluidas y se tornan por lo mismo irrelevantes. Por otro lado, la igualdad por diferenciación es totalmente contraria a la anterior, ya que sí se consideran las diferencias y a éstas se les atribuye ciertas consecuencias jurídicas. De este modo, la discriminación positiva o inversa se asocia a la igualdad por diferenciación.

En relación a lo mismo, la clave del razonamiento anterior pasa por determinar qué es la relevancia de los rasgos, de esta manera Laporta deriva, a partir de lo postulado por Bernard Williams, que “es la naturaleza o la característica especial del rasgo distintivo lo que justifica la consecuencia diferenciadora. Hay entre la diferencia “relevante” y consecuencia diferenciadora una especie de vinculación “lógica” o “racional”, de forma tal que es el rasgo distintivo lo que sirve de razón, para la diferenciación” (1985: p 18).

Ahora bien, del principio general, “frente a diferencias relevantes, cabe un trato diferencial”, nacen un sin número de principios de segundo orden, que tienen como objeto determinar al primero. En este punto, es importante volver a Laporta, quien contribuye a la determinación de este precepto general, estableciendo cuatro principios de segundo orden que desarrollan el principio general de trato diferencial; estos son, el principio de

satisfacción de necesidades; el principio de retribución de merecimientos; el principio de reconocimiento de aptitudes y el principio de consideración de status.

El principio de satisfacción de necesidades, implica “que la existencia de una necesidad autoriza un tratamiento diferenciado consistente en la satisfacción de esa necesidad” (1985: p. 20). El problema de este principio se origina frente a la determinación del concepto de necesidad. Según lo que explica Miguel Carbonell, para “algunos autores una necesidad se produce cuando en ausencia de lo necesitado resentimos un daño en alguno de nuestros derechos o en la posibilidad de llevar adelante nuestros planes de vida; otros, sin embargo, consideran que hay que distinguir entre “necesidades básicas”, que serían aquellas que son requisitos para realizar cualquier plan de vida, y las necesidades aparentes o personales, que serían las que requiere una persona para llevar a cabo un determinado plan de vida” (2003: p.21).

Respecto del segundo principio, el de retribución de merecimientos, entendiendo por merecimiento un premio o un castigo y además una característica adquirida por un sujeto de manera consciente y activa, Laporta explica que “la presencia del merecimiento autoriza un tratamiento diferenciado consistente en la retribución del mismo, así una norma que dé tal tratamiento a quien posea el merecimiento y no lo dé a quien no lo posea es una norma correcta” (1985: p. 22). En tercer lugar, está el principio de reconocimiento de aptitudes. Por aptitudes se entienden “rasgos o características, predominantemente innatas, que funcionan también como razones para un tratamiento diferenciado, pero que no pueden ser equiparadas a los merecimientos” (1985: p. 23). Esto es así, ya que como se explicó en el párrafo anterior, los merecimientos son características adquiridas, en cambio las aptitudes son naturales, como ejemplo se puede citar la inteligencia o la salud. Sin embargo, este principio presenta un problema que dice relación con el principio de no discriminación que implica que no puede haber un trato diferente por motivos que no pueden modificarse voluntariamente, como lo es el sexo o el color de la piel. La solución a esta crítica pasaría por hacer un análisis de las aptitudes aplicadas a cada caso particular. (Carbonell, 2008: p. 26-27). El último principio, es el de consideración de intereses. Laporta señala que el concepto status, debe ser entendido en su sentido sociológico, así éste se refiere a “ocupar

una posición social cuyos rasgos vienen definidos por el tramado normativo de la sociedad²” (1985: p. 24).

En relación con estos cuatro criterios de determinación, Laporta da a conocer algunas consideraciones generales, que son importantes de entender para comprender toda la argumentación. En primer lugar las nociones empleadas en los cuatro criterios dependen del contexto social, cultural y lingüístico en el que se quieran aplicar. La segunda consideración, dice relación con la gradualidad de estas nociones, por ej. “A cierto grado de necesidad, de merecimiento, de aptitud, etc., corresponde a una grado paralelo de diferenciación en el tratamiento” (1985: p. 25). En tercer lugar, estos principios son susceptibles de entrar en conflicto entre sí. En este caso, la solución pasaría por establecer un orden jerárquico ad hoc, de manera que se pueda establecer cuál de los principios en conflicto pesa más o tiene más fuerza y por ende se puede imponer por sobre otro u otros.

1.2 *Concepto y diferencia entre discriminación positiva o inversa y acción positiva.*

Para iniciarme debidamente en la explicación de los motivos y razones por las cuales es necesaria la implementación de una ley de cuotas en Chile que promueva la participación de la mujer en política y de la fundamentación filosófica de dicha medida, es menester hacer distinciones sobre lo que se consideran medidas de acción positiva o discriminaciones positivas o inversas, dado que la mayoría de las veces se entienden como sinónimas y como trasgresoras del principio de igualdad, de este principio que ha sido tan difícil de conceptualizar por la doctrina y que sin embargo informa sino a todas, por lo menos a un número significativo de normas de nuestro sistema jurídico.

Alfonso Ruiz Miguel señala que las acciones positivas pueden caracterizarse en general como todo tipo de medidas que tienen el fin de conseguir una mayor igualdad *social sustantiva* entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad

2 Son estatus, por ejemplo ser niño, adulto mayor, hombre, mujer, pobre, doctor, etc. Laporta explica que el status es por una parte de naturaleza normativa pero también es de carácter fáctico. Es normativo, porque son definiciones hechas por normas sociales de las distintas posiciones de la sociedad. Es fáctico porque el status consiste en la descripción de un conjunto de rasgos de hecho.

de oportunidades, valiendo como ejemplo de éstas las acciones positivas de subvenciones para la contratación laboral de jóvenes, las becas de enseñanza para familias de escasos recursos o en relación con las mujeres, las ayudas para las guarderías, las campañas de publicidad para la igualdad sexual, etc. (1996: p. 125-126). Asimismo, el objetivo de la acción positiva es, genéricamente, el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado, no tiene por finalidad la igualdad entre los individuos, aunque, obviamente, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman (Kemelmajer, 2003: p. 240-241). De este modo, las acciones positivas serían el género y las discriminaciones positivas o inversas la especie, y se caracterizarían estas últimas por la presencia de una magnitud mayor de “discriminación o de diferencia”

Respecto de la discriminación inversa o positiva, ésta favorece a personas por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado, preferencia a su vez que supone de un lado desigualdad, y de otro utilización de un rasgo o motivo sospechoso; sumado a esto, otra característica de esta discriminación es su localización en posiciones de particular escasez y por tanto de fuerte competitividad, como lo son por ejemplo, las plazas universitarias (Ruiz Miguel, 1996: p. 126-127), como será corroborado a modo ilustrativo con casos jurisprudenciales en el desarrollo de los siguientes apartados.

Cabe hacer la importante distinción que las discriminaciones positivas o inversas son cosa distinta de la discriminación injusta, dado que esta última implica en primer lugar una motivación social minusvalorada, despectiva o incluso estigmatizadora, se observa displicentemente a un grupo minoritario³, ya sea por motivos físicos, psicológicos o morales, se les estima incapacitados para ejercer roles importantes en la sociedad, vendrían restringidos por lo que coloquialmente se conoce como “limitaciones de cuna”; en segundo lugar existe una finalidad injusta, que mediante las acciones discriminatorias tiende a mantener y a perpetuar la inferioridad de las personas y el grupo desfavorecido; en tercer lugar una restricción a los derechos básicos; y por último el mantenimiento de la situación minusvalorada y la perpetuidad de la situación de subordinación u opresión del grupo

3 Los discriminados integran una minoría, entendiendo por tal no necesariamente una minoría numérica, sino el conjunto de individuos que, por razones históricas, económicas, políticas o de otro género y en dependencia de rasgos raciales, sexuales, étnicos o lingüísticos se encuentran en una condición de desventaja frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.

discriminado respecto del grupo que ejerce la discriminación. (Ruiz Miguel,1996: p.129-130). De esta manera Ruiz Miguel señala que la discriminación positiva o inversa no se corresponde con estas características, obviamente no tiene esta discriminación ninguna motivación despectiva y su finalidad es precisamente conseguir una situación más igualitaria entre grupos injustamente segregados. De la misma forma no hay una restricción o una afectación a los derechos básicos que, como el voto, la libertad ideológica y de reunión o los derechos de defensa en juicio, no son sometibles a balances con fines genéricos, sino sólo a la distribución de derechos o bienes sociales en los que, en diferentes contextos, se aceptan restricciones legales por finalidades de interés social.

1.3. Origen de la discriminación inversa o positiva y casos jurisprudenciales.

El primer caso de discriminación inversa o positiva del que se ha tenido conocimiento fue en el año 1945 en Estados Unidos. Se trataba de un hombre perteneciente a la raza afroamericana, de apellido Sweatt, quien se presentó al proceso de admisión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, pero se le negó el ingreso porque las leyes vigentes en ese Estado prohibían el ingreso de personas de color. De esta manera sólo contaban con aptitudes apropiadas para ingresar las personas de color blanco. El máximo tribunal estadounidense, la Suprema Corte, declaró que esa ley violaba la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que prescribe que “ningún estado puede negar a un hombre igual protección de sus leyes” (Dworkin, 1984: p. 327). En mi consideración, Sweatt fue afectado por una discriminación absolutamente directa fundada en un prejuicio que vulnera la dignidad de esta persona por el sólo hecho físico de ser negro⁴

De Funnis es el apellido de un hombre judío que en el año 1971 se presentó a la Universidad de Washington. El problema radica en que este sujeto fue rechazado en la admisión de la Facultad de Derecho de esa institución aún, cuando cumplía con todas las exigencias y requisitos de ingreso, cumplía a cabalidad con la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones estaban dentro de los rangos adecuados, de tal forma que debió haber sido admitido de *haberse tratado de una persona de color* o en caso “de ser un filipino, un

4 A las personas de color, los estadounidenses de raza blanca los denominan, de forma peyorativa “neeger”.

chicano o un indio norteamericano” (Dworkin, 1984: p. 327). Para entender bien el conflicto se debe tener presente que esta Facultad de Derecho establecía un sistema bastante peculiar de ingreso, que consistía en dos procedimientos distintos, ya que las solicitudes de las personas que pertenecían a grupos minoritarios se saltaban un eslabón del proceso de admisión que sí debían cumplir quienes pertenecían a los grupos mayoritarios, del que era parte De Funnis. Estos últimos pasaban por una selección previa donde se depuraba a los solicitantes de una plaza universitaria en razón de sus notas o calificaciones. Una vez cumplido este primer paso, los que hubiesen resultado victoriosos de él seguían a una etapa posterior donde la selectividad era mucho mayor. El punto es que las personas de los grupos minoritarios no sólo evadían este paso, sino que como comenta Dworkin “cada uno recibía la más cuidadosa consideración de una comisión especial integrada por un profesor negro y un profesor blanco” (1984: p.327-328).

Por ello De Funnis solicitó a la Suprema Corte que declarase que el sistema antes descrito, que imponía menos exigencias a personas pertenecientes a los grupos minoritarios, era atentatorio contra su derecho de igual protección que a él le concedía la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Esgrimió que si la discriminación inversa beneficiara a la larga a las minorías y redujera el prejuicio, seguiría siendo incorrecta, porque las distinciones raciales son en sí mismas injustas y lo son porque violan los derechos individuales de los miembros de aquellos grupos a quienes no favorecen, que por ello resultan discriminados. De Funnis sostiene que “su derecho a que *no se use la raza como criterio de admisión universitaria se deriva de un derecho a la igualdad más abstracto, que se halla protegido por la Decimocuarta Enmienda*” (Dworkin, 1984: p. 331)

En definitiva, no hubo una solución sobre el fondo de la cuestión, pero se abrió un arduo debate, y sobre este caso en particular es Dworkin quien da una respuesta en orden a señalar que De Funnis no tenía opción alguna desde el punto de vista jurídico para alegar que el trato que se le daba era una discriminación injusta; primero, porque éste no tiene un derecho constitucional alguno a que el Estado le asegure una educación jurídica de cierto nivel. Si el Estado de Texas no tuviera facultad de Derecho o si tuviera una con tan pocas plazas que sus méritos no le permitieran conseguir una, eso no constituiría una violación de sus derechos; tampoco tiene derecho a insistir que la inteligencia sea el único criterio

exclusivo de admisión. A pesar de esto De Funnis igualmente sostiene que *no* se use la raza como estándar por más que esta distinción racial sirva para promover un bienestar general o para reducir las desigualdades sociales y económicas, pero no dice que tenga ese derecho como un derecho político distinto e independiente que está además específicamente protegido por la Constitución, como lo está su derecho a la libertad religiosa y de expresión (Dworkin, 1984: p. 330-332). Esto último es importante en la argumentación de este autor, porque no se llega con toda esta controversia a establecer que la cláusula de igual protección convierte en inconstitucional toda distinción racial⁵.

Otro caso importante es el caso Bakke, también conocido por la Suprema Corte de Estados Unidos en el año 1978 que trataba de un estudiante de tez blanca que resultó rechazado por la Escuela de Medicina de la Universidad de California, la cual también con el objeto de obtener mayor igualdad general establecía un número fijo y determinado de plazas para minorías desfavorecidas. La Corte estimó que esta medida era inconstitucional. Lo importante de este caso es que dio pie, según Zúñiga et al, “a las medidas de discriminación positiva que consideran la raza como un elemento o rasgo relevante, en ciertos casos para fundamentar el test de razonabilidad que se exige al momento de aplicar el principio de igualdad” (2007: p.13).

Creo que lo importante de estos casos más allá de lo propiamente jurídico o filosófico y que es la arista principal de este trabajo, (fundamentar que una ley de cuotas no violenta el principio de igualdad), es abarcar estos casos complicados desde un punto de vista social, como en mi opinión lo logra ejemplificar Valle cuando se coloca en la posición de elegir entre ambos casos, Sweatt y De Funnis, señala que “esta disyunción pretende sugerir que en cualquier programa de trato diferencial a sectores objetiva e históricamente

⁵ Dworkin explica que los individuos como ciudadanos tiene dos derechos que sería los que tendrían la aptitud para reclamar o frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas la practica social de mejorar la igualdad general. El primer derecho es al de igual tratamiento y el segundo a ser tratado como igual. El derecho de igual tratamiento se refiere al derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas y el derecho a ser tratado como igual implica el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. Así en algunas circunstancias el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede siempre. De Funnis no tiene derecho a igual tratamiento en la asignación de plazas en la universidad, en la facultad de derecho, por el simple hecho de que otros sean beneficiados con una plaza. (1984: p. 331-333)

desprotegidos y excluidos socialmente se producirá un caso como el De Funnis, pero, evitar todo lo posible De Funnis implica que nunca un Sweatt pueda romper el círculo de marginación y segregación” (1993: p. 484). Este autor da un ejemplo hipotético, donde por un momento imagina que existe sólo una universidad y que sus procesos de admisión se basan sólo en calificaciones, siendo los demás rasgos totalmente irrelevantes. Así, los Sweatt difícilmente podría lograr un cupo en esta universidad, porque ellos son parte de una clase marginada social y económicamente, de esta forma, la única solución es que para que alguno de ellos logre estudiar en esta universidad es que se les reserven cupos a los mejores Sweatt, aunque con eso no se satisfagan a todos los De Funnis (Valle. 1993: p.484). Desde el punto de vista de las “categorías prohibidas”⁶ de Dworkin, en su obra el Imperio de la Justicia, los jueces deberían haber fallado siempre a favor de las pretensiones de De Funnis y Bakke, pero fallar así va en contra de toda lógica práctica y racional. Valle señala que “ni De Funnis ni Bakke fueron discriminados, pues muchos igual que ellos pudieron ingresar a estudiar, y aún cuando no se acogiera la petición de ellos igual seguirían ingresando a las universidades muchos otros de su misma condición” (1993: p. 485).

Otro caso jurisprudencial importante de analizar, que proviene del sistema jurídico europeo es el caso Kalanke⁷. Sucede que en Bremen se realizó una selección para cubrir un puesto de promoción de jefe de sección en servicio de parques y jardines y, tras finalizarse el proceso de elección, fueron clasificados el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann; el comité de conciliación consideró que los dos candidatos tenían idéntica capacitación y que por lo mismo debía optarse por la Sra. Glissmann. Debido a esto el Sr. Kalanke esgrimió que él estaba mejor capacitado y que el régimen de cuotas establecido por la Ley de cuotas del

6 En las categorías prohibidas se insiste en la idea que cualidades como la raza, el sexo o género o cualquier otra del mismo estilo, no pueden ser jamás utilizadas para distinguir a grupos de ciudadanos aun cuando esto fuese útil a un interés general.

7 Es importante analizar este caso, porque versa sobre el igual trato que deben recibir las mujeres respecto de los hombres en lo que se refiere al acceso al empleo a y a la promoción profesional. Este caso tiene mayor relación con el tema de la tesina porque encamina nuestra argumentación en favor de una discriminación inversa en favor de las mujeres.

Estado de Bremen trasgredía el principio de igualdad y al art. 611 del Código Civil alemán (Zúñiga, et al .2007: p. 14)

En definitiva, el caso en comento tuvo término en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995, que consideró que una norma del Land de Bremen del año 1990, - la cual concedía en los asensos en la función pública preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si en el sector de que se trata, están infrarepresentadas- era contraria a una Directiva de la Comunidad Europea, debido a que, según ellos, el apartado 4 del art. 2 de la Directiva, que tiene como objeto aplicar en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre ambos sexos en el empleo, constituía una excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, de modo que debía ser aplicada restrictivamente. Del mismo modo, se estableció que una normativa nacional que garantizara la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, sobrepasa lo que debe ser el fomento de la igualdad de trato”

Según Ruiz Miguel, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fallara de esta forma, se debe a que entienden el principio de no discriminación en su sentido peyorativo, como distinción injusta, y en su fallo incorporarían el injustificado prejuicio contra las diferencias de trato en favor de las mujeres, cayendo en una argumentación sumamente formalista y abstrayéndose de las desigualdades reales (1996: p. 134). Asimismo señala -idea que comparto- que el Tribunal cae en error al confundir lo que es una excepción con lo que significa cualificación. Ruiz Miguel da como ejemplo la prohibición de entrada de perros a un lugar, que tiene como excepción la entrada de perros lazarillos, pero estaríamos frente a una cualificación si la prohibición se refiere a la entrada de perros por causas razonables. Así, según este autor, el apartado 4 del artículo 2 que exige la promoción de la igualdad de oportunidades para corregir desigualdades, cualifica o sirve para interpretar el sentido apropiado de la exclusión de discriminaciones injustas, que no ha de interpretarse restrictivamente, sino correctamente.

Ahora bien, respecto a la preferencia absoluta, este autor señala que no es tal, dado que se requería igualdad de capacitación entre los postulantes y además una infrarrepresentación del sexo femenino. La última razón que se extrae de la Sentencia, es la distinción entre medidas para la promoción de la igualdad de oportunidades y medidas de

aplicación de tal igualdad, ya que la sentencia expresa la idea que los poderes públicos podrían alentar a que la sociedad confiera iguales oportunidades a hombres y mujeres pero sin poder emprender medidas para garantizar de manera efectiva tal forma de igualdad entre ambos, como si lo primero fuese posible o útil a lo segundo. (Ruiz Miguel. 1996: p.134-136).

1.4 ***Críticas y aspectos favorables de la discriminación inversa o positiva.***

Es aconsejable efectuar un parangón entre las críticas que se formulan a la discriminación inversa, no sólo para contrarrestarlas y seguir argumentando a favor de su implementación, sino porque me permite hacerme cargo de otros casos importantes -tanto como los anteriores- ya no en el ámbito jurisprudencial, sino más bien académico e igualmente ligado a la vida universitaria y a la experiencia norteamericana respecto de la implementación de políticas de discriminación inversa en las principales universidades, instituciones de educación superior de elite, y todo esto de la mano de Dworkin sobre la base de su libro *La Virtud Soberana*.

Se cuentan dentro de las principales críticas a la discriminación inversa el hecho de tomar en consideración las llamadas “categorías sospechosas”- señala Kemelmajer- como lo son la raza, el sexo o la opción religiosa, no se presentarían como criterios idóneos ni para perjudicar ni para beneficiar (2003: p. 249), nuevamente por la idea que se enunció a propósito del caso DeFunnis, porque una discriminación, independiente del rasgo relevante que tome para hacer una diferenciación, siempre es en último momento una discriminación e irá en contra del derecho, en contra de la dignidad que toda persona tiene por el hecho de pertenecer a la raza humana.

En segundo lugar, también se señala como una crítica que la discriminación inversa o positiva pretende compensar un daño o perjuicio sufrido por el grupo minoritario por la hegemonía o control del grupo mayoritario. Kemelmajer dice que sería una especie de “reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos” (2003: p. 249). Desde mi forma de ver las cosas, esta crítica no está en lo absoluto bien fundamentada, de hecho, la discriminación inversa implica en cierta forma una compensación por la privación de bienes primarios de la que son blanco los sujetos de los grupos minoritarios, bienes que se corresponden con la clasificación de cinco categorías de bienes primarios de la Justicia como Equidad de Rawls. Esta compensación de la que hablo

halla su fundamentación en el principio de diferencia del autor, en orden a que “las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad” (2002: p. 73).

En tercer lugar, y ligada directamente con la anterior crítica, existe la idea de que “la persona que hoy resulta excluida está pagando las culpas históricas de su grupo sin que a él pueda imputársele individualmente ninguna conducta discriminatoria” (Kemelmajer. 2003: p. 250). Lo anterior no me parece consistente puesto que vivimos en una sociedad que se estructura en base a la cooperación y a principios democráticos que nos obligan a avanzar en la consolidación de un sistema político y social más igualitario, como también nos convida a hacernos cargo de los errores del pasado, aprender de ellos y en definitiva no volver a cometerlos. Para ello se hace necesario la toma de medidas, como pueden ser las de acción afirmativa, pero ello no implica una suerte de venganza, ni mucho menos el arraigo de la idea de culpas que deberían pagar las nuevas generaciones, sino más bien implica la idea de un proceso educativo donde las nuevas generaciones de los grupos mayoritarios o más aventajados sean capaces de aprehender el rol que les compete en esta búsqueda de una sociedad más igualitaria.

También se señala, por los detractores, que hay un alejamiento de la meritocracia y que el fin no justificaría los medios, en tanto lo que se hace es “adoptar como *medio* un derecho *desigual* persiguiendo como *fin* alcanzar la *igualdad* social y efectiva” (Kemelmajer. 2003: p. 252). Además existiría una inadecuación del medio al fin, ya que éste, como señala Kemelmajer, es imprudente, ya que si la medida no es apoyada por una parte de la mayoría de la sociedad, es probable que genere mayor hostilidad social aún hacia el grupo favorecido; del mismo modo produce efectos opuestos a los pretendidos, porque las cuotas estigmatizan o marcan socialmente a las propias personas o grupos favorecidos como inferiores, incapaces de conseguir por sí solos y sin una ayuda especial determinados puestos. (2003: p.252).

Para rebatir lo anterior, específicamente que medidas como éstas generan mayor hostilidad, es pertinente recurrir al estudio de *The Shape of the River*, de William G. Bowen y Derek Bok -quienes fueron rectores de las Universidades de Princeton y Harvard, respectivamente- donde se analiza una base de datos que denominaron *College and Beyond* (C&B) que contiene información sobre cada uno de los más de 80.000 alumnos

matriculados en veintiocho universidades y *colleges* selectivos en 1951, 1976 y 1989. Estas instituciones son representativas de las facultades de elite que han implementado medidas de discriminación positiva (Dworkin, 2003: p. 421-422).

Dworkin, sobre la base de C&B trata de responder la siguiente pregunta, ¿perjudica la discriminación positiva a los individuos negros que se sienten insultados o perjudicados por la suposición de que los miembros de su raza necesitan favores especiales?(2003: p. 435), la verdad es que la discriminación positiva puede provocar el efecto que algunas personas de los grupos minoritarios se sientan disminuidas frente a las del grupo mayoritario, quienes les harían una suerte de favor en integrarlos a su realidad. Dworkin explica que este es un costo “lamentable e indudable de esta práctica” (2003: p. 435). Así, si son muchos los sujetos negros, los que sufren por este costo, entonces el costo que se paga por la implementación de políticas de discriminación inversa en las universidades de elite es muy alto, pero la cuestión cambia si quienes se sienten deshonrados frente a estas prácticas discriminatorias es un número insignificante, como arrojan por ejemplo los resultados del estudio River. De hecho, Dworkin constata que “una mayoría arrolladora de los individuos negros encuestados en River aplaude las políticas sensibles a la raza practicadas por las universidades. Los individuos que conforman esa mayoría creen que ahora éstas deberían poner un mayor énfasis todavía en la diversidad racial y aceptan lo que el estudio confirma, esto es, que la discriminación positiva ha resultado beneficiosa para ellos, tanto al elevar sus ingresos como en otros aspectos no materiales”(2003:p. 436).

Respecto de los aspectos positivos en relación a esta medida se pueden enumerar varios, y sobre todo en contraste a las supuestas deficiencias enumeradas en los párrafos anteriores. En primer lugar, medidas como las que se analizan en estos párrafos tienen como objetivo mirar hacia el futuro. Con esto no me desdigo de su sentido compensatorio, pero remediar la exclusión y la situación minusvalorada de la que han sido objeto miembros de los grupos minoritarios no es el único objetivo que buscan las discriminaciones inversas o positivas, también se plantean como un mecanismo eficiente para el fortalecimiento de una democracia más pluralista. Dworkin, argumentando en el mismo sentido pero en relación a las universidades estadounidenses de elite, expresa que “éstas han aspirado tradicionalmente a ayudar a mejorar la vida colectiva de la comunidad, no sólo protegiendo y ampliando su cultura y la ciencia o mejorando el ámbito de la medicina, el comercio y la

agricultura, *sino* también ayudando a hacer *esa vida más justa y armoniosa.*” (2003: p. 441).

Un aspecto en el que es pertinente reparar es en la seriedad y en la prudencia⁸ de sus fines, ya que éstas, al igual que las acciones positivas, colocan de manifiesto una realidad que muchas veces vemos pero no observamos o bien nos mantenemos perplejos ante ella, aún cuando es palpable la situación de injusticia social de las que son objeto miembros de los grupos minoritarios. También es de suma importancia recalcar que para la determinación y aplicación de discriminaciones inversas o positivas no sólo interesan los méritos de los sujetos en cuestión, sino también otros rasgos relevantes, que a la vez son elementos que permiten afirmar que la decisión de la aplicación de una discriminación inversa se funda en rasgos relevantes para la promoción de justicia social más equitativa.

1.5 ***Discriminación inversa o positiva y su relación con la teoría de John Rawls.***

La Teoría de la Justicia en palabras de Paula Vidal Molina, “propone como objetivo ofrecer, en el contexto de la filosofía moral moderna una concepción moral alternativa a la derivada del utilitarismo clásico, el perfeccionismo y la opción intuicionista” (2009; p.227). Desde esta perspectiva, la Teoría de Justicia planteada por Rawls, se enmarca dentro del concepto de contrato social, ese concepto que extraemos de los teóricos clásicos como Hobbes, Locke, Rosseau y Kant, toda vez que, los principios de justicia que han de regir la sociedad deben ser establecidos mediante un acuerdo adoptado por ciudadanos libres e iguales.

Una de las ideas principales de la Teoría de la Justicia es la “estructura básica de la sociedad”, entendiendo por ésta “el modo en que las principales instituciones políticas y sociales encajan, en un sistema de cooperación social; y el modo en que asignan derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventajas que surgen de la cooperación social a lo largo del tiempo” (Rawls: 2002; p. 33). De este modo, si la sociedad es un sistema equitativo de cooperación social entre personas libres e iguales, cabe preguntarse, cómo y quién determina los términos equitativos de la cooperación.

⁸ Kemelmajer se refiere a la bondad de los fines. (2002: p 254)

Rawls explica que estos términos son alcanzados por un acuerdo, el cual debe ser adoptado bajo ciertas condiciones para ser válido, desde la perspectiva de la justicia política. Estas condiciones “deben situar equitativamente a las personas libres e iguales y no deben permitir que algunos puedan negociar con los demás posiciones no equitativas de ventajas. Además, debe quedar excluido todo lo que tenga que ver con amenazas de fuerza, coerción, engaño y fraude” (2002: p. 39). Lo anterior, es posible de lograr a través de la posición original y el velo de ignorancia que cubre a los sujetos en dicha situación.

La posición original es una situación ficticia o hipotética, donde los sujetos no advierten ciertos hechos, como lo son; su posición social, o las doctrinas comprensivas que los representan. Se suma a lo anterior el desconocimiento de factores tales como, la raza, etnia, el sexo e inclusive dotaciones innatas como lo es, a modo de ejemplo, la inteligencia. No tener conocimiento acerca de estos datos se debe a lo que Rawls denominó el velo de ignorancia; un manto que evita que los sujetos en la posición original pueden optar de una forma que les mejore sus condiciones en perjuicio de las circunstancias de otro sujeto. Con esta fórmula, “se quiere asegurar que los principios de justicia se escogerán en la más plena ignorancia, para no asegurar a nadie posiciones de ventajas o desventajas producto de la fortuna natural o por las circunstancias sociales en que han vivido los sujetos. Tal procedimiento fija y garantiza que los acuerdos alcanzados respecto de la elección de los principios de justicia sean imparciales, a la vez que se permite que todos tengan los mismos derechos de elegir principios” (Vidal: 2009; p. 230-231).

Esos principios a lo que se refiere Vidal son el primer y segundo principio de justicia. El primero de ellos implica que “cada persona tiene el mismo *derecho irrevocable* a una esquema *plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar para todos*”. El segundo principio conlleva que “*las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones, primero, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades y en segundo lugar las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad*” (Rawls: 2002; p. 72-73). La primera condición del segundo principio se denomina principio de igualdad equitativa de oportunidades, y la segunda parte o final del mismo principio se denomina principio de diferencia.

Entre estos principios existe un orden lexicográfico. El primer principio de justicia, el de libertad, prima por sobre el segundo. El principio de igualdad equitativa de oportunidades, tiene a su vez, prevalencia sobre el principio de diferencia. Este “orden serial” o “prelación lexicográfica” “significa que hasta que no se consiga el nivel adecuado en uno de los principios, el siguiente no entra en juego. Rawls, con este orden hace evidente la distinción entre derechos y libertades fundamentales, y beneficios sociales y económicos, generando con ello la jerarquización de diversos bienes primarios” (Vidal: 2009; p. 233).

Respecto del contenido de ambos principios de justicia, en el primero se consideran la libertad de pensamiento y libertad de conciencia, las libertades políticas y libertad de asociación, así como los derechos y libertades amparados por el imperio de la ley. En relación al segundo principio, específicamente a su primera parte, denominado principio de igualdad equitativa de oportunidades, es importante señalar que “éste no exige meramente que los cargos públicos y las posiciones sociales estén abiertas en un sentido formal sino que *todos* tengan una oportunidad equitativa de llegar a ocuparlos” (Rawls: 2002; p. 74). Asimismo, el principio de diferencia, tiene como contenido autorizar la implementación de medidas que podrían entorpecer un trato diferenciado. Según Rawls es posible aceptar una desigualdad cuando redunde en un beneficio para los menos aventajados (2002: p. 97-98). De igual forma se plantea Carbonell, al señalar que a través de este principio se puede “justificar el criterio de “protección de los más débiles”, que tiene mucha relevancia en el ámbito de los derechos sociales; solamente a partir de la protección preferente de los más débiles podemos justificar que una desigualdad sea ventajosa para todos” (2003: p.11).

Del contenido de este principio debe extraerse el concepto de “menos aventajados”, que no dice relación con la posibilidad de identificarlos con elementos como el sexo, la raza o creencias, sino que con los bienes primarios. Estos últimos, según Rawls, son “cosas que necesitan y requieren las personas vistas desde la óptica de la concepción política de las personas, esto es, como ciudadanos que son miembros plenamente cooperativos de la sociedad y no meramente como seres humanos al margen de cualquier concepción normativa” (2002: p.90). Son bienes primarios los derechos y libertades básicas; la libertad de movimiento y la libre elección del empleo en un marco de oportunidades variadas; los poderes y prerrogativas que acompañan cargos y posiciones de autoridad y responsabilidad; ingresos y riqueza; y por último, las bases sociales del autorrespeto. De este modo, se

podría considerar que la mujer es parte del grupo de los menos aventajados, ya que durante siglos ha sido privada por distintos factores, que se explicarán en el segundo capítulo, de ciertos bienes primarios y de las expectativas que como ciudadana cooperativa de la sociedad tiene respecto de esos bienes.

Para justificar desde la Teoría de la Justicia de John Rawls la implementación de una ley de cuota tendiente a asegurar la participación de la mujer en política, es pertinente el segundo principio de justicia, ya que en palabras de Carbonell, “este principio parte de la idea que la regla general debe ser la igualdad; las desigualdades deben ser la excepción y solamente se pueden tolerar bajo las dos circunstancias que se enumeran en el mismo principio” (2003:p. 17).

Es preciso considerar que el objeto de la primera circunstancia del segundo principio, a saber, la igualdad equitativa de oportunidades, tiene por propósito esencial alcanzar un efectivo acceso a los “cargos y empleos”, ya que según lo que expone Rawls, un cargo y empleo no es necesariamente asequible por el sólo hecho de no existir impedimentos formales; sino que la importancia del principio radica en que se deben generar las circunstancias o condiciones que permitan o favorezcan la posibilidad real de acceso a esos bienes sociales; a esos “cargos y empleos”.

Lo anterior, en el caso de las mujeres y su presencia en la esfera pública como actores políticos, en principio puede entenderse como un hecho, dado que el artículo 19 N° 17 de la Constitución Política de Chile establece la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que imponga la Constitución y las leyes, y éste en concordancia con el artículo 1° del mismo texto, que expresa que las “personas” nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Según el contenido de estas normas constitucionales, no podría sostenerse de forma absoluta que no existen las condiciones formales para la participación de la mujer en la esfera pública, sobre todo después de la reforma al texto constitucional donde su artículo primero, que utilizaba la voz “hombres”, fue sustituido por la expresión “personas”, estableciendo de ese modo la igualdad constitucional entre hombre y mujer⁹.

9 El artículo en cuestión, quedó modificado según su actual contenido por la ley N° 19.611 de 16 de Junio de 1999.

Sin perjuicio de lo anterior, la presencia femenina según datos actuales extraídos de la Cámara del Senado y de Diputados, se encuentra infrarrepresentada. El Senado está compuesto por 38 miembros, pero sólo 4 de ellos son del género femenino, algo parecido ocurre con las diputadas, ya que sólo ocupan ese cargo 17 mujeres de un total de 120 escaños, es decir la representación porcentual de las mujeres en la cámara baja es del 14.7%, mientras que en la alta es del 13,56%. Valores porcentuales sumamente bajos, tomando en consideración los niveles de participación de países desarrollados como los Nórdicos, donde según los datos de *Inter Parliamentary Union*, la participación parlamentaria de las mujeres alcanza un 41,2%.

Según este hecho queda de manifiesto que las mujeres particularmente en Chile, a pesar de poseer sus derechos y libertades básicas aseguradas, no se encuentran en igualdad de oportunidades para la participación en política. De este modo, es labor del Estado promover las condiciones necesarias para corregir este tipo de desigualdades, siendo un método idóneo para solucionar este defecto, el establecimiento de una política de acción afirmativa que se manifieste en mecanismos de discriminación positiva o inversa, por medio de la instauración de una ley de cuota que incentive la participación de la mujer en política.

Es importante especificar que bajo este escenario, se da cumplimiento a la parte final del segundo principio de justicia de Rawls, toda vez que éste acepta una desigualdad cuando redunde en un beneficio para los menos aventajados, como sucede en el caso en comento, donde la mujer está siendo excluida de las decisiones importantes, de las discusiones sobre políticas que afectan directamente los intereses del género. Se habla de desigualdad porque toda medida de acción positiva estriba un grado de desigualdad pero es autorizada por el ordenamiento jurídico, no solo por la búsqueda de una igualdad política real, sino porque es expresión del principio de igualdad por diferenciación, en tanto se considera un rasgo diferenciador la exclusión de la que ha sido objeto la mujer. Las mujeres se han visto privadas de sus bienes primarios por razones históricas y culturales, así por ejemplo, no han gozado de los poderes y las prerrogativas que acompañan a cargos y posiciones de autoridad, porque no hay igualdad equitativa de oportunidades para alcanzar dichas posiciones o cargos. Por este motivo para alcanzar la igualdad de oportunidades de la que habla Rawls, respecto de la participación en política de la mujer, se hace necesario

dar cumplimiento al principio de diferencia, lo que nos llevará necesariamente a la ley de cuota.

Capítulo 2.

Cuotas de género y legislación vigente.

1.1 *Escenario actual de la participación activa de la mujer en política.*

En Chile el reconocimiento de la mujer, como agente activo de la sociedad se ha visto revitalizado durante las últimas décadas, impulsada por políticas de Estado y de Gobierno que han tendido a mejorar principalmente las condiciones laborales de éstas. Actualmente se considera como normal y cotidiano que la mujer deje su hogar y la serie de actividades que antes desarrollaba en él y que opte por emprender una carrera laboral o profesional, delegando en otros sujetos total o parcialmente el cuidado del hogar y de los hijos. Lo anterior, hace un par de décadas hubiese encolerizado a ciertos grupos de la sociedad. Sin embargo, en la actualidad la situación es distinta, ya que no sólo se protege a la mujer trabajadora sino que existen incentivos gubernamentales para que ésta transite hacia el grupo activo de la sociedad en condiciones de igualdad salarial, dado que en materia laboral, es frecuente la existencia de diferencias arbitrarias en el caso de remuneraciones por la misma prestación de servicios, respecto de la misma empresa, y por mujeres con iguales grados académicos y de capacidad profesional que los hombres.

La promoción a través de medios o instrumentos legales para la inclusión de la mujer en la sociedad, específicamente en la esfera pública, no ha recibido el mismo apoyo que la situación antes descrita.

Si se advierte el porcentaje de mujeres presentes en la esfera pública chilena, los datos a nivel ministerial son arrolladoramente bajos. De los veintidós ministerios sólo cuatro son ejercidos por mujeres, es decir, la representación ministerial de éstas corresponde a un 18%. Esta situación se reproduce en el caso de las subsecretarías, ya que la mujer sólo tiene una representación ascendente al 22%, que corresponde a siete subsecretarías de un total de treinta y uno. Respecto del gobierno regional, que son también cargos de designación presidencial al igual que los anteriores, las mujeres representan el

26%, es decir, de las quince regiones sólo cuatro de ellas gozan de una mujer como máxima autoridad y representante del gobierno nacional.

Según los datos presentados, se podría presumir que no existe una voluntad política del ejecutivo tendiente a alcanzar una mayor representatividad de las mujeres en dicho poder. Sin perjuicio de la gravedad de esta escasa presencia, aquella puede justificarse por la naturaleza de estos cargos, que son de aquellos denominados “de exclusiva confianza del Presidente”. Sin embargo, el gobierno anterior dirigido por la primera mujer Presidente de Chile¹⁰- Michelle Bachelet Jeria- implementó una política gubernamental denominada “Compromiso del Gobierno de Chile, para avanzar en Equidad y Género. Agenda de Género 2006-2010”, que se caracterizaba por una dualidad de carácter. Por una parte era una agenda política, en la medida en que establecía prioridades y compromisos para avanzar en materia de equidad entre mujeres y hombres, eliminando las discriminaciones aún existentes en la sociedad en contra del género femenino, de acuerdo con el marco normativo internacional y nacional; y por otra parte, su carácter era técnico, por cuanto dichos compromisos eran situados en el ámbito específico de acción de los distintos actores/instituciones que debían implementarlos con un sentido estratégico, que aportara al logro de la meta final que era la equidad de género.(Agenda de Género 2006-2010, 2007: p.12).

Dentro del marco institucional que instaura esta agenda gubernamental, durante el gobierno de Bachelet se aplicó por primera vez en Chile la paridad en el poder ejecutivo, a nivel ministerial, de subsecretarías y demás reparticiones públicas que dependieran directa e indirectamente de este poder del Estado.

En relación al poder legislativo, la problemática subsiste y se acentúa su gravedad. Como se señaló en el apartado 1.5, la representación porcentual de las mujeres en la cámara baja es del 14,7%, mientras que en la alta es del 13,5%, cifras muy por debajo de estándares internacionales. De esta manera, la infrarrepresentación de las mujeres en el poder legislativo repercute en la calidad de democracia que goza y/o detenta nuestro sistema político, en esa relación entre representantes y representados que se torna el cimiento

¹⁰Otros gobiernos anteriormente habían aplicado paridad ministerial, pero no habían sido presidentes de género femenino, así es el caso de Lionel Jospin y Rodríguez Zapatero en España y Francia respectivamente.

principal de las democracias modernas. Como se señala en el informe de FLACSO-Chile e IDEA, “Cuotas de Género: Democracia y Representación”, la debilidad democrática está íntimamente asociada a los vacíos de representación producidos cuando: las autoridades públicas no reflejan la diversidad existente en una comunidad, los ciudadanos y ciudadanas no gozan de un derecho efectivo para presentarse y competir a cargos públicos, y/o existe una escasa efectividad de los representantes para mediar entre los intereses de sus representados y su sistema político. (Ríos, 2006: p.9).

En nuestro país, las mujeres no gozan de un *derecho efectivo* a la participación en política, son variados los obstáculos que se anteponen a su inclusión en esta esfera, “tradicionalmente, las labores domésticas, el espacio de la casa, el cuidado de la familia han sido asignados a las mujeres; mientras que el trabajo remunerado y la política han sido actividades socialmente asignadas a los hombres. Los estudios han permitido constatar que en las relaciones entre hombres y mujeres, las mujeres han estado sistemáticamente subordinadas¹¹, y que todo lo que se identifica con lo femenino ha tendido a ser subvalorado”. (Villanueva, 2007: p.1)

De este modo, la mayor presencia de hombres en los parlamentos o que haya más presidentes o ministros varones, por poner sólo algunos ejemplos en relación a los datos señalados en los párrafos anteriores, no se explica sólo, por una presunta mayor capacidad de los varones sino por el hecho de que la vida o esfera pública ha sido social y culturalmente reservada a ellos. Incluso en la actualidad, las mujeres que desarrollan actividades laborales fuera del hogar siguen siendo las principales responsables de resolver los problemas vinculados al ámbito doméstico, siendo el más usual la contratación de otra mujer que la sustituya en la crianza y cuidado de los hijos y en las atenciones que se deben a un hogar. En este sentido, la mujer es claramente discriminada por una hegemonía cultural y social que se ha venido reproduciendo constantemente, y que sólo ha variado en ciertos ámbitos como la inserción laboral de la mujer, aunque dicha inclusión no ha sido en igualdad de condiciones respecto de los varones.

¹¹ Como lo explica, Caroline Moser en “La planificación de género en el tercer mundo: Enfrentando las necesidades prácticas y estratégicas de género”, en el Programa de Estudios de Género de la Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 8-9.

La Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación en contra de la mujer (CEDAW), que se encuentra suscrita y ratificada por Chile desde el año 1989, en su artículo primero, señala que “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, -independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer-, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” No sólo la CEDAW protege los derechos de la mujer en la esfera política, sino también lo hacen normas internacionales de carácter general como lo son, el artículo 23 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se refieren a los derechos políticos y la igualdad ante la ley respectivamente. Específicamente, el artículo 23, primera parte, establece que todos los ciudadanos deben gozar de ciertos derechos y oportunidades, como son participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Asimismo, votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Y por último de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (Villanueva, 2007: p.6)

Por otra parte, la Constitución Política en el artículo 19 n° 2, establece la igualdad ante la ley, y señala específicamente que el hombre y la mujer son iguales ante ella. A mayor abundamiento, el Estado de Chile, tiene el deber y obligación por mandato constitucional de respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en virtud del contenido del artículo 5 de la Carta fundamental.

En la misma línea argumentativa, por mandato de esta norma constitucional se debe dar fiel cumplimiento a la CEDAW, la que en su artículo cuarto señala que, 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.

Una de las medidas de carácter temporal y que acelera la igualdad de facto específicamente en la esfera política-pública, son las cuotas electorales respecto de las mujeres. De hecho, la Recomendación General 25 de la CEDAW ha establecido que las “medidas especiales” a las que se refiere el artículo 4º.1 de la CEDAW “abarcan una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y *los sistemas de cuotas*.” (Villanueva, 2001: p.18)

1.2 Cuotas de género, una conceptualización.

Uno de los mecanismos utilizados para lograr una adecuada equidad entre hombres y mujeres, en relación a su presencia en esferas de poder político, han sido las cuotas electorales. Más de un centenar de países han incorporado esta medida de acción afirmativa a sus legislaciones, así sucedió en Latinoamérica en países como Argentina en el año 1991; Costa Rica, México, Paraguay en el año 1996; Bolivia, Panamá, Ecuador, Perú, Republica Dominicana y Brasil en 1997; Venezuela en 1998 y finalmente, Colombia y Honduras en el 2000, tienen leyes de cuotas de entre 20% y 40%, que buscan garantizar la presencia de mujeres en el ámbito público, principalmente en los parlamentos. (Villanueva, 2007: p.1)

Las cuotas son un mecanismo por el cual se busca alcanzar una igualdad efectiva entre diferentes grupos sociales en el acceso a cargos de decisión o elección popular. (Hola, Veloso, Ruiz, 2002: p.70). Representan medidas de acción positiva fundamentadas en el supuesto de que existe un desequilibrio que impide una igualdad de oportunidades efectiva entre grupos e individuos. (Ríos, Villar; 2006: p.30). Variados son los argumentos que se han esgrimido a favor de la implementación de cuotas para la participación de la mujer en la esfera política. Entre ellos se cuenta en primer lugar, que las cuotas de género no *discriminan sino que compensan* la actual existencia de barreras que impiden que las mujeres cuenten con su justa proporción en los cargos públicos. En segundo lugar, siguen siendo los partidos políticos los que controlan el proceso de nominación, además su aplicación implica que haya varias mujeres en una comisión o asamblea, lo cual minimiza la presión o el estrés que a menudo experimentan las mujeres cuando se encuentran infrarrepresentadas. En tercer lugar, las cuotas como medidas de discriminación positiva se

introducen *para reivindicar los derechos de participación e inclusión de la mujer en el proceso de toma de decisiones*. Adicionalmente se señala que las cuotas son medidas de carácter transitorio que colaboran a la incorporación de las mujeres en la política, rompiendo con las estructuras que las discriminan (Ríos, Villar; 2006: p. 36-37). En cuarto lugar, las cuotas no sólo contribuyen a acrecentar la representación descriptiva de las mujeres, que es aquella que se refiere a la presencia de miembros de un grupo social en un ente legislativo; presencia que mejora cuando la proporción en el parlamento se acerca a la real de las mujeres en la población, sino que también contribuye a mejorar la representación *sustantiva* de ellas, la cual se refiere a la promoción de los intereses de un grupo en el proceso legislativo. Ésta mejoraría cuando una mayor cantidad de temas importantes y relevantes para las mujeres ingresen a la agenda parlamentaria y sean eventualmente incorporados en la legislación.

Respecto del funcionamiento de las cuotas, Jacqueline Peschard, sostiene que éstas pueden tener reconocimiento por el ordenamiento jurídico a través de tres vías, a saber; legal, constitucional o por la voluntad de los partidos políticos. Las primeras dos son de orden obligatorio dado su particular rango legal o constitucional; la tercera dependerá de la voluntad de la orgánica del partido de que se trate.(2002: p. 5)

En este mismo sentido se plantea Mona Lena Krook, quien sostiene que las cuotas contienen tres categorías de medición *distintivas pero, políticamente equivalentes, dado que todas buscan promover la representación de las mujeres a través de políticas concretas para el incremento de la selección de candidatas a cargos políticos*.

Estas categorías serían escaños reservados; cuotas de partidos; y cuotas legislativas. Los *escaños reservados* son políticas públicas que literalmente reservan escaños para las mujeres de las asambleas políticas. Como tal, garantizan la presencia de éstas al revisar los mecanismos de elección para exigir un número mínimo de actores femeninos. Esta proporción, sin embargo, generalmente es muy baja: algunas políticas para escaños reservados exigen cantidades tan bajas como un 1 o 2 % de todos los sitios, a pesar de que hay excepciones importantes, como la política de un 30%, adoptada recientemente en Tanzania. Los escaños reservados son usualmente decretados a través de reformas constitucionales que establecen listas electorales separadas para las mujeres, designan

distritos separados para las candidatas femeninas o asignan escaños femeninos a los partidos de acuerdo a su proporción en el voto popular.

Por otro lado, las *cuotas de partidos* son medidas adoptadas voluntariamente por los partidos políticos para requerir una proporción determinada de mujeres entre sus candidatos. Dado que tienen su origen en los conglomerados políticos, estas cuotas difieren de los escaños reservados, toda vez que conciernen listas de candidatos, en vez de la proporción final de mujeres elegidas. Fueron adoptadas por primera vez a comienzos de la década de los 70 por varios partidos de izquierda de Europa Occidental. Hoy en día, son el tipo de cuotas de género más comunes, ya que aparecen en los partidos de todo el espectro político y en todas las regiones del mundo (2008: p.25-29).

En Chile los partidos políticos que han implementado un sistema voluntario de cuotas, son el Partido por la Democracia (P.P.D.), con una cuota del 40%; el Partido Socialista (P.S.), con una cuota ascendente al 30% y por último el Partido Demócrata Cristiano (P.D.C.), con una cuota de un 20%. A diferencia de la experiencia de otros países, donde han dado cumplimiento a estas cuotas voluntarias, en Chile la situación es diametralmente distinta, ya que los partidos no han asumido este compromiso, impidiendo por tanto que las cuotas tengan un efecto significativo en la composición del congreso y en otras instancias representativas. El no cumplimiento de las cuotas por los partidos políticos, se deriva en gran medida de los obstáculos y barreras que impone del sistema binominal. Sin embargo, sería del todo ingenuo imputar la ausencia de la mujer sólo a este motivo, ya que la falta de voluntad e interés político de los partidos es uno de los escollos principales, por temor a apoyar iniciativas que cuestionan las estructuras de poder, dentro y fuera de estas instituciones y que pueden ser interpretadas como amenazas por aquellos sectores que participan más directamente en procesos tales como la nominación de candidatos. (Villar. 2006: p. 45-46).

La última categoría de medición son las *cuotas legislativas*, que se refieren a aquellas medidas decretadas por los parlamentos nacionales que obligan a todos los partidos a nominar una cierta proporción de candidatas femeninas. Generalmente involucran reformas a la Constitución o a la ley electoral para poder alterar el significado de la igualdad y representación que informan los procesos de selección de candidatos. En particular, estas nuevas leyes buscan legitimar la acción afirmativa y reconocer *el «género»*

*como una entidad política*¹². En Francia, por ejemplo, una cuota de un 50% se introdujo luego de la reforma constitucional de 1999, y luego de cambios en la ley electoral en el año 2000. Los partidos deben ahora nominar a un 50% de hombres y a un 50% de mujeres candidatos para casi todos los cargos políticos, experimentando diversas sanciones financieras y políticas si no cumplen. (Krook, 2008: p. 31-32).

Respecto de estas tres formas o medidas en las que se pueden presentar las cuotas, la que genera mayor número de críticas es la de escaños reservados, ya que se señala de ellas que “quiebran la libertad electoral” en cuanto quien es elegido lo hace, no porque los votantes lo deciden, sino porque pertenece a una minoría. Esta objeción, con todo, se refiere a la eventual asignación directa de puestos en el parlamento para una o varias minorías, al modo de los senadores designados y al margen de todo proceso electoral. Pero las cuotas electorales que de hecho se vienen estableciendo y propugnando para aumentar la representación femenina en los parlamentos no tienen nada que ver con este modelo, pues no reservan directamente un cupo en el órgano parlamentario con independencia de la elección, sino un cupo en las candidaturas electorales, por lo que las personas son elegidas por los votantes. (Zúñiga, et al. 2007: p, 23).

Las cuotas tienen modalidades de aplicación, ya que pueden ser de carácter obligatorias o meramente indicativas. Las primeras implican que el porcentaje de la cuota debe asignarse de una determinada manera; tanto en la lista de candidatos titulares como de suplentes, especificando la alternancia o su secuencia, además prevén sanciones en caso de que no se cubran los puestos de la manera establecida. En relación a la segundas, el porcentaje se establece sin especificar la manera de satisfacerlo, y se deja a las cúpulas partidarias un amplio margen de discrecionalidad para colocar las candidaturas de mujeres en cualquiera de los lugares de las listas, cuando no en el espacio de los suplentes, ejemplos de este tipo de cuota son países como México, Perú, Brasil y Panamá donde su leyes de

12 Cabe destacar que dado que las mujeres representan la mitad de la población, las cuotas de género tendrían un carácter distinto a otras medidas de acción positiva destinadas a grupos minusvalorados; de hecho las minorías étnicas, lingüísticas, religiosas o determinados grupos atareos que son a su vez minusvalorados, se encuentran todos cruzados por la distinción primaria entre hombres y mujeres.

cuotas no especifican la ubicación precisa de las mujeres en las listas. (Peschard, 2002: p.5).

1.3 *Funcionamiento de las cuotas en el derecho comparado y su viabilidad en el derecho chileno.*

La presencia de la mujer en cargos de representación popular, como se ha dicho anteriormente es abrumadoramente baja, inclusive a nivel mundial. Según datos de la *Inter Parliamentary Union*, el porcentaje mundial de presencia de la mujer en los parlamentos asciende al 19,3%, aún cuando ellas corresponden aproximadamente a la mitad de la población mundial. De hecho en un ranking elaborado por este mismo organismo Chile ocupa el puesto número ochenta y dos, quedando muy por debajo de países latinoamericanos y de la Comunidad Europea que han abordado la escasa presencia femenina en instancias representativas, a través de legislaciones tendientes al establecimiento de cuotas.

Para efectuar un análisis respecto del funcionamiento de las cuotas en el derecho comparado, es preciso previamente establecer ciertos factores del sistema político electoral que resultan relevantes para determinar la viabilidad de una legislación de esta magnitud, como lo son el sistema electoral de cada país; el número de votantes de cada distrito o circunscripción; el funcionamiento interno de los partidos políticos; y los umbrales electorales.

Los sistemas de representación proporcional, es decir, aquellos sistemas electorales en donde cada partido obtendrá el número de escaños en los parlamentos en directa proporción al número de votos obtenidos, son más adecuados para la puesta en marcha de un sistema de cuotas. Lo anterior se debe a que estos sistemas muestran “mayores magnitudes de distrito”, que a su vez derivan en “mayores magnitudes de partido” (Ríos, Villar; 2006: p.17). La primera se refiere al número total de escaños de la circunscripción electoral en cambio la segunda dice relación el número efectivo de escaños que el partido político obtiene en la respectiva circunscripción. Estos dos elementos adquieren importancia en el momento que los partidos políticos eligen a sus candidatos. Así puede resultar, que el distrito sea uninominal, es decir, que el partido sólo tenga la opción de obtener un solo escaño, restringiendo de esta forma la posibilidad del partido de equilibrar la competencia en términos de género. Otro es el escenario si la magnitud del distrito es

mayor, ya que se acrecenta la posibilidad de que el partido obtenga más de un escaño en esa circunscripción.

También es un factor importante a considerar el tipo de lista, es decir si esta es abierta o bien de tipo cerrada. La primera es aquella donde se vota directamente por los candidatos, en cambio la cerrada dice relación con la facultad que tienen los dirigentes de los partidos políticos de determinar a priori el orden en que aparecen los candidatos en dichas listas, relegándose al electorado la elección sólo sobre el partido político.

Frente al cuestionamiento de cuál de los dos tipos de lista son más convenientes para una mayor representación de la mujer, algunos señalan que serían las de tipo cerrado, ya que es el mismo partido político el que determinará las mujeres que competirán electoralmente. Sin embargo, existen opiniones diversas, ya que el sistema de listas abiertas promueve que sea el mismo elector el que elija directamente a su candidato, en este caso a una mujer, con independencia de la posición que tenga a su respecto el partido político. Este sistema vendría a salvar la actitud sexista de algunos dirigentes de los partidos políticos, pero a su vez, la determinación de antemano de las mujeres y los puestos que ellas ocuparían en la lista, por parte de los partidos políticos ayuda a evitar la actitud sexista del electorado, que responde a la hegemonía cultural que hace del hombre el único capaz de detentar el mandato que entrega la ciudadanía en sus representantes. (Ríos, et al; 2006: p.21)

Por otro lado la lista cerrada, presenta una ventaja considerable, ya que al combinarla con un adecuado reforzamiento para el cumplimiento de las cuotas, garantizan un piso mínimo de representación de las mujeres en todos los partidos/distritos. En algunos distritos más de una mujer ocupará uno de los escaños “preciados” por el partido, pero siempre habrá el menos una mujer. Contrario a lo que sucedería con los sistemas de listas cerradas, donde en algunos distritos a las mujeres les irá favorablemente en términos electorales, empero en otros distritos será desigual la realidad, ya que el desempeño electoral de la mujer podrá ser muy deficiente, aun cuando su partido obtenga varios escaños en aquella circunscripción, no asegurándose su participación política ni su presencia.(Jones, 2008: p.202-205).

Respecto de las listas, cabe señalar que son convenientes para mayor efectividad de las cuotas aquellas listas que utilizan el *criterio de alternancia o mandato de posición*,

(Ríos, et al; 2006: p.33), dado que “la experiencia evidencia que puede cumplirse con la norma sin cumplir con su espíritu, ya que se coloca a las mujeres al final de las listas de candidatos titulares, o bien en los espacios de las suplencias donde tienen reducidas, cuando no nulas, posibilidades de ocupar el cargo” (Peschard, 2002: p.6). El criterio de alternancia se refiere al hecho de situar a las mujeres al principio de las listas en alternancia; cada dos hombres una mujer, o bien de uno en uno, lo que dependerá de la modalidad de la cuota. (Ríos et al; 2006: p.33). “En Argentina la ley plantea que las candidatas estén colocadas en proporciones suficientes para ser elegidas. En Bolivia está establecido que de cada tres candidatos uno debe ser mujer y en Paraguay de cada cinco lugares, uno debe ser ocupado por una mujer”(Peschard, 2002: p.6).

En relación a los umbrales, es decir el porcentaje de votos mínimos que ha de necesitar un partido político para obtener un escaño o cupo, también influyen en los niveles de representación de las mujeres. Se ha estimado que en los sistemas de representación proporcional donde existan umbrales más altos, se tiende a favorecer el nivel de elegibilidad de las mujeres, lo que no acontece en el caso de umbrales bajos, donde ocurre la particular situación, que los partidos políticos de escasas militancias obtienen pocos escaños, los que son generalmente ocupados por hombres. (Ríos, et al; 2007: p.20-22).

El binominal, que es el sistema electoral chileno, es de carácter proporcional pero con baja magnitud de distrito, ya que son sólo dos escaños por distrito, además es un sistema de listas abiertas. Sin embargo, no sólo estas características son las que configurarían dificultades en la presencia de la mujer en política, sino que el sistema presenta ciertas peculiaridades que lo vuelven restrictivo en relación al ingreso de la mujer.

En primera instancia “genera incentivos para que los partidos políticos seleccionen candidatas/os que consideren como “seguros”. Como la construcción cultural de las relaciones de género implica que los candidatos son fundamentalmente hombres, las mujeres tienen menos posibilidades de ser aspirantes a un escaño o sitio. En segundo lugar, impone fuertes tensiones en un sistema multipartidista: los partidos políticos tienen muy pocas opciones de presentar candidatos ya que sólo existen dos cupos por cada distrito en competencia. Además por la conformación de coaliciones, pactos, y subpactos, no todos los partidos pueden presentar candidatas/os en todos los distritos. En tercera instancia, la sobre representación de la segunda fuerza política y la suerte de empate que esto provoca, implica

que el sistema genere más competencia al interior de cada coalición que entre las listas opositoras. Esto le ha entregado un fuerte poder a las cúpulas partidarias de las cuales las mujeres han estado tradicionalmente excluidas. Las negociaciones cupulares típicas desde el retorno de la democracia, han dejado en manos de un pequeño grupo de dirigentes partidarios la negociación para definir las listas de candidatos” (2007: p.23).

Una vez efectuado el análisis de estos factores o elementos que son merecedores de estudio para aplicar correctamente una ley de cuota, es menester analizar cuáles han sido los coletazos políticos y efectos sociales de la implementación de una legislación de cuotas para la participación de la mujer en la esfera pública, precisamente en los parlamentos de cada gobierno.

En Latinoamérica son variados los países que han implementando cuotas para la promoción de la mujer en la esfera pública, como fue mencionado en el apartado 1.2, siendo uno de los países ahí señalados Argentina, el cual fue pionero en esta materia promulgando en el año 1991 la Ley de Cupo, la que se debió en parte a la “promoción que las congresistas y grupos de mujeres argentinas le dieron al tema a lo largo de Latinoamérica, y gracias al impulso decisivo que significó para la aceptación de las cuotas de género a nivel regional la IV Conferencia Sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995, las leyes de cuotas se convirtieron en una realidad para otros once Estados latinoamericanos. Es por ello que entre 1996 y 1997 nueve de los once países latinoamericanos con cuotas las incorporaron a su legislación. El último país en aprobar una ley de cuotas en la región fue Honduras hace ya ocho años (Ríos, Hormazábal, Cook; 2008: p. 225)

La ley de cupo, “modificó el artículo 60 del Código Electoral, estableciendo que las listas de candidatos, propuestas por los partidos políticos, debían estar compuestas por un mínimo del 30% de mujeres y que, dos años más tarde, tuvo que ser modificada y adecuada para asegurar que se cumpliera el espíritu de la ley”(Ríos, Villar; 2007: p.43). Para cumplir con este último objetivo, se efectuaron dos modificaciones a esta legislación en el año 1994, las que establecían por un lado, que los puestos ocupados por las mujeres en las listas debían estar en posiciones donde ellas tuvieran una posibilidad real de ser electas; y por otro lado, que aquellas listas que no cumplieran con lo dispuesto por la ley 24.012, no

serían inscritas y perderían su opción a participar de los procesos electorarios. (2007: p.43)

En Costa Rica, también se ha aplicado una ley de cuota, la cual fue aprobada en el año 1996, siendo modificada a los dos años de su vigencia, incorporando sanciones a los partidos que no cumplieran con el porcentaje mínimo del 40% de mujeres en sus listas y para que los puestos ocupados por ellas tuvieran una opción real de resultar elegidas. Resulta verídico, que no se ha logrado, desde la fecha de promulgación de la ley alcanzar el porcentaje mínimo, empero si se ha incrementado los niveles de representación femenina en el parlamento. (2007: p.44). Para mayor aclaración, Costa Rica se sitúa en el puesto número once del Rankin mundial que lleva para estos efectos la *Inter Parliamentary Union*, con un 38,6% de representación femenina en las últimas elecciones celebradas en el año 2010.

Estos dos países han sido los que más han incluido mujeres en sus órganos deliberativos, debido al efecto catalizador de la ley de cuota que acelera un proceso social que de otro modo tardaría varias décadas. Son “seguidos por Perú, Ecuador, Honduras y México. Todos ellos superan el promedio regional. Al otro extremo, los países que han mostrado menos cambios en este indicador son Brasil, Paraguay y Colombia” (Ríos et al: 2008: p.231)

Es particularmente interesante lo que acontece en el caso de Brasil, donde la ley establece una cuota mínima del 30% y un máximo del 70%. Esto produjo un incremento de las candidaturas femeninas, pero no se tradujo en que éstas resultaren electas, ni siquiera se ha alcanzado el piso mínimo del 30%. Lo anterior radica en un vacío legal, ya que la normativa de cuotas dictada en este país no vino acompañada de las respectivas sanciones en caso de incumplimiento, además para agravar más la situación, el tipo de lista del sistema electoral brasileño no es del tipo cerrada sino por el contrario, del abierto y como ya se ha señalado, no es esta categoría de lista las que benefician la inexistencia de barreras a la entrada de la mujer en la esfera pública, como representantes en el parlamento. (Ríos, Villar; 2007: p.44).

En Chile la implementación de cuotas como se ha señalado en los párrafos anteriores, se vuelve particularmente difícil por las características del sistema binominal,

por lo mismo se puede optar por dos vías de solución: modificar el sistema electoral a través de su reforma o bien derechamente cambiarlo por otro.

En el año 2006 la Presidenta Bachelet encargó la conformación de una comisión de trabajo que se denominó Comisión Boeninger, la cual tenía por objeto estudiar y elaborar una propuesta de reforma al sistema electoral binominal vigente. De aquella comisión emanaron recomendaciones tales como: “la propuesta de sistemas electorales plurinominales; el aumento de la cantidad de parlamentarios (a 150 diputados y 50 senadores, respectivamente); la ampliación del número de candidatos; listas abiertas y cuotas de género; y la recomendación de crear una entidad autónoma especial, encargada de revisar cada diez años la conformación de los distritos en función de las variaciones de la población, entre otras”.(Fernández, 2008: p.223).

Sin embargo, las recomendaciones generales emanadas de este grupo de expertos, no fue recepcionada por el legislativo, evidenciándose la falta de voluntad política de ejecutar una reforma de fondo al sistema electoral. Marcela Ríos, señala las modificaciones que tendrían que efectuarse al binominal para que éste se inclinara a la inclusión de las cuotas. Entre las rectificaciones que tendrían que realizarse se contemplan: una modificación a la cifra repartidora¹³ para lograr una mejor proporcionalidad entre votos y escaños. Esto implicaría en la práctica disminuir el porcentaje que se necesita para doblar en cada distrito de 2 a 1,5 ó 1,75; agregar una lista adicional a la de 120 escaños, conformada por los candidatos que sacaron altas votaciones pero que fueron excluidos por la cifra repartidora; aumentar el número de candidatos que compiten y establecer un número flexible de parlamentarios, para asignar algunos escaños adicionales a los partidos que habiendo obtenido una proporción significativa del voto a nivel nacional (5% por lo menos) no lograron obtener escaños en los distritos binominales (2006: p 15-17).

Sin perjuicio de lo anterior, para una adecuada eficacia de la cuota pero también para salvar deficiencias de este sistema electoral sumamente criticado por su falta de

13 Según Milagros Arauzo, la cifra repartidora, también denominada D'Hondt, nombrada de esa forma en honor a su creador, es un método matemático que permite repartir las representaciones o escaños en forma proporcional a la votación obtenida cuando en una elección participan dos o más listas de candidatos. Consiste en dividir el total de votos logrados por una constante o cifra repartidora y obtener la cantidad de vacantes proporcional a los votos obtenidos.

representatividad, estimamos que se debe efectuar una reforma transgresora en esta materia que elimine de raíz el sistema binominal y que esté acorde con las recomendaciones que emanaron de la comisión Boeninger. En este sentido, se debe tender a una modificación que contemple un aumento de los tamaños de los distritos; aumentar el número de candidatos de los distritos; aumentar el número de escaños a 150 en la cámara baja y 50 en la alta; y la incorporación del principio de equidad de género y la aplicación de una cuota en la lista de candidatos (Ríos, 2006: p. 21-22), listas que de nuestra consideración deben ser de tipo cerrada, estableciéndose además, que el lugar de la lista que se ocupe asegure una real posibilidad de resultar elegida.

Conclusión.

Durante el desarrollo de la presente tesina se ha intentado demostrar teórica y filosóficamente la necesidad de la implementación en Chile de una ley de cuota que propicie la presencia de la mujer en la esfera pública.

Según lo explicado en el primer capítulo, la base filosófica de una legislación que contemple una ley de cuota se halla en el principio de igualdad por diferenciación, en concordancia con el principio de compensación de John Rawls y de igualdad equitativa de oportunidades. Según lo demostrado desde las primeras páginas de esta tesina, la mujer en la actualidad no se haya en igualdad de condiciones en lo relativo a su presencia en la esfera pública, ya que por siglos sólo se le ha identificado con labores domésticas, y ha sido el hombre quien por razones culturales ha ocupado puestos de representación política, siendo socialmente poco valorada las capacidades intelectuales del género femenino.

Rawls señala que la base de la igualdad de las personas es la personalidad moral, sin embargo aquel concepto es criticado por Peter Singer quien señala que no todas las personas poseen este rasgo, y que la igualdad de oportunidades es un ideal que premia a quienes heredan buenas capacidades, de ahí que opte por basar el principio de igualdad en la igual consideración de intereses. Sin perjuicio de esto, se concluye en esta tesina que aún cuando pueda estimarse que el principio de igualdad es un ideal, y que nunca los seres humanos serán semejantes por motivos biológicos en relación a las capacidades que adquieren; es deber del Estado, que se irroga el título de democrático, crear las condiciones sociales que aseguren la igualdad de oportunidades, de una forma compensatoria respecto

de aquellos ciudadanos que socialmente se encuentra en desventaja o que son parte de un grupo minusvalorado.

En este sentido, el caso de la ausencia de la mujer en política, que es una manifestación de una desigualdad social, debe ser salvada mediante una adecuada redistribución de las funciones y responsabilidades sociales, y mediante la implementación de medidas de discriminación positiva que se encuentran autorizadas y validadas por el principio de diferencia del que habla Rawls.

El nivel de representación en órganos deliberativos a nivel mundial de las mujeres asciende al 19,3%, cuando ellas representan casi la mitad de la población mundial. De esta manera, el mecanismo que recomiendan los organismos internacionales para evitar la subrepresentación del género femenino son las cuotas electorales, que como se determinó en su momento, responden a medidas de discriminación positivas que resultan del todo coherente con nuestro ordenamiento jurídico, y que bajo ningún caso vulneran el principio de igualdad, debido no sólo a la fundamentación filosófica de Rawls, sino también porque las cuotas se identifican con el principio de igualdad por diferenciación, donde ciertos rasgos relevantes autorizan en determinados casos un trato diferenciado, como acontece con las mujeres que han pertenecido históricamente a un grupo minusvalorado de la sociedad.

Las cuotas electorales, como se explicó en el segundo capítulo implican una reforma al sistema electoral. Resulta particularmente extraño, cómo se implementaría en Chile una legislación de esta materia con el actual sistema binominal, dado los graves problemas de representatividad política que entraña. Por lo mismo, en esta tesina se concluye que es preferible focalizar todos los esfuerzos en una reforma absoluta al sistema electoral chileno y no optar por una cosmética y cortoplacista, en la cual se contemple el género como un elemento transversal. En ese sentido, el nuevo sistema electoral debería ser uno de representación proporcional, con distritos de mayor magnitud y listas de tipo cerrada donde los puestos que se les asignen a las mujeres dentro de ellas, garanticen elegibilidad y no respondan solamente al mero hecho de cumplir con la ley.

Bibliografía.

Arauzo, Milagros (2005): La cifra repartidora en los procesos electorales en el Perú, Jurado nacional de elecciones. Gerencia de Educación.

Carbonell, Miguel (2003): “La igualdad y los derechos humanos”, en *El principio constitucional de igualdad: Lecturas de introducción*, Miguel Carbonell (compilador), Comisión de derechos humanos de México, México, pp. 9-29.

Dworkin, Ronald (2003): *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Paidós, Barcelona (traducción de Fernando de Aguiar (hasta capítulo 5 y de María Julia Bertomeu, capítulo 7 y siguientes)

- (1984): *Los derechos en serio*. 5º Edición, Ariel, Barcelona (traducción de Marta Guastavino)

Hola Eugenia, Veloso Paulina, Ruiz Carolina (2002): Percepción de los líderes políticos sobre la ley de cuota: Contenido y Factibilidad, Departamento de estudios y estadísticas del Servicio Nacional de la Mujer.

Jones, Mark (2008): “Leyes de cuota y listas de partido: evaluación del impacto de las listas cerradas vs. listas abiertas” en *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género*, Marcela Ríos Tobar (Ed.) Catalonia, Santiago, Chile.

Kamelmajer Aída (2003): “Las acciones positivas”, en *El principio constitucional de igualdad: Lecturas de introducción*, Miguel Carbonell (ed.), Comisión de derechos humanos de México, México, pp. 229-282.

Krook, Mona(2008): “La adopción e impacto de las leyes de cuotas de género: una perspectiva global” en *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género*, Marcela Ríos Tobar (Ed.) Catalonia, Santiago, Chile.

Laporta, Francisco: *El principio de Igualdad: Introducción a su análisis*, en Sistema, Revista de Ciencias Sociales, Julio, 1985, N°67, Fundación Sistema, Madrid, España, pp.3-31.

Maquieira Virginia (2007): “Mujeres, Globalización y Derechos humanos” en *Mujeres, Globalización y Derechos Humanos*, Teresa del Valle (ed.), Cátedra Ediciones, pp. 41-95.

Rawls, John (2002): *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós, Barcelona (traducción de Andrés de Francisco)

- (1979): *Teoría de la Justicia*. Fondo de la Cultura Económica. Buenos Aires (traducción de María Dolores González)

Ríos Marcela, Villar Andrés (2006), “Cuotas de género, democracia y representación”, IDEA, FLACSO-Chile, Santiago.

Ríos, Marcela; Hormazábal Daniela; Cook Maggi (2008): “El efecto de las leyes de cuota en la representación de las mujeres en América Latina” en *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género*, Marcela Ríos Tobar (Ed.) Catalonia, Santiago, Chile.

Ruiz Miguel, Alfonso. (1996): “La discriminación inversa y el caso Kalanke” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n.º19, pp. 123-40

- (2001): “La representación democrática de las mujeres”. *Anales de la Cátedra de Francisco de Suárez*. Universidad de Granada. n.º 35, pp. 259-260.

Singer, Peter (2002): *Ética práctica*, 2da Edición, Cambridge University Press, (traducción de Rafael Herrera)

Valle, Aldo (1993): “Discriminación inversa o desfiguración de la igualdad: una reflexión liberal y progresista” en Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje, *Revista de Ciencias Sociales*. Agustín Squella (ed), Valparaíso, pp. 459-487.

Vidal, Paula (2009): *La teoría de la justicia social en Rawls. ¿suficiente para enfrentar las consecuencias del capitalismo?*, en Polis, *Revista de la Universidad Bolivariana*, Volumen 8, N° 23, 2009, pp. 225-246.

Villanueva, Rocío (2007): “El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. *Apuntes sobre la igualdad*. Instituto interamericano de Derechos Humanos.

Zúñiga, Alejandra; Aguilera Daniela, Vásquez Andrea (2007): “Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile”. *Revista de derecho*. Vol. XX. N° 2, pp. 9-30.

Informes y documentos.

Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación en contra de la mujer.

Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. Fecha

última consulta: 19 de octubre de 2011.

Fernández, María de los Ángeles: Equidad Política de Género en el Chile actual: entre promesas y resistencia en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13661>, última consulta: 26 de octubre de 2011.

Peschar, Jaqueline(2004): “El sistema de cuotas en América Latina: panorama general”, en: http://www.idea.int/publications/wip/upload/chapter_04a-CS-LatinAmerica.pdf última consulta: 25 de octubre de 2011.

Schkolnik, Mariana., “¿Por qué es tan increíblemente baja la tasa de participación de las mujeres en Chile?”, en: http://www.expansiva.cl/en_foco/documentos/06102004132738.pdf. Última fecha de consulta: 23 de octubre de 2011.

Servicio Nacional de la Mujer (2007): Departamento de coordinación intersectorial. Compromiso del Gobierno de Chile para avanzar en equidad de Género 2006-2010. Coordinado por Teresa Valdés Echenique, Alejandra Valdés Barrientos, Victoria Hurtado Pinochet, Patricia Provoste Fernández y Heidi Fritz Horzella.

Women in regional parliamentary assemblies. Disponible en: <http://www.ipu.org/wmn-e/regions.htm>. Última consulta: 23 de octubre de 2011.

www.gob.cl/ministros

www.gob.cl/intendentes

www.gob.cl/subsecretarios