

Igualdad, inclusión y derecho

Lo político, lo social y lo jurídico
en clave igualitaria

Fernando Muñoz León (editor)

= ≈ ≠



DERECHO *en* DEMOCRACIA



Universidad Austral de Chile
Conocimiento y Naturaleza

Igualdad, inclusión y derecho

Lo político, lo social y lo jurídico
en clave igualitaria

Fernando Muñoz León
Editor



Universidad Austral de Chile
Conocimiento y Naturaleza

© LOM Ediciones

Primera edición, 2013.

ISBN IMPRESO: 9789560004567

ISBN DIGITAL: 978-956-00-1322-4

RPI: 231.918

Edición y Composición

LOM ediciones. Concha y Toro 23, Santiago.

Teléfono: (56-2) 2688 52 73 | Fax: (56-2) 2696 63 88

lom@lom.cl | www.lom.cl

Diseño de Colección Estudio Navaja

Tipografía:

Impreso en los talleres de LOM

Miguel de Atero 2888, Quinta Normal

Sobre los autores

- Daniela Accatino Scagliotti: abogada de la Universidad de Chile y doctora en Derecho por la Universidad de Granada. Profesora de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho en la Universidad Austral de Chile.
- José Aylwin Oyarzún: abogado de la Universidad de Chile y magíster en Derecho por la Universidad de British Columbia. Profesor de Derecho Indígena en la Universidad Austral de Chile y codirector del Observatorio Ciudadano.
- Alfonso Banda Vergara: abogado de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile.
- Andrés Bordalí Salamanca: abogado de la Universidad de Chile y doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor de Derecho Procesal y Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile.
- José Ángel Fernández Cruz: abogado de la Universidad Complutense de Madrid y doctor en Derecho por la Universidad Europea de Madrid. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Austral de Chile.
- Boonie Guidotti Rauch: abogada de la Universidad Austral de Chile y magíster en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesora del Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho en la Universidad Austral de Chile.

- Pablo Marshall Barberán: abogado de la Universidad de Chile y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile.
- Javier Millar Silva: abogado de la Universidad Austral de Chile y doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Austral de Chile.
- Rodrigo Momberg Uribe: abogado de la Universidad Austral de Chile y doctor en Derecho por la Universidad de Utrecht. Honorary Lecturer en el Instituto Molengraaff de Derecho Privado de la Universidad de Utrecht y profesor de Derecho Civil en la Universidad Austral de Chile.
- Fernando Muñoz León: abogado de la Universidad Católica de Chile y doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Historia del Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile.
- Felipe Paredes Paredes: abogado de la Universidad Austral de Chile y doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile.
- Vladimir Riesco Bahamondes: abogado de la Universidad Austral de Chile y magíster en Derecho Ambiental por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho del Medio Ambiente en la Universidad Austral de Chile.
- Susan Turner Saelzer: abogada de la Universidad de Chile y doctora en Derecho por la Universidad de Göttingen. Profesora de Derecho Civil en la Universidad Austral de Chile.
- Jonatan Valenzuela Saldías: abogado de la Universidad de Chile y doctor en Derecho por la

Universidad de Girona. Profesor durante el año 2012 de Introducción al Derecho y Derecho Procesal Penal en la Universidad Austral de Chile. En la actualidad es profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Chile.

- Yanira Zúñiga Añazco: abogada de la Universidad Austral de Chile y doctora en Derecho por la Universidad Carlos III. Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile.

Prólogo

Agustín Squella¹

La vida académica, y específicamente la de carácter universitario, tiene ciertas limitaciones, algunas de las cuales son mencionadas en la introducción de este libro por su editor Fernando Muñoz León. Pero la actividad universitaria, sobre todo cuando responde a una vocación principal y no meramente anexa a una de tipo profesional, es fuente también de grandes satisfacciones. Una de ellas, propia de profesores algo mayores que pueden decir que la significativa mayor parte de su trabajo está en el pasado, proviene de colaborar en que investigadores y docentes más jóvenes se abran paso con mayor facilidad en el desarrollo de sus proyectos de vida académica, expresión que prefiero a la más común de “carrera académica”. Esta última expresión, sin proponérselo, incurre en una de las más habituales simplificaciones de nuestro tiempo: considerar todo, o casi todo, como una competencia, como una colección de experiencias de éxito o de frustración relacionadas con metas y desafíos que adoptaríamos a la manera de planes en pugna, o a lo menos en permanente tensión, con los que a su vez trazan aquellos que nos rodean.

Los autores de este libro son jóvenes, o más jóvenes que el prologuista, y aunque no necesitan ya más que de su propio impulso, talento y perseverancia para continuar con provecho la ruta académica cuya opción patentizaron en sus estudios de posgrado y en una actividad docente y de investigación vinculada a la Universidad Austral de Chile, quiero creer que haberme invitado a ser parte de esta obra

pudo deberse a la idea de que ello colaboraría a su difusión.

Se ajuste o no en los hechos a la realidad esa expectativa, la idea fue generosa para conmigo, porque colaborar con profesores más jóvenes constituye una manera de permanecer vinculado a ellos, a los afanes en que se envuelven, a las tareas que emprenden, y a los nuevos y más frescos planteamientos que son capaces de formular. Prologar entonces este libro, junto con constituir un agrado, una auténtica satisfacción, es también un acto de gratitud hacia un conjunto de jóvenes autores que quisieron hacerme parte de un proyecto editorial que trata de la igualdad, de la inclusión y del derecho, o -como lo pone claramente el subtítulo de la obra- de Como es claro para cualquiera en nuestro país, la igualdad está de vuelta. La igualdad como palabra, como concepto y también como aspiración. La igualdad en su dimensión jurídica, en su aspecto político y también en su dimensión material. Despreciada como valor por doctrinas libertaristas mal llamadas “neoliberales” (porque lo que pasa por tal no es un nuevo liberalismo sino un liberalismo mutilado), o reducida a su mínima expresión de igualdad de oportunidades (otra vez como si el fracaso o el éxito dependieran exclusivamente de experiencias personales competitivas y no de aspectos estructurales de la sociedad en que vivimos), o erróneamente sustituida por la más blanda “equidad”, la palabra “igualdad” -al menos ella- ha vuelto a instalarse en el lenguaje político y en el habla común de las personas.

Igualdad -entiéndase- como lo opuesto a desigualdad, no a diversidad, puesto que uno de los peores y más socorridos argumentos contra el actual discurso igualitario proviene de quienes quisieran neutralizarlo en nombre de la diversidad, de la patente y feliz diversidad que muestra cualquier sociedad abierta de nuestros días. Al contrario de lo que quiere probar tal argumento, la igualdad, lejos de

ser enemiga de la diversidad, la facilita. Solo desde cierta igualdad en las condiciones de vida, únicamente a partir de situaciones de vida dignas desde un punto de vista material, pueden los individuos diferenciarse, en ejercicio abierto y eficaz de su autonomía, en todo aquello relevante para constituirse como sujetos y distinguirse en preferencias, opciones y modos de existencia.

Todavía más: el paso de las preferencias a las opciones, y el de estas a la posibilidad de llevar adelante un modo cualquiera de vida libremente escogido, se encuentra condicionado por el hecho de tener o no una situación material digna. Todos tenemos preferencias, pero no siempre podemos transformarlas en opciones. Todos hacemos opciones, mas no siempre hasta el punto de poder configurar el modo de vida que hemos escogido. Transformar preferencias en opciones y estas en modos de vida depende en parte importante de que nuestras condiciones materiales de existencia sean dignas. ¿Qué oportunidades tienen los que no consiguen comer tres veces al día -donde “comer” no alude solo a la acción de llevarse algo a la boca, sino a la de nutrirse- ni tener efectivamente cubiertas sus necesidades básicas de salud, educación, trabajo, vivienda, vestuario, cultura y previsión? Y por mucha inestabilidad y confusión que pueda haber en nuestras preferencias, por grandes que sean las dificultades para transformarlas en opciones, y por mucho que lo que llamamos “modos de vida” no responda a planes perfectamente acabados y conscientes -todo ello como resultado de una condición humana frágil, desamparada y aleatoria-, situaciones materiales de vida dignas, que dependen de bienes sociales primarios que todos tendríamos que compartir, son la base indispensable para ese doble paso que hemos descrito aquí: de las preferencias a las opciones y de estas a los modos de vida.

Tal vez este libro no necesitaba un prólogo. Habría bastado con la clara y estimulante introducción de su

editor. Pero voy a continuar con mi trabajo (¿en qué momento el trabajo se degradó en “empleo” y este a su vez en “pega”?) y a agregar algo más a las ideas generales que he podido expresar hasta aquí.

Para que exista igualdad política entre los individuos no basta con que toda la población adulta tenga derecho a participar en las elecciones y que el voto de cada cual cuente por uno. Se requiere, además, que ese voto tenga igual peso o valor en la determinación de las decisiones políticas que en una democracia adoptan los representantes electos. Así se encarga de razonarlo con brillo y contundencia el primero de los textos que componen este volumen, donde Daniela Accatino identifica los mecanismos antiigualitarios de nuestro actual ordenamiento jurídico.

Alfonso Banda, por su parte, analiza la libertad de expresión y el papel que corresponde al Estado en el aseguramiento de la igualdad en el ejercicio de dicha libertad. Derecho individual, sin duda, la aludida libertad tiene también una dimensión social. Cuando esta dimensión no se considera, la diversidad de opiniones propias de una democracia y de una sociedad abierta se empobrece y no todos los estratos sociales pueden decir que están por igual veraz y pluralistamente informados.

La exclusión política como sanción penal, producto de la oposición entre ciudadanos y delincuentes, es el tema del trabajo que firma Pablo Marshall. Esta exclusión le permite desarrollar adecuadamente un concepto de ciudadanía más allá de su alcance meramente jurídico, además de mostrar que la pérdida de la ciudadanía no cumple ninguna de las funciones que se asignan a las penas; a saber, prevenir, rehabilitar y retribuir.

Fernando Muñoz reflexiona sobre la relación entre nuestro orden constitucional y la desigualdad, mostrando cómo la igualdad que aquel declara es una promesa incumplida que tiene como fuente la propia Constitución. En palabras del

autor, lo que tenemos en nuestro país es “un reforzamiento constitucional de un orden social desigual”, que difícilmente se verá alterado mientras no pasemos de una Constitución de la desigualdad a una de la igualdad.

Felipe Paredes ve en el federalismo “una herramienta para combatir la desigualdad” y precisa que un concepto amplio de federalismo puede cubrir incluso lo que puede ser un Estado unitario políticamente descentralizado. Un desarrollo equitativo y armónico desde el punto de vista territorial es otra de las promesas no cumplidas de nuestra actual Constitución. Es más, esperar que en el marco de esa Constitución podamos alcanzar un desarrollo con esas características es como pedirle peras al olmo -afirma el autor-, de manera que lo que tenemos que hacer es plantar nuestros propios perales.

Pasando del espacio político al ámbito social, aparece, en primer término, el texto de José Aylwin sobre igualdad e inclusión a propósito de los pueblos indígenas, que analiza el marco legislativo correspondiente, los mecanismos de discriminación positiva y las políticas públicas adoptadas en el curso de las dos últimas décadas. El texto de Aylwin quiere mostrar la falta de coherencia que hay entre el discurso sobre igualdad e inclusión del Estado chileno y la práctica que se percibe en esta materia. Por otra parte, al rezago que muestra nuestro país respecto de otras naciones del continente en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y al efectivo término de las distintas formas de discriminación, inequidad y exclusión no han sido ajenos los mecanismos supramayoritarios de la constitución que nos rige.

Siempre en el ámbito social, el trabajo de Boonie Guidotti aborda la igualdad y el principio protector propio del derecho laboral. A partir de la reforma procesal laboral iniciada en 2006, la autora inquierte acerca de si es o no efectivo que el principio protector del trabajador afecta la

imparcialidad del juzgador de causas laborales y las condiciones del debido proceso.

La igualdad ha sido el principio rector de las profundas diferencias que en las últimas décadas ha tenido el derecho de familia chileno. Esto es lo que desarrolla el texto de Susan Turner. Igualdad en la regulación de las relaciones de pareja, entre las distintas formas de familia y entre los miembros de la pareja constitutiva de familia, además de la muy pertinente pregunta acerca de si la igualdad debe ser extendida a las parejas homosexuales y al tipo de unión legal al que pueden aspirar.

¿Cuánta igualdad promueve la institucionalidad carcelaria chilena y cuánto de ella inhibe las reales condiciones imperantes en nuestros recintos penales? De ello se ocupa Jonatan Valenzuela, quien certeramente concluye que, en tanto situación que afecta a otros y no a nosotros, lo que acontece al interior de las cárceles carece de relevancia en términos políticos.

A propósito de un valor como la igualdad y de un fin del derecho como la justicia, para Yanira Zúñiga, la teoría feminista, y no simplemente la perspectiva de género, resulta insoslayable, y a sus propuestas se aboca en su trabajo, consciente de que ellas conciernen a más de la mitad de los habitantes del planeta y de los varios y diferentes niveles por los que discurren o a los que afectan tales propuestas. Como señala la propia autora, la teoría feminista suele ser objeto de gruesas caricaturas cuando no de franco desprecio. Por lo mismo, su trabajo constituye un llamado a examinar con mayor seriedad la reivindicación femenina por la igualdad.

Trasladándonos al tercero de los espacios que cubre este libro -el jurídico-, nos encontramos, en este orden, con los trabajos de Andrés Bordalí, José Ángel Fernández y Javier Millar Silva. El primero se hace cargo de la igualdad de las partes en los procesos judiciales chilenos -penal, civil y laboral- y muestra la evolución desde un concepto de

sujeto de derecho abstracto y general a una consideración de las personas en las concretas situaciones sociales y materiales en que desarrollan su existencia. El segundo de los textos discurre sobre la idea de igualdad en el derecho penal chileno y pone énfasis en el llamado “bienestarismo autoritario”, de la mano del cual se tipifican o agravan determinadas conductas y penas, vulnerándose de ese modo la prohibición de discriminación. Finalmente, el tercero aborda el problema del acceso a la información pública en la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia.

De la igualdad de las partes en el derecho de los contratos trata el aporte de Rodrigo Momberg, que muestra la disparidad que existe entre la igualdad de derecho y la de hecho de los contratantes y aboga por la conveniencia de perseverar en una ejecución justa del vínculo contractual.

Cierra el volumen el texto de Vladimir Riesco sobre la justicia ambiental y la necesidad de pasar desde un sistema de protección a una distribución más igualitaria de las cargas y beneficios ambientales.

No querría concluir este prólogo sin expresar una idea en la que siempre he creído y que este libro reafirma de distintas maneras: el discurso a favor de la igualdad y la inclusión no debe ser visto como una amenaza para la libertad. Nadie está por inmolarla en nombre de la igualdad ni tampoco por renunciar a la igualdad en nombre de la libertad. La igualdad -jurídica, política, de género, y también en las condiciones materiales de vida de las personas- no es enemiga de la libertad sino condición de ella. Individuos desiguales en esos planos no tienen la misma posibilidad de ejercer efectivamente las libertades de que son titulares. Eso es evidente en el caso de la igualdad jurídica, política y de género, aunque también lo es en el caso de la igualdad en las condiciones materiales de vida de las personas, valor que no pretende que todos sean iguales en todo, sino que lo sean en aquello que se

precisa para vivir con dignidad y poder llevar adelante propósitos de vida adoptados a partir de la autonomía. No tiene ningún sentido hablarles de sus libertades a personas que viven en permanente condición de pobreza y exclusión.

La bandera de la igualdad no se izá para bajar el pendón de la libertad, sino, todo lo contrario, en nombre de este último. Ambos emblemas deben ondear juntos y, lejos de entender que están fatalmente condenados a friccionar entre sí, es preciso admitir que si el primado lo tiene la libertad, esta, en los hechos, no es posible sin igualdad. No se trata de que la fraternidad sea la amigable componedora en caso de conflictos entre libertad e igualdad, sino de entender que una sociedad justa y decente es tanto una de libertades como una de igualdades y que aquellas sin estas se vuelven ilusiones.

Al inicio de este prólogo aludimos a ciertas limitaciones que afectan a la vida académica. Una de ellas es el relativo enclaustramiento, o sea, la vieja tendencia a convertir la universidad en una campana de cristal desde la cual puede verse hacia fuera, mas no comunicarse propiamente con el exterior. Libros como este, sin embargo, abren una ventana en el cristal y permiten tanto el ingreso del aire como la salida de la palabra. Son cada día más las instituciones de educación superior que emprenden tareas editoriales estables y es también más frecuente que sellos no universitarios se interesen por obras de académicos. Y si tales sellos han vencido el prejuicio antiintelectual, los académicos se muestran cada vez más productivos y talentosos en el uso de un lenguaje preocupado por una audiencia más amplia que la muy limitada que forman sus compañeros de trabajo.

Los textos que componen este libro son un buen ejemplo de lo anterior. Amén de breves, van directo al grano, utilizan a menudo una confiable base empírica, y se despliegan con una escritura diáfana y fácilmente accesible. Son textos a la vez analíticos y propositivos, y

quienes tienen competencia para adoptar decisiones vinculantes para el conjunto de la sociedad -gobernantes, legisladores y jueces- harían bien en leerlos y meditarlos. Identificar problemas, comprenderlos, ponderar alternativas de solución, visualizar cursos de acción, advertir el alto costo de mantener problemas en el invernadero hasta que un brusco e incluso violento cambio climático los haga estallar, todo eso se resuelve de manera más fácil con obras como esta.

Si en buena medida ha sido la calle la que trajo de vuelta la palabra “igualdad”, no hay que esperar a que la gente vuelva a la calle para tomarse en serio esa palabra, su concepto y los diversos compromisos que ella entraña.

Hombres y mujeres de pensamiento, los académicos pueden perfectamente iluminar a los hombres de acción, y, más aún, hombres y mujeres de pensamiento que piensan como si fueran de acción cooperan a que más hombres y mujeres de acción se comporten también como si fueran de pensamiento.

La tan vapuleada universidad chilena de nuestros días encuentra momentos de regocijo y de prestigio cuando un grupo de académicos como los autores de este libro suman esfuerzos, miradas y experiencias para apuntar hacia un país más justo, que no puede ser otro que uno más democrático, más igualitario y más inclusivo.

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso y en la Universidad Diego Portales. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales 2009.

Introducción

El rol del derecho en la creación de una comunidad de iguales

Fernando Muñoz León

La mejor manera de introducir un libro como este es ofrecerle al lector algunas coordenadas que le permitan navegar por sí mismo en la temática que aborda. El objetivo de esta introducción, en consecuencia, será proponer algunas definiciones conceptuales y tesis sustantivas que expliquen la importancia de tematizar la relación entre igualdad, inclusión y derecho, pues a lo largo de estas páginas el lector encontrará una heterogénea gama de temas y discusiones que le permitirán volver a estos conceptos y sacar sus propias conclusiones.

Igualdad e inclusión como valores políticos

Para los efectos de este libro, propongo entender la igualdad como una posible configuración de la al interior de un grupo humano, y la inclusión como una posible configuración de la en dicha comunidad. Así entendidos, la igualdad y la inclusión no son atributos que sean predicados respecto de los integrantes del grupo humano individualmente considerados, sino que serán utilizados para describir cualitativamente las interacciones, relaciones y dinámicas existentes entre los integrantes de dicho grupo y caracterizar de manera colectiva a este último. En un grupo humano estructurado por la igualdad

hay una del acceso a lo que Rawls llama bienes sociales primarios²; mientras que en un grupo humano estructurado por la inclusión existen para la toma de decisiones colectivas importantes, como la determinación de qué bienes serán caracterizados como primarios en el sentido recién apuntado. Un grupo humano así organizado será una : será una por cuanto el destino de cada uno de sus integrantes estará ostensiblemente ligado al destino de sus semejantes, y estará compuesta por porque la estructura de sus instituciones fundamentales impedirá tanto la dominación de unos sobre otros como la existencia, de hecho o de derecho, de personas o grupos privilegiados.

¿Qué convierte a la existencia de una comunidad de iguales en un ideal valioso y digno de ser realizado? ¿No es más atractiva, o al menos de una menor exigencia e idénticos beneficios, la idea de una ? Hay, desde luego, quienes sostienen esta alternativa. “La igualdad económica no es, en cuanto tal, de particular importancia moral”, sostiene Frankfurt y señala que “respecto a la distribución de bienes económicos, lo que importante desde el punto de vista moral no es que todos tengan sino que todos tengan ”³. Tal es el punto de vista, por lo demás, que pareciera caracterizar al discurso político-económico neoliberal, actualmente hegemónico, y que pregoná la necesidad de ‘focalizar’ el gasto social⁴. Como observa Atria: “Si este es el principio que estructura el gasto social no puede decirse que la finalidad del mismo sea la igualdad, sino acabar con la pobreza”⁵. La pregunta es, en consecuencia, si una comunidad de iguales ofrece algo que una sociedad preocupada exclusivamente de la suficiencia de medios no puede ofrecer.

La respuesta a dicha interrogante está en el plano de la política; en la manera en que una comunidad indiferente a la desigualdad se gobierna a sí misma. Una sociedad preocupada por la suficiencia de medios en lugar de la

igualdad es, por definición, indiferente al surgimiento de desigualdades económicas en su seno: naturalmente, algunos tendrán más recursos económicos que otros. Y en ausencia de instituciones preocupadas por la igualdad material, individuos con distintas capacidades adquisitivas dispondrán de un acceso diferenciado tanto a la satisfacción de necesidades humanas primarias, tales como la salud y la vivienda, como al disfrute de diversos bienes socioculturales, entre ellos la educación y la protección otorgada por el sistema jurídico⁶. Aún más, tal desigualdad económica tenderá a replicarse a lo largo de la estructura social y a entrelazarse con otros mecanismos sutiles de exclusión⁷, tales como el racismo, el sexism o otras formas de prejuicio⁸. La desigualdad económica, en suma, se traduce en una desigualdad de oportunidades de todo tipo; como observara Bourdieu, el capital financiero se transforma en capital cultural (educación), capital social (contactos) y capital simbólico (estatus)⁹, con lo que las desigualdades económicas se transforman en desigualdades educacionales, sociales y políticas.

Ahora bien, una desigual distribución del capital cultural, social y simbólico está aparejada, por lo general, a una desigual distribución de capacidades y oportunidades cruciales para la participación activa en la deliberación pública y el proceso político¹⁰. El resultado inevitable de todo esto es que la desigualdad socioeconómica termina traduciéndose en exclusión política; en otras palabras, en una sociedad no inclusiva, donde las decisiones sobre las características de la estructura social terminan siendo tomadas por unos pocos. Igualdad e inclusión constituyen un binomio inseparable e inescindible. Por esto, el principal defecto de la tesis de la es que, sin hacerlo explícito, involucra una renuncia al carácter inclusivo de la sociedad. Una sociedad donde nos preocupemos únicamente por combatir la pobreza puede eventualmente derrotar la

pobreza -para efectos de esta discusión, concedamos ese punto-; pero, en la medida en que deje incólume la desigualdad misma, ella seguirá siendo una sociedad no inclusiva y, por ende, una sociedad no democrática. Por esto, la igualdad y la inclusión son valores fundamentalmente políticos, y es posible sostener que, en última instancia, una distribución igualitaria de los bienes es sencillamente instrumental respecto de lo que de verdad importa, la inclusión o igualdad política.

Como quedará prontamente en evidencia, también podemos asimilar el concepto que he ofrecido de inclusión con el de , en la medida en que este no haga solo referencia a la toma de decisiones colectivas mediante procesos eleccionarios sometidos a la regla de mayoría (), sino al conjunto de condiciones que hacen posible que los individuos concurran en igualdad de condiciones a dichos procesos de toma de decisiones (). Y como se señalaba acertadamente hace algunas décadas, la democracia formal sin democracia social es insuficiente e ineficaz en sus propios términos. En resumen, la relativa equivalencia entre las nociones de igualdad, inclusión y democracia evidencia que todas ellas se refieren a un mismo estado de cosas: la comunidad de iguales.

Una consecuencia de todo lo dicho hasta aquí es que la perspectiva descrita, que podría ser calificada como igualitarismo inclusivo, es una concepción de la justicia política; una concepción sobre lo debido a los otros en una comunidad ordenada de acuerdo a criterios considerados justificables a la luz de principios razonables. Esto convierte al

igualitarismo inclusivo en una concepción aceptable por toda sociedad cuyo orden político se describa a sí mismo como democrático¹¹. Ahora bien, cabe observar que hay argumentos para sostener que nuestra Constitución se sustenta discursivamente en premisas igualitarias e

inclusivas al imponer al Estado el deber de “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, condiciones que permitan la “integración armónica de todos los sectores de la Nación” y que aseguren “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” y “el desarrollo equitativo y solidario”. El problema es que tales proclamas no pasan hasta el momento de ser una promesa incumplida para las grandes mayorías¹².

En definitiva, uno de los dos grandes problemas con el consenso político consolidado durante la transición, que reivindica la importancia de la democracia pero opta por el combate contra la pobreza sin cuestionar la desigualdad en sí misma, es que aspira a imposibles¹³. Tener una sociedad democrática o inclusiva es inviable en una sociedad desigual.

Sistema jurídico y estructura social

La distribución de los bienes sociales depende de la asignación que de dichos bienes hagan las instituciones sociales, particularmente, el sistema jurídico.

Ciertamente, en el largo plazo son sucesos extrajurídicos – eventos políticos y militares¹⁴, procesos demográficos¹⁵, desarrollos

económicos y tecnológicos- los que parecen ejercer la influencia más decisiva en la distribución, a menudo influyendo en el mismo derecho. Sin embargo, en cada momento dado dicha asignación está determinada principalmente por el ordenamiento jurídico, el que opera sometiendo todos los fenómenos sociales a su distinción entre lo legal y lo ilegal. Así, el derecho protege con el manto de la legalidad ciertos estados de cosas y ciertas

acciones, mientras que coloca otros estados de cosas y otras acciones en los extramuros de la ilegalidad. La Constitución y las leyes les reconocen ciertos derechos a los individuos y dejan otros sin reconocer: garantizan la libertad de enseñanza, pero no el derecho efectivo a la educación; proclaman el derecho a contraer matrimonio, siempre y cuando sea con un individuo de distinto sexo¹⁶; protegen el derecho a recibir información sin censura previa, pero no a contar con medios de comunicación ideológicamente diversos¹⁷; establecen el derecho de herencia, en lugar de la incorporación de los haberes del difunto al erario público. Cada una de estas configuraciones constituye una decisión que podría ser distinta o incluso diametralmente opuesta, y mediante el conjunto de dichas decisiones nuestro sistema jurídico permite o favorece un cierto conjunto de “condiciones sociales”, para emplear la expresión del artículo 1º de su Constitución. Desde luego, la pregunta es si dicho conjunto de condiciones, es decir, la estructura de nuestra sociedad, satisface las exigencias queemanan de una concepción igualitaria e inclusiva de la sociedad. Este libro intenta responder a dicha pregunta en diversos ámbitos.

Los ejemplos sobre el impacto del derecho en la estructura social pueden multiplicarse hasta el infinito. La gran pregunta es cómo actúa el derecho respecto de las jerarquías socialmente existentes; de qué manera protege o intensifica la posición de los poderosos, y cómo trata a los débiles y los marginados¹⁸. Una forma en la que las leyes pueden ayudar a los ricos es creando mercados -y correlativamente, nuevas oportunidades de enriquecimiento- allí donde antes no los había.

Piénsese en la educación particular subvencionada, la educación superior y la televisión, casos en los cuales las reformas legales del régimen militar abrieron espacios

antes vedados para el emprendimiento con fines de lucro de los particulares. La situación es aún más evidente en el caso de los seguros de salud y los fondos de pensiones. Aquí no solo la agregación de las cotizaciones de los afiliados cautivos del sistema, los trabajadores con contrato laboral, creó grandes fondos de inversiones cuya rentabilidad constituye una incomparable fuente de enriquecimiento para sus administradores; adicionalmente, las reglas del juego les garantizaron ganancias a todo evento en la forma de comisiones.

Viceversa, la prohibición de negociación colectiva por rama o interempresa, o los desincentivos al ejercicio del derecho a huelga tales como el reemplazo de trabajadores en huelga, debilitan la posición de los trabajadores respecto de sus empleadores y, por lo tanto, reducen su participación en la distribución del ingreso¹⁹. La estructura tributaria, por su parte, también juega un papel central en la distribución de los bienes sociales. Ella determina qué parte del ingreso nacional es destinada a la provisión de bienes públicos. Una baja disponibilidad presupuestaria del Estado no solo lleva a que algunos servicios públicos, como la salud o la educación, sean de mala calidad; también lleva, por ejemplo, a que se generalice la concesión de obras públicas, formato que crea nuevas oportunidades de enriquecimiento para quienes cuentan con el patrimonio necesario para obtener los créditos asociados a emprendimientos de tal magnitud.

Por supuesto, esto puede generar estructuras patrimoniales más igualitarias. La abolición de los mayorazgos en el siglo XIX, intentada sin éxito por O'Higgins y lograda por Manuel Montt, tendía a la redistribución paulatina de la propiedad rural dentro de la élite tradicional. Lo que más de un siglo después buscó la reforma agraria, en el fondo, no era sino acelerar tal redistribución e incorporar a ella a una clase

históricamente marginada de los beneficios del intercambio social, los campesinos. La ley también puede distribuir -y redistribuir- de manera igual o desigual otros bienes sociales tan importantes como la posición o estado social: ya lo sabían bien nuestros jacobinos chilenos, que declararon la libertad de vientres y abolieron la esclavitud y los títulos nobiliarios.

La ley, en definitiva, juega en todo momento un papel central en la determinación de la distribución de bienes primarios en una sociedad, ya sea favoreciendo su concentración en unas pocas manos o bien repartiéndolos de una manera justa, y en la conformación de estructuras de toma de decisiones más o menos participativas. La distribución de bienes y la participación en los procesos de toma de decisiones dependen, en definitiva, de lo que las leyes permitan, prohíban u ordenen; ellas establecen las condiciones, las reglas del juego según las cuales los actores sociales se distribuirán los productos del intercambio social.

* * *

Los ensayos que siguen a continuación constituyen un esfuerzo por pensar en la igualdad y la inclusión desde la academia jurídica. Ellos responden también a una cierta concepción igualitaria e inclusiva. La división social del trabajo actualmente existente entrega a los profesores universitarios la posibilidad de profundizar su conocimiento sobre los más diversos asuntos; en nuestro caso, hemos privilegiado la reflexión acerca del funcionamiento del sistema jurídico y su impacto en la interacción social. Dicho conocimiento, por lo general, es elaborado en la forma de artículos y libros destinados a un público también académico. La academia es, según la teoría de sistemas, un sistema que logra su reconstrucción constante -su autopoiesis- mediante la clausura operacional: mediante el

diálogo consigo misma. Su acoplamiento estructural -su vínculo con el resto de la sociedad- se produce por lo general de manera casual: se produce por el sencillo hecho de que los académicos viven en la sociedad, lo que les lleva a preocuparse en su actividad profesional de los asuntos socialmente relevantes. Así y todo, esto no es suficiente para una concepción igualitaria e inclusiva de la academia, pues la producción académica sigue teniendo como su único destinatario a la academia misma. La universidad, se decía, se transforma en una torre de marfil, totalmente alejada de los problemas sociales o, al menos, incapaz de dialogar con los protagonistas de dichos problemas.

La solución al problema pareciera residir en una de las funciones habitualmente atribuidas a la universidad: la extensión. Mediante seminarios, charlas, cursos de formación continua, columnas de opinión en medios de prensa, y otras actividades que entran dentro de la abigarrada categoría de 'vinculación con el medio social', la universidad intenta superar la distancia que la separa de otras esferas de lo social. Dicho intento, ciertamente, solo puede tener un éxito parcial. En la medida en que siga existiendo la división social del trabajo, el diálogo entre la academia y las otras esferas o actividades está dificultado por una serie de condicionantes estructuralmente determinadas, entre las cuales destaca la propia complejidad del discurso académico, construido sobre una serie de presupuestos conceptuales y metodológicos que habitualmente permanecen invisibles a ojos del lego. Así y todo, el esfuerzo por intentar superar las distancias no solo vale la pena sino que es una obligación moral para el académico. Sea que se considere que tiene ventajas comparativas para reflexionar sobre la sociedad o que goza de una condición privilegiada que le impone ponerse al servicio de la sociedad, el punto es que la discusión de los problemas sociales se le presenta al profesional de las ciencias sociales y, particularmente, jurídicas como la

forma más apropiada de servir a la sociedad y cumplir con su deber ciudadano.

Los ensayos que siguen a continuación son un esfuerzo por cumplir con este deber. Sus respectivos autores han hecho un intento deliberado por presentar análisis sobre problemas socio-jurídicos de manera accesible a un público no especializado en estas materias. Será el lector quien juzgue los resultados de dichos esfuerzos.

2 John Rawls, (Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1995), 69.

3 Harry Frankfurt, "Equality as a Moral Ideal", vol. 98 (1987): 21.

4 Hablar de hegemonía es hablar del ‘sentido común’ políticamente impuesto. En Chile la hegemonía neoliberal, como se sabe, fue impuesta durante la dictadura mediante herramientas altamente coactivas, que incluyeron el asesinato, el exilio, la censura y la intimidación generalizada de la población. Todo ello explica la rapidez de la conquista de la hegemonía por parte del neoliberalismo y la profundidad con que dicho proyecto logró instalarse en nuestra estructura social, incluyendo el contenido de nuestras normas jurídicas fundamentales y la organización de nuestras instituciones estatales. En otras latitudes, sin embargo, el neoliberalismo logró instalar su hegemonía mediante las herramientas propias de la democracia formal: la movilización electoral -a menudo animada por discursos sutil o abiertamente excluyentes- y la discusión pública -facilitada por un acceso privilegiado a los medios de comunicación por parte de los sectores sociales partidarios del proyecto neoliberal-. Todas estas estrategias tienen la ‘virtud’ estratégica, para efectos del neoliberalismo, de estar íntimamente ligadas a su proyecto último: la desintegración de lo público como

manera de hacer imposible el surgimiento de una comunidad de iguales. Por qué el neoliberalismo está dispuesto a demoler en pedazos la república con este fin, se hace evidente si tenemos en cuenta que, al disminuir las oportunidades de enriquecimiento mediante la construcción de un tejido social sustraído a las relaciones de mercado, la creación de una comunidad de iguales constituye para el neoliberalismo no solo un obstáculo funcional, sino que equivale a su antítesis moral –pues cultiva hábitos y virtudes radicalmente opuestas-. Por esto, el comunitarismo o comunismo y el neoliberalismo están destinados a enfrentarse, como Leviatán y Behemoth, hasta el fin de los tiempos; en términos de una concepción dialéctica de la historia, hasta que sean superadas las condiciones económicas y sociales que los sitúan de ese modo.

- 5 Fernando Atria, “Socialismo hayekiano”, , vol. 120 (2010): 54.
- 6 Sobre el acceso al sistema judicial, véase la contribución de Andrés Bordalí. Sobre el acceso a la justicia medioambiental, véase la contribución de Vladimir Riesco.
- 7 Sobre la cárcel como una forma sutil de exclusión social, véase la contribución de Jonatan Valenzuela.
- 8 Sobre el análisis de género, que visibiliza diversas formas de exclusión, véase la contribución de Yanira Zúñiga.
- 9 Pierre Bourdieu, “The Forms of Capital”, en , ed. John Richardson (New York: Greenwood, 1986), 241.
- 10 En algunos casos, dicha exclusión está incluso jurídicamente consagrada; véase la contribución de Pablo Marshall.
- 11 Una sociedad tal se debe a sus integrantes, los ciudadanos, a los cuales rinde cuentas. Sobre el acceso a la información, véase la contribución de Javier Millar.
- 12 Sobre la incoherencia entre estos valores constitucionales igualitarios, por un lado, y la estructura

constitucional de derechos y la regulación constitucional del proceso político, véase mi contribución.

13 El otro problema es que tampoco ha sido totalmente exitoso. Sobre los fracasos democratizadores de la transición, véase la contribución de Daniela Accatino.

14 Sobre las consecuencias presentes del despojo militar que sufrieron los pueblos originarios de su autonomía política, social y territorial, véase la contribución de José Aylwin.

15 Sobre la necesidad de reconocer constitucionalmente la diversa geografía humana chilena mediante el federalismo, véase la contribución de Felipe Palacios.

16 El derecho de familia es un ámbito donde la reivindicación de concepciones igualitarias e inclusivas es particularmente intensa; véase la contribución de Susan Turner.

17 Sobre la discusión acerca de libertad de expresión y las exigencias que sobre ella impone una concepción igualitaria y democrática de la justicia, véase la contribución de Alfonso Banda.

18 Sobre la relevancia de esta actitud en el derecho de contratos, una de las áreas donde la neutralidad del derecho ha sido más reivindicada en la modernidad, véase la contribución de Rodrigo Momberg.

19 Sobre la igualdad en el derecho laboral, véase la contribución de Boonie Guidotti.

Parte I

El espacio político

Más democracia es más igualdad: los cambios necesarios para que el voto de cada ciudadano tenga igual valor

Daniela Accatino Scagliotti

Igualdad política

La igualdad política es un ingrediente fundamental de la democracia, pues para que una comunidad política pueda – como promete la democracia- autogobernarse, es necesario que se les reconozca a todos sus miembros por igual el derecho a participar en la formación de la voluntad política y en el ejercicio del poder. La democracia supone autodeterminación para todos y requiere, por tanto, para todos los ciudadanos, iguales oportunidades de participar e incidir en las decisiones políticas.

Las exigencias que se derivan de la igualdad política en una democracia representativa son múltiples y complejas. En este trabajo nos interesarán solo las que conciernen al que intuitivamente se nos presenta como el derecho político de participación por excelencia, el derecho de sufragio, donde lo que la igualdad implica se expresa sintéticamente en la fórmula Quedarán fuera del análisis, por lo tanto, las cuestiones relativas al derecho a acceder a los cargos públicos, al derecho de asociarse en partidos políticos que puedan a su vez participar con igualdad de oportunidades en la formación de la voluntad política, y a