



"Valores para el Progreso"

CORRIENTE DE OPINION

Septiembre 2003

N°88

Discriminación positiva y protección a la diversidad

-Este año la Corte Suprema de EE.UU. resolvió trascendentales causas sobre los derechos civiles de los estadounidenses. Entre éstas, las de *Grutter vs. Bollinger* y *Gratz vs. Bollinger*, las cuales intentaron atacar la práctica de beneficiar a las minorías en los procesos de admisión a las universidades americanas.

-En Chile es necesario que se promueva y no sólo se acepte la diversidad, que las instancias públicas tengan incentivos para fomentar este debate, y que todo ello sea arbitrado y fiscalizado con reglas claras por un ente independiente como el Poder Judicial.

-El sentido natural y obvio del concepto de diversidad social apunta a la coexistencia entre quienes son o se miran como distintos.

-El pluralismo valórico, en cambio, cree en la coexistencia de distintos valores y en el diálogo e intercambio que se produce entre los grupos que los defienden, sin que dichos valores dejen de tener por ello, en todo momento, un significado bien definido y una identidad clara.

Corriente de Opinión es una publicación de Fundación Chile Unido, una institución privada, independiente y sin fines de lucro, que tiene por objeto el estudio y difusión de los valores sociales y culturales que sirven de base al progreso humano del país

Este documento contó con la colaboración del abogado Alvaro Cuevas, y está basado en una edición más extensa preparada para la revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Mayor.

En Estados Unidos la discriminación positiva tiene el apoyo de diversos sectores: de parte de las principales universidades (MIT, Stanford, Columbia, Cornell, Georgetown, etc.), de políticos, empresas (General Motors, Du Pont e IBM), prestigiosas instituciones (American Bar Assosiation, entidad gremial similar a nuestro Colegio de Abogados) y del Ejército a través de sus militares retirados.

Introducción

En la historia judicial norteamericana, junio de 2003 no pasará desapercibido, pues en el cierre del funcionamiento anual ordinario de la Corte Suprema de ese país se resolvieron trascendentales causas sobre los derechos civiles de los estadounidenses. Entre éstas, las de *Grutter vs. Bollinger* y *Gratz vs. Bollinger*, las cuales intentaron atacar la práctica de beneficiar a minorías tales como la afro-americana, mexicano-americana, puertorriqueña, y la de los nativos americanos en los procesos de selección utilizados por la Universidad de Michigan en la Facultad de Derecho y en su *College* de Literatura, Ciencias y Artes.

Este acontecimiento, que fue conocido en el mundo entero a través de los medios de comunicación, volvió a poner en el tapete el tema de la discriminación positiva, algo que en la agenda de discusión nacional no ha estado ausente. Y demostró que en Chile es necesario que se promueva y no sólo se acepte la diversidad, que las instancias públicas tengan incentivos para fomentar este debate, y que todo ello sea arbitrado y fiscalizado con reglas claras por un ente independiente como el Poder Judicial.

Antecedentes

Los procesos judiciales anteriormente esbozados tocaron una fibra esencial del diverso tramado social norteamericano. Fueron muchas las personas e instituciones, como *Amicus* (personas que manifiestan su opinión en un juicio sin ser parte), que presentaron argumentos ante la Corte Suprema en apoyo de una u otra postura. Incluso lo hizo el propio gobierno a través del Procurador General, el cual dio su apoyo a los demandantes en su intento por eliminar las consideraciones raciales en los procesos de admisión a las universidades. Si bien el gobierno estadounidense reconoció la necesidad de tener un cuerpo estudiantil diverso y, por lo tanto representativo de la sociedad, afirmó que existen mecanismos que pueden asegurar dicha diversidad en las aulas sin recurrir a la variable racial.

La Universidad de Michigan también recibió un gran apoyo desde diversos sectores: de parte de las principales universidades (MIT, Stanford, Columbia, Cornell, Georgetown, etc.), de políticos, empresas (General Motors, Du Pont e IBM), prestigiosas instituciones (American Bar Assosiation, entidad gremial similar a nuestro



El elemento central de ambos fallos es la proclamación del principio de protección a la diversidad en el cuerpo estudiantil universitario norteamericano, asumiendo que para lograrla es lícita la utilización de discriminación positiva a favor de minorías étnicas o raciales.

Colegio de Abogados) y del Ejército a través de militares retirados.

Es así como la General Motors manifestó lo siguiente: “La habilidad de las empresas norteamericanas de prosperar en el siglo XXI dependerá, en gran medida, de la respuesta que dé nuestra Nación a dos fuerzas inevitables: la creciente globalización e interconexión de la economía mundial... y la creciente diversidad de nuestra propia población... Para tener éxito en este creciente ambiente diverso, los hombres de negocios norteamericanos deben seleccionar líderes que posean habilidades transculturales”(1).

Finalmente, la Corte Suprema resolvió en el caso Grutter vs. Bollinger que el sistema de admisión de la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan no violaba la Constitución, afirmando que la diversidad en el cuerpo estudiantil es un principio que debe ser tutelado por el Estado. En cambio, en el caso Gratz vs. Bollinger, la Corte decidió que el sistema de admisión del *College* era inconstitucional, debido a que dicha escuela asignaba una puntuación extra a los postulantes

pertenecientes a minorías, lo que no se condecía con la práctica jurisprudencial de asignar cuotas a las minorías.

El elemento central de ambos fallos es la proclamación del principio de protección a la diversidad en el cuerpo estudiantil universitario norteamericano, asumiendo que para lograrla es lícita la utilización de mecanismos de discriminación positiva en favor de minorías étnicas o raciales.

¿Qué es la diversidad?

Con el fin de contrastar dicha realidad con la chilena, cabe en primer lugar intentar abordar el significado concreto del concepto diversidad.

El sentido natural y obvio del concepto de diversidad social apunta a la coexistencia entre quienes son o se miran como distintos. Surge aquí el interrogante sobre cómo es esa coexistencia. Esta puede definirse como una mera tolerancia que diluye el conflicto social mediante la convivencia pacífica y pasiva de los distintos grupos, los cuales no buscan ni intentan comprenderse o aceptarse. Es lo que John Gray llama tolerancia liberal: “el proyecto de moderación respecto de las creencias y prácticas que se juzgan, sin vacilación alguna,

1. Brief of General Motors as Amicus Curiae in Support of Respondents, en http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/docke2002/april.html
Traducción del Autor..



Aquello que es acorde a la naturaleza humana y a su sentido ético es la “hospitalidad” hacia lo distinto, es decir, la capacidad de acoger y aprender de lo diferente, sin necesidad de compartirlo y aceptarlo. Este punto de vista cuadra armónicamente con la visión de diversidad que expresa el prisma activo del pluralismo de valores más que la mera tolerancia liberal.

falsas o equivocadas”(2). Otra alternativa es concebir la sociabilidad enmarcada dentro de un pluralismo de valores. En este caso ya no se trata de un mero tolerar o neutralizar los valores más conflictivos o ajenos a lo que el grupo dominante considera correcto, sino que obliga, en caso de desacuerdo, a optar entre valores, a transar(3).

Quien da la respuesta más indicada es Humberto Giannini. “La capacidad de recepción, de asimilación, es un hecho, un rasgo esencial de los sistemas vivientes, uno de los aspectos más asombrosos de la comunicación universal. Pero, también, la condición que define la espiritualidad del hombre; que la define abstractamente cuando se habla de su racionalidad. Esta virtud propiamente humana que también, y con acierto, puede llamarse inteligencia, es su receptividad, su hospitalidad para lo inteligible que hay en las cosas, para lo que hay de uno y esencial en lo múltiple y disperso. Este es el hecho, el punto de partida que hace posible y legítimo un deber ser cual gozosa potenciación de aquello mismo que se es, como esa virtud a la que incitara Píndaro: Ilega a ser lo

2. John Gray. “Pluralismo de Valores y Tolerancia Liberal” en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos. Santiago. N°80.

3. John Gray. Op. Cit.

que eres”(4).

Para Giannini, aquello que es acorde a la naturaleza humana y a su sentido ético es la “hospitalidad” hacia lo distinto, es decir, la capacidad de acoger y aprender de lo diferente, sin necesidad de compartirlo y aceptarlo. Este punto de vista cuadra armónicamente con la visión de diversidad que expresa el prisma activo del pluralismo de valores más que la mera tolerancia liberal.

Lo expuesto por Giannini resulta también esclarecedor frente al relativismo ético, que plantea que los valores además de modificables, significan una u otra cosa dependiendo de las circunstancias. El pluralismo valórico, en cambio, cree en la coexistencia de distintos valores y en el diálogo e intercambio que se produce entre los grupos que los defienden, sin que dichos valores dejen de tener por ello, en todo momento, un significado bien definido y una identidad clara.

El falso dilema

Siguiendo a Joaquín Fernandois, nos preguntamos si acaso esta discusión no encierra en el fondo

4. Humberto Giannini. “Hospitalidad y Tolerancia (o de la tolerancia)” en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos. Santiago. N°66 , explica el filósofo chileno.



En el debate nacional se echa de menos un reconocimiento explícito al concepto de diversidad como principio jurídico activo. Tenemos que comprender que es necesario que primero nos convirtamos en una sociedad plural antes que meramente tolerante. Por eso, se deben dar incentivos privados y públicos que colaboren en la consecución de este ideal, los que son legalmente admisibles si se da una interpretación sistemática de la Constitución y se utilizan las actuales herramientas jurisprudenciales.

una falsa imagen de libertad, donde el hombre como ser individual, con todas sus particularidades, es reemplazado por el ciudadano, que se caracteriza por la igualdad y uniformidad. ¿Cuánto puede llegar a perder el ser individual en este *trade off* valórico? La respuesta la encontramos en el concepto de libertad elaborado por Isaiah Berlin. Para el profesor de Oxford, la libertad posee dos caras, una negativa y otra positiva. La primera protege al individuo de que ningún tercero interfiera en su actividad. La positiva, en tanto, es el deseo del individuo de ser su propio dueño, de que sus decisiones dependan de sí mismo y de ningún tercero.

Según lo anterior, no hay un dilema anti-libertario cuando se entrega parte del propio ser a la colectividad social o a cualquier grupo dentro de ésta, si con ello se adquiere pertenencia a una identidad que es coherente con los fines individuales, ganando con ello una mayor probabilidad de lograrlos y, por lo tanto, un mayor grado de libertad⁵. Nótese en este punto la importancia que tiene la existencia de límites a los abusos y de un ente controlador respetado por toda la sociedad para sancionar dichos abusos.

5. Joaquín Fernando, “Isaiah Berlin, la libertad compleja”, en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos. Santiago. N°80.

La Corte Suprema de Estados Unidos es un ejemplo positivo de lo que un buen controlador hace en las relaciones de intercambio en una sociedad plural. Ha sido capaz de fijar criterios, y aunque no inmutables en el tiempo, sí poseedores de una sólida calidad real. La justicia norteamericana vive entre la gente, es fuerte en la comprensión de los fenómenos sociales y comprende su rol en el continuo *trade off*. De ahí, el respeto a sus fallos y la consecuente armonía social. No hay que olvidar que los estadounidenses realizan demandas en sus tribunales de justicia antes de salir a las calles a protestar.

En Chile

En nuestro país, si bien no ha alcanzado demasiada notoriedad, la discusión sobre la discriminación positiva existe. Por de pronto, hay una iniciativa gubernamental denominada “Programa de tolerancia y no discriminación”, que efectúa diversas actividades y que ha editado interesantes documentos de trabajo sobre el tema (6).

6. <http://www.tolerancia.cl>
Especial mención merecen también las iniciativas del Programa de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el que gracias a las propuestas e ideas surgidas en el Foro por la No Discriminación, se encuentra elaborando una propuesta legislativa sobre el tema..



Un desafío ineludible es internalizar la importancia que implica para la economía la aceptación de la diversidad. Por medio de la comprensión de lo distinto, será posible incorporarse con éxito en el nuevo escenario económico global.

Sin embargo, en el debate se echa de menos un reconocimiento explícito al concepto de diversidad como principio jurídico activo. Tenemos que comprender que es necesario que primero nos convirtamos en una sociedad plural antes que meramente tolerante. Por eso, se deben dar incentivos privados y públicos que colaboren en la consecución de este ideal, los que son legalmente admisibles si se da una interpretación sistemática de la Constitución, y se utilizan las actuales herramientas jurisprudenciales.

Conclusión

En Chile somos reacios a desafiar lo establecido, cuando en realidad es justamente de la tensión crítica que surge de dicho desafío lo que pule y mejora lo establecido. Gran parte del éxito de la sociedad norteamericana radica en la forma en que estimula la competencia y refuerza sus límites. Es una dualidad de frenos e incentivos no fácil de llevar a cabo, pero que resulta enormemente estimulante.

Una primera tarea a realizar en nuestra sociedad es activar los mecanismos que la salvaguarden de la discriminación, combatiéndola con fuerza en todos los campos, incluyendo el judicial. Reconocer la diversidad es un imperativo moral basado en

la inteligencia humana capaz de acoger lo diferente.

En segundo lugar, es imperioso promover la práctica de discriminar positivamente a grupos no necesariamente minorías que por su origen cultural o socioeconómico han sido tradicionalmente desfavorecidos. Por ello, los espacios públicos, como las empresas, universidades y poderes públicos, deben estar incentivados a la diversidad. No obstante, tampoco hay que caer en la tentación de creer que la pluralidad se reduce a la aceptación de minorías hoy visibles.

Un tercer desafío es internalizar la importancia que implica para la economía la aceptación de la diversidad. Por medio de la comprensión de lo distinto, será posible incorporarse con éxito en el nuevo escenario económico global.

Por todo lo anterior, la diversidad debe ser considerada un bien jurídico a tutelar. Así entendida, es nuestra Corte Suprema la llamada a arbitrar, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, los conflictos que surjan. Si a esto se le denomina la judicialización de los conflictos, pues alabada sea ésta.

