

LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL EN CHILE¹

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO²

RESUMEM: Este trabajo examina la evolución de la igualdad constitucional en Chile en las últimas cuatro décadas, enfocándose en el legado de la Constitución de 1980, y el rol de las transformaciones legislativas y dogmáticas posteriores. También analiza el devenir de la igualdad en el reciente proceso constituyente, identificando sus avances y retrocesos, en particular, en lo concerniente a la igualdad de género.

PALABRAS CLAVE: Chile; Igualdad; Igualdad de Género; Proceso Constituyente.

INTRODUCCIÓN

Aunque no cabe duda de que la igualdad es un proyecto central para el constitucionalismo, es también una categoría jurídica inestable, a ratos volátil. La igualdad es parte de una estirpe de conceptos jurídicos (diferencia, diversidad, discriminación, entre otros) que lejos de ser elaborados y aplicados asépticamente al interior de una práctica experta, son tributarios de debates intelectuales, morales, políticos y sociales, altamente controversiales.

La segunda mitad del siglo XX trajo consigo una diversificación de la igualdad jurídica, la cual dejó de ser concebida, única y exclusivamente, como una protección estatal negativa frente a tratos diferenciados y arbitrarios (la prohibición de discriminación), sino también como un mandato positivo dirigido a los órganos públicos – en algunos casos a los particulares– para que transformen las condiciones que posibilitan una desigualdad social polifacética. Este giro en la concepción tradicional de la igualdad ha conllevado otras tantas transformaciones normativas.

En primer lugar, ha fomentado la aparición de un nuevo set de herramientas, las cuales tienen en común, una inspiración transformadora o “militante”. En la medida de que igualdad deviene una cuestión material y supone un mandato intervencionista su traducción jurídica no se agota en el mandato de *igualdad ante la ley* ni en la prohibición genérica de toda discriminación. Debe ir más allá. Precisa identificar situaciones, relaciones y grupos donde hay riesgo crónico de discriminación; y desplegarse mediante acciones concretas en favor de ciertas

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt N° 1210585, denominado «El rol de la familia en el sistema sexo-género ¿estabilización o transformación?», en el que Yanira Zúñiga Añazco es investigadora responsable.

² Doctora en Derecho. Profesora titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.



categorías de personas—incluso, ventajas directas—que tengan la aptitud de reducir inequidades estructurales. “Tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes” no puede significar, en la práctica, tolerar el *statu quo*.

Como destaca Comanducci (1995), las críticas a la igualdad liberal se redoblan en la segunda mitad del siglo XX aglutinando un amplio espectro ideológico que va desde los defensores del marxismo o del catolicismo, a los comunitaristas y las feministas radicales. La progresiva influencia cultural de los movimientos sociales vinculados a las demandas por igualdad (entre otros, el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos, el feminismo y el indigenismo), es decisiva en este tránsito epocal. Su capacidad de movilización de masas, uso intensivo del litigio estratégico e incursión en el ciclo de procesos constituyentes acaecidos, sobre todo, en América Latina, los transforman en factores clave de este cambio.

En suma, la igualdad jurídica ha dejado de concebirse como un discurso meramente exhortativo de una justicia social de raíz liberal para adquirir mayor presencia y potencia transformadora en el constitucionalismo de las últimas décadas. Pero, como no hay una sola lectura de la igualdad, sino varias, las cuales compiten entre sí, también ha devenido un territorio en permanente disputa. Con el tiempo, el legado de las nuevas comprensiones de la igualdad empieza a mostrarse vulnerables al riesgo de retroceso o *backlash*, especialmente en aquellas zonas más controversiales, como ocurre con la igualdad de género. La estructura, plástica y porosa, de la igualdad es la fuente de su dinamismo y también su talón de Aquiles

En este texto me propongo ofrecer un panorama evolutivo del fenómeno antes descrito a una escala más reducida, mirando el caso chileno. A los efectos, tendré en especial consideración, el impacto de la movilización feminista en la estructuración de la igualdad de género en décadas recientes, y el balance del proceso constituyente.

2. LA ESTRUCTURA LÓGICO-CONCEPTUAL DE LA IGUALDAD

Si admitimos que la igualdad jurídica es la resultante de una copiosa red capilar en la que interactúan discursos técnicos, variadas y cambiantes concepciones de la justicia social y la fuerza e influencia de movimientos de masas, pareciera ser que examinar su estructura conceptual no sería el camino más apropiado para seguir. Sin embargo, dicha aproximación permite, de mejor manera que otras alternativas, explorar y cartografiar esas conexiones.

Partamos por recordar que la exigencia normativa de ser tratados *como si fuéramos iguales* tiene sentido, precisamente, porque lo que gobierna la facticidad del mundo es la diversidad y no la identidad. Las situaciones, relaciones y personas son, por definición, heterogéneos o diversos. De ahí que— como ha puesto de relieve, Ferrajoli (1999)— no es correcto contraponer *igualdad a diferencia*. El juicio de *igualdad* es de carácter normativo, mientras el juicio de *diferencia* es de tipo

descriptivo. Por tanto, lo que verdaderamente se opone a la igualdad es la *desigualdad*.

En segundo término, el concepto jurídico de igualdad designa una relación entre dos cosas, situaciones o personas, por un lado, y una cualidad o propiedad relevante (o un conjunto de ellas). Dado que existe un número incalculable de diferencias posibles entre estos elementos, no hay situaciones idénticas. Cuando aplicamos cláusulas de igualdad, en realidad, elaboramos juicios de similitud o por analogía. La selección de una cualidad o propiedad vuelve comparable, desde una o varias perspectivas, situaciones o personas que en los hechos son diversas, desde otros tantos puntos de vista posibles. El sistema jurídico puede reducir la diversidad comparable al regular, explícita o implícitamente, patrones comparativos relevantes. Pero lo cierto es que la determinación de lo que ética y jurídicamente es relevante es siempre un proceso abierto, poroso a la transformación política y cultural.

Como en las constituciones contemporáneas cohabitan (al menos) dos modelos de la igualdad (uno formal o por asimilación, y otro material, sustantivo o por diferenciación) un juicio de igualdad puede implicar, unas veces, ignorar las diferencias y, otras, valorarlas. Sortear esta paradoja requiere determinar el rango de heterogeneidad factual admisible para hacer una comparación, justificar las variables relevantes, y aportar razones para fundar la decisión de asimilar o su opuesta. En otras palabras, el juicio de igualdad implica identificar y justificar en qué casos es razonable equiparar dos situaciones invariablemente distintas y en función de qué criterios; y en qué casos, en contraste, las diferencias escogidas de entre un set infinito de particularidades, son suficientemente significativas para justificar un trato diferenciado. El nexo entre una diferencia fáctica y una diferenciación normativa no es inmediato, ni necesario, tampoco puede verificarse de manera empírica; supone un juicio de razonabilidad en el que se debe aportar y sistematizar argumentos capaces de recibir mayor o menor adhesión en un determinado contexto histórico-social (Ruiz Miguel, 1996).

En tercer lugar, toda igualdad es, conforme a la estructura antes comentada, relativa y dinámica. Por consiguiente, ni la métrica ni los resultados de la igualdad pueden determinarse al estilo de un silogismo, y de una vez y para siempre. No hay algo así como rasgos o características, físicos o sociales que, en sí mismos, constituyan siempre y en todos los casos posibles patrones relevantes para predicar la igualdad o su ruptura. Dicho en términos *alexianos*, la igualdad es un principio, no una regla. Por eso, incluso las categorías sospechosas o motivos prohibidos de discriminación son normas derrotables.

Por consiguiente, responder a preguntas tales como ¿igualdad de qué? o ¿entre quiénes? en un caso concreto requiere una operación de búsqueda de criterios relativamente inestables. Algunos están positivados, otros están cristalizándose y otros desafían directamente la tradición previa. Parafraseando al economista y teórico social, Amartya Sen (1999), los rasgos que resultan seleccionados en un

juicio comparativo concreto de igualdad reenvían a diversas variables focales nutridas de funcionamientos sociales considerados valiosos, en un momento y contexto determinados. A esas variables y funcionamientos subyace un elenco cada vez más plástico de teorías y agendas de justicia, las cuales, por distintas causas (muchas de ellas, contingentes), pueden ganar terreno en el debate público y ser objeto de desarrollo constitucional o legislativo.

Revisemos algunos ejemplos históricos para observar cómo se produce esta interacción. Como se sabe, el emergente constitucionalismo social de principios del siglo XX transformó la preocupación ética por las precarias condiciones de vida de las poblaciones trabajadoras en fórmulas jurídicas que empezaron incluirse en unos pocos textos constitucionales (México, 1917; Alemania, 1919). Estas fórmulas terminaron por expandirse a buena parte del mundo occidental después de la segunda guerra mundial, debido a sus coletazos económicos, dando carta de legitimidad a una nueva generación de derechos: los derechos sociales. Así, hasta el advenimiento del último tercio del siglo XX, la pobreza (una injusticia típicamente económica) ocupó el lugar central de los debates éticos, políticos y jurídicos sobre la justicia y la igualdad. La teoría *rawlsiana* de la justicia, la efervescencia social y los progresivos cambios normativos aportaron el combustible suficiente para que la pobreza mutara de algo tolerado, aceptado como parte del “orden natural de las cosas”, a una injusticia que urgía combatir, usando, entre otras municiones, las normas jurídicas. Gracias a esta sinergia sacionormativa, el espectro de la injusticia (o de la desigualdad) se ensanchó, pasando desde lo formal a lo sustantivo.

Lo propio ha ocurrido recientemente con otros fenómenos sociales los cuales dejaron de normalizarse. Entre esos, podemos mencionar las brechas de género y la asimilación cultural. Engarzadas en un espectro amplio de nuevas teorías de la justicia basadas en concepciones feministas, comunitaristas o de reconocimiento, a partir de la década del 90, la diversidad cultural y la igualdad de género han sido unidas como variables legítimas para justificar ventajas en favor de mujeres o comunidades indígenas. Esta mutación se ha traducido en nuevos derechos (por ejemplo, los derechos sexuales y procreativos, el derecho a la identidad cultural, entre otros) e instituciones jurídico-electoral (tales como las cuotas, la paridad y los escaños reservados).

Es importante notar que las discusiones sobre justicia social e igualdad no solo se han diversificado, también se han deslocalizado. En la segunda mitad del siglo XX la familia tradicional – es decir, la familia nuclear, heterosexual, vinculada por relaciones de consanguinidad o, eventualmente, de adopción, cuyos fines son la reproducción, la convivencia y la economía común– fue apuntada por el movimiento feminista como una institución opresora e ideológica, desencadenando una disputa en torno a la justicia intra e interfamiliar, la cual ha sido objeto de un creciente proceso de publicación. Al feminismo se le debe también haber desmontado las implicancias ideológicas de la frontera entre lo

público y lo privado, redefinido las relaciones entre ambas esferas (Álvarez, 2021) y empujado un desarrollo normativo que recoge esa crítica.

Así, por ejemplo, el preámbulo de la CEDAW (1979) reconoció que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. En sus recomendaciones generales Nos. 29 y 33, de 2013 y 2015, relativas al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones, familiares y su disolución) y al acceso de las mujeres a la justicia, respectivamente, el Comité CEDAW ha manifestado su preocupación por los vínculos entre familia y desigualdad de género; y ha recomendado a los Estados, entre otras cosas, incorporar la perspectiva de género. En el plano regional americano, en poco más de dos décadas el sistema interamericano ha consolidado un abordaje que conecta el principio de no discriminación con la diferencia sexual, la orientación sexual y la identidad de género, lo proyecta dentro y fuera de las relaciones familiares e interfamiliares, y expone sus vínculos con la violencia.³ Así, el afianzamiento del rol público de la familia ha propiciado su ingreso, de lleno, en los debates constitucionales de igualdad. De más en más, se asume que las relaciones familiares deben sujetarse a principios iusfundamentales como la autonomía, la dignidad, la igualdad, el respeto de la diversidad y la proscripción de la violencia.

La politización de lo privado ha catapultado al cuidado al centro de la discusión moral, económica y jurídica. El precursor ensayo de Carol Gilligan (*In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*), publicado en 1982, cambió las coordenadas del abordaje filosófico-moral de la familia, poniendo las bases del influyente pensamiento del cuidado. En dicho trabajo, la psicóloga y filósofa estadounidense mostró que la omisión cultural de la huella que deja la gestión de la dependencia en el razonamiento moral humano ha propiciado la sacralización de un paradigma relacional basado en la exclusión del otro y la construcción de postulados universales. Tanto Gilligan como otras pensadoras feministas (Okin, 2008; West, 2000) han mostrado las implicancias normativas de dicho paradigma, subrayando que el discurso de los derechos– y de la igualdad– descansa en una comprensión de la autonomía como alienación y egoísmo.

3. EL RIESGO DE RETROCESO O BACKLASH

El avance de las agendas de justicia e igualdad en los debates *iusfundamentales* no debe ser confundida con su consolidación definitiva. El devenir de la igualdad de género muestra claramente el peligro de retroceso o *backlash*. En este sentido, las palabras de Simone de Beauvoir han sido premonitorias: “Basta[rá] una crisis

³ En este sentido, por ejemplo, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos María da Penha y María Eugenia Morales Sierra; y la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en los asuntos Atala Riffo e hijas v. Chile, Fornerón v. Argentina, Duque v. Colombia, Artavia Murillo v. Costa Rica, I.V v. Bolivia y Brítez Arce v. Argentina.

económica, política o religiosa, para que los derechos de las mujeres sean puestos en cuestión, [...] nunca se dan por adquiridos [hay que] permanecer vigilantes toda la vida”⁴.

En efecto, en todo el mundo las mujeres han enfrentado la pérdida de derechos que se daban por sentados. En algunas zonas, como medio oriente, hace décadas vienen sufriendo una dramática e incremental reducción de sus derechos, debido a luchas políticas, intestinas y foráneas, y después de la pandemia, las brechas de género, sobre todos las económicas, aumentaron en todo el mundo.

Pero los derechos de las mujeres no solo están amenazados por regímenes autoritarios y por emergencias globales, también sufren embates y retrocesos al interior de las democracias constitucionales. En Estados Unidos— una de las democracias más longevas – la Corte Suprema, con su decisión en el caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (2021), suprimió de un plumazo la protección constitucional del derecho al aborto, reconocido y amparado desde *Roe v. Wade* (1973), mediante una interpretación liberal del derecho a la privacidad. Aun cuando el giro jurisprudencial no fue sorpresivo⁵, su impacto político remeció a Estados Unidos y al mundo. El presidente de Estados Unidos, Joe Biden, criticó el fallo diciendo que este “literalmente hizo retroceder a Estados Unidos unos 150 años”.

Merece la pena detenerse en la estrategia argumentativa de *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* para observar cómo la amenaza de regresión de la igualdad de género está siempre latente porque no es completamente extrínseca, opera como un verdadero caballo de troya del constitucionalismo. La referida sentencia descansa sobre dos pilares: la tradición y la democracia. En concreto argumenta que, para poder proteger judicialmente la libertad de abortar, esta debería estar profundamente arraigada en la historia de la nación y en sus tradiciones, lo cual estaría desmentido por la prohibición histórica del aborto. Y, acto seguido, defiende la facultad de la población, a través de sus representantes electos, de regular, sin cortapisas constitucionales, los contornos de esa libertad. A primera vista, la argumentación antes descrita parece convincente, ella se sirve del prestigio de la democracia en el discurso constitucional. Sin embargo, como observa Habermas (2001) ni el principio de soberanía popular ni el paradigma

⁴ La escritora Claudine Monteil— por entonces, una joven militante feminista—ha revelado que en 1974, cuando el recién electo Presidente, Valéry Giscard d’Estaing, prometió liberalizar el aborto en Francia, ante la espontánea exclamación de júbilo de Monteil («¡Hemos ganado!»), una circunspecta Beauvoir le replicó: «Sí, hemos ganado, pero temporalmente”.

⁵ La sentencia *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* concretó una de las promesas de campaña del expresidente Trump, hoy enjuiciado por varios delitos. Trump— quien se ha caracterizado por hacer ostentación de un sexismo rampante— prometió que, de ser electo, utilizaría la facultad presidencial de nominar a los jueces de la Corte Suprema para, por esa vía, atacar la protección constitucional de aborto. Como era de prever, al conocerse esta decisión Trump reaccionó inmediatamente, atribuyéndose el mérito (estas y otras sentencias «solamente fueron posibles porque cumplí con todo lo prometido»— dijo)

liberal se bastan a sí mismos en el constitucionalismo. Uno y otro están en tensión, pero se precisan recíprocamente. Mientras el principio de la mayoría no puede explicar la dimensión universalista de los derechos, el paradigma liberal no agota el pleno significado de la ciudadanía.

El *iusfeminismo* ha subrayado que la tradición y la democracia han sido, por decir lo menos, mezquinas con las mujeres. Hace relativamente poco, a las mujeres no se les permitía votar ni podían ser candidatas; tampoco eran consideradas personas plenamente capaces en el plano familiar, ni su integridad física, psíquica y sexual eran objeto prioritario de preocupación. En resumen, parafraseando al expresidente estadounidense, Abraham Lincoln, la democracia fue concebida como el gobierno de un pueblo, por un pueblo y para un pueblo donde las mujeres brillaban por su ausencia. La experiencia chilena, que revisaremos más adelante, muestra tanto este déficit como el riesgo de retroceso del constitucionalismo de género.

4. LA IGUALDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO BAJO EL INFLUJO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Si bien en la Constitución chilena de 1980— todavía vigente, después de tres procesos constituyentes fallidos— la igualdad aparece, tal como ocurre en otros textos constitucionales comparados, como un valor, un principio y un derecho fundamental, su importancia en la práctica constitucional chilena ha sido limitada, en parte por la carga inercial de su diseño original— de carácter autoritario y conservador— y, en parte, porque la doctrina constitucional local ha tardado en desplegar interpretaciones dinamizadoras de este principio.

767

4.1. DISEÑO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

En la Constitución de 1980 la igualdad aparece, en primer lugar, como un valor y principio, ubicado dentro del capítulo inicial, referido a las *Bases de la Institucionalidad*, en su artículo 1°. Dicha cláusula establece, en su primer inciso, que “[l]as personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”; y agrega, en su inciso final, que es deber general del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. La mayor parte de las cláusulas relacionadas con el derecho fundamental de igualdad se encuentran localizadas en el Capítulo III de la Constitución, dedicado a los *derechos y deberes constitucionales*. Ahí se ubica el art. 19 N° 2, considerado por la doctrina chilena la norma matriz de la igualdad constitucional. Por su importancia, es preferible transcribir íntegramente dicha disposición. Esta señala

La Constitución asegura a las personas [..]

2o La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda

libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

La única modificación introducida a la redacción original de la cláusula antes transcrita corrió por cuenta de la ley de reforma constitucional N° 19.611, de 1999. Esta ley agregó, en el último párrafo del art. 19 N°2, la siguiente oración: "hombres y mujeres son iguales ante la ley" y reemplazó la expresión *hombres*, contenida en la redacción original del art. 1°, por la palabra *personas*. Si bien el propósito declarado de dicha reforma fue sintonizar el régimen constitucional chileno con los estándares establecidos en la CEDAW y erigir a la igualdad jurídica entre hombres y mujeres en un valor superior del ordenamiento jurídico y una garantía material, dicha modificación ha pasado, en general, "sin pena ni gloria". La doctrina y la jurisprudencia, con escasas excepciones, se han ocupado muy poco de las implicancias jurídicas de este cambio.

La Constitución de 1980 contiene, además, otras disposiciones referidas a la igualdad, desperdigadas en su capítulo III. En el numeral 3° del art. 19 se ocupa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos; mientras que en numerales sucesivos— 9, 16 inc. 3°, 17, 20, y 22— se refiere, respectivamente, al derecho igualitario de acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud; a la prohibición de discriminación en materia laboral; a la igual admisión a los empleos públicos; a la igual repartición de los tributos y cargas públicas; y a la prohibición de discriminación arbitraria en el trato económico que el Estado debe dar a los particulares.

Uno de los aspectos en los que la regulación constitucional chilena de la igualdad se distingue de otros textos constitucionales es en la completa ausencia del arsenal propio del derecho antidiscriminación y su colonización por la lógica de la subsidiariedad.

4.2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTIDISCRIMINACIÓN

El derecho antidiscriminación contemporáneo se compone básicamente de tres elementos: *los grupos desaventajados*, *las categorías sospechosas* y *las acciones positivas*. La Constitución de 1980 no menciona, en ninguna parte, a los grupos desaventajados ni utiliza etiquetas similares (por ejemplo, grupos vulnerables). Ni siquiera se refiere, como lo hacen la mayor parte de los textos constitucionales de la región americana, a los pueblos indígenas, pese a que ha habido sucesivos intentos de introducir una disposición constitucional que los reconozca.

Desde su establecimiento la Constitución chilena ha girado, en cambio, alrededor de una limitada cartografía social compuesta por las siguientes coordenadas: *las personas*, *la familia* y *los grupos intermedios*. Su art. 1° es especialmente ilustrativo a este respecto, por lo que conviene transcribirlo íntegramente. Ese artículo señala

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Para la doctrina y la jurisprudencia chilenas, las personas a las que se refiere esa disposición y el encabezado del art. 19, pueden ser naturales o jurídicas. Aunque hay controversia doctrinal sobre qué tanto una persona jurídica puede equipararse a una persona natural en la titularidad de derechos (Contreras, 2020; Aldunate, 2003), la práctica constitucional chilena ha tendido a aceptar una equiparación relativamente amplia, en gran medida, a resultas de la fuerza y centralidad de los grupos intermedios y de la doctrina de la subsidiariedad.

4.3. GRUPOS INTERMEDIOS Y SUBSIDIARIEDAD

Los grupos intermedios (referidos en el inciso 3° del art. 1 antes transcrito) han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia chilenas como grupos de naturaleza esencialmente asociativa, en contraste con el rasgo adscriptivo que singulariza a los grupos desaventajados o vulnerables. Por tanto, los grupos intermedios suelen organizarse adoptando la forma de una persona jurídica.

Su autonomía y prioridad para alcanzar sus propios fines, a través de sus propios medios, ha sido objeto de un verdadero culto constitucional. La relación entre individuos, grupos intermedios y Estado ha operado como la pieza maestra de uno de los legados más influyentes y polémicos de Jaime Guzmán⁶: la doctrina chilena de la subsidiariedad. Esta doctrina irrumpe en los años 60, con el objeto de defender una versión individualista de la propiedad, contrarrestar la influencia de otras teorías que propugnaban su función social y frenar las medidas impulsadas por la reforma agraria. Tal y como se desprende de un conjunto de textos

⁶ Jaime Guzmán Errázuriz fue un abogado, político y académico. Fue asesor jurídico y político de la dictadura e integrante de la Comisión que elaboró el anteproyecto de la Constitución de 1980. Fundador del Movimiento Gremialista y de la UDI y senador por ese partido. Fue asesinado en 1991.

publicados en la Revista Fiducia, en 1965, la doctrina guzmaniana de la subsidiariedad se vertebra mediante el encadenamiento de un diversas premisas y consecuencias, retroalimentadas entre sí. Estas descansan en la primacía ontológica de la persona humana, en la sinergia entre esta y los grupos intermedios, y en la prioridad axiológica de la libertad individual y de la iniciativa económica privada. Para los defensores de la subsidiaridad, la inteligencia y la voluntad de las que está dotado el individuo le capacitan para trabajar por su propia supervivencia y felicidad. Los grupos u organismos intermedios (entre los que se incluye a la familia) complementan al individuo y le permiten satisfacer, a través de ellos, todas sus necesidades. Por consiguiente, ninguna función que los individuos u organismos intermedios puedan asumir por sí mismos debe ser acometida o absorbida por grupos superiores, como la sociedad y el Estado.

La doctrina chilena de la subsidiariedad tiene, entonces, implicancias múltiples: políticas, sociales y económicas. En las últimas décadas sus críticos se han concentrado en exponer sus vínculos con las políticas económicas neoliberales adoptadas en el país, atribuyéndole un efecto paralizador de toda iniciativa tendente a poner las bases de un Estado social. Creo que hay razones para suscribir esas críticas, pese a que doctrina reciente discute su alcance (Fermendois, 2014; Verdugio y García, 2015). En lo que nos interesa aquí, conviene notar que la subsidiariedad ha tenido efectos aún más transversales. Ha afianzado una versión negativa o defensiva de los derechos (incluyendo el derecho a la igualdad y no discriminación), fomentando la actividad privada como principal prestadora social; e inhibido, por consiguiente, la actividad intervencionista o transformadora estatal en distintas esferas de la vida social. En síntesis, la subsidiariedad no solo ha sido exitosa en frenar la transformación socioeconómica, también el cambio cultural.

En efecto, elementos de la doctrina de la subsidiariedad aparecen en discusiones relacionadas con cuestiones ajenas a los derechos sociales. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional (TC), de 2017, que resolvió el requerimiento de inconstitucionalidad planteado por parlamentarios en contra de la ley N° 21.030, que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (STC N° 3729-2017), hay un guiño a la autonomía de los grupos intermedios para fundar sobre ella una sobreprotección y ampliación de la objeción de conciencia, en contra de la regla adoptada al respecto por el legislador que era restrictiva. La sentencia afirma que: “La objeción de conciencia, [...] debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que, individualmente o en asociación con otros, se niegan a participar en cierto tipo de actuaciones, por razones éticas, morales, religiosas, profesionales” (c° 131). La doctrina de la subsidiariedad resuena también en otra sentencia del TC, dictada en 2021 (STC Rol N° 11.315/11.317-21), en la que dirimió un requerimiento de inconstitucional sobre la ley N° 21.430 de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. Ahí el TC declaró la inconstitucionalidad de una política estatal que promovía la educación sexual integral, de carácter laico y no sexista, por considerarla una excesiva intromisión en

la autonomía familiar, el derecho preferente de sus padres a educar a sus hijos y la libertad de los establecimientos educacionales o comunidades educativas para fijar sus fines y objetivos pedagógicos⁷. Su argumentación central asume, como premisa, la prohibición absoluta de interferencia en la autonomía familiar. El siguiente pasaje del fallo ilustra este raciocinio:

Otra esfera en la que queda de manifiesto una inconstitucional interferencia en el ámbito de libertad y autonomía familiar (y escolar) es, como se indicó más arriba, aquel referido a las preferencias valóricas (incluso religiosas) en la educación sexual y afectiva integral de los hijos. La disposición impugnada en el artículo 41 del Proyecto consagra una acción positiva del Estado a favor de procurar un determinado tipo de educación. Que la educación sexual y afectiva integral deba ser -en conjunto- “laica y no sexista”, significa excluir otras dimensiones valóricas (...). (considerando 9°)

Esta verdadera sacralización de los grupos intermedios ha dejado en segundo plano a los grupos desaventajados, los cuales han sido expulsados hacia los márgenes de la discusión constitucional. Una vez más, el diseño de la cláusula de igualdad en la Constitución de 1980 parece haber sido decisivo en este resultado.

4.4. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y ACCIONES POSITIVAS

Usualmente la falta de mención constitucional directa de los grupos desaventajados en un texto constitucional se suple mediante la inclusión de categorías sospechosas. Estas cláusulas—también llamadas motivos prohibidos de discriminación— regulan características adscriptivas de las personas en virtud de las cuales está prohibido discriminar, salvo que concurran razones poderosas y

⁷ En 2024 esa jurisprudencia ha sido objeto de un visible vuelco. En su STC Rol 15.276-2024 sobre un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la expresión “no sexista” en el proyecto de ley que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, el voto de mayoría del TC argumentó que la educación no sexista se insertaba en el principio constitucional de igualdad y, por tanto, era una finalidad legítima. Sostuvo que “No cabe suponer, sin embargo, que –por ejemplo- la no discriminación de género, o la igualdad de género se refieran a algo más que la igualdad ante la ley o a la no discriminación, simplemente porque estos dos últimos conceptos ya estén indicados en el mismo precepto. No cabe suponerlo, puesto que los requirentes mismos no se alzaron contra aquellas imposiciones legales, relativas a la igualdad y discriminación de género como imperativos a promover en la educación. Lo correcto, entonces, es entender que la expresión impugnada, referida al sexismo, especifica formas de discriminación que quiere proscribir e insiste en ellas con varios términos similares, porque le interesa enfatizar el punto, por la relevancia que tiene para la erradicación de la violencia contra la mujer introducir en la educación de los 34 niños la promoción de valores de igualdad de derechos, de respeto y de dignidad, respecto de los sexos (c°11°).

urgentes. Aun sin nombrarlos, las categorías sospechosas remiten a los grupos desaventajados. Ellas abrazan, además, como supuesto fáctico, su vulnerabilidad crónica frente a la discriminación.

Sin embargo, los redactores de la carta constitucional de 1980 no solo consideraron superflua su inclusión, dieron por sentado que un tratamiento parco y “neutral” de la igualdad equivalía a una ventaja técnica. A este respecto, Alejandro Silva Bascuñán– uno de los juristas que integró la comisión que elaboró el anteproyecto de la Constitución del 80 que luego fue presentado al Consejo de Estado y a la Junta de Gobierno– defendió la “sobriedad” del texto propuesto. En su opinión, bastaba prohibir “lisa y llanamente” la distinción entre diferentes personas y grupos; sin necesidad de incluir referencias tan detalladas al sexo, estirpe, condición, raza e ideología, como las que se encuentran en otras constituciones (Actas oficiales Comisión Ortuzar, sesión 94, p. 24-27). Todo indica que no se trató de una decisión técnica sino de una preferencia ideológica. La brevedad de la cláusula constitucional de igualdad contrasta con el detallismo con el que se redactaron las protecciones de otros derechos (por ejemplo, el derecho de propiedad). Como sea, esta omisión ha producido importantes lastres en su desarrollo dogmático.

Como observa Ponce de León (2016), la noción de categorías sospechosas aparece por primera vez, en 2016, en una sentencia de mayoría del TC. Antes solo había sido evocada en opiniones disidentes. En dicha sentencia (STC 2838-16), el TC se pronuncia sobre la constitucionalidad de los beneficios a personas calificadas como detenidos desaparecidos, ejecutados políticos o víctimas de prisión política y tortura; y elabora las bases de su fundamento e implicancias jurídicas en el sistema chileno. Ahí concluye que existe un elenco de diferencias sujetas a un estándar de razonabilidad superior a las diferencias comunes y corrientes. Estas particulares diferencias se relacionan con el género, la raza, la posición económica o poder social, la extranjería y el mérito. Aun cuando esta decisión representa un avance en la elaboración jurisdiccional de este concepto, resulta curiosa la referencia al mérito como un motivo sospechoso de discriminación. La Constitución chilena prohíbe, en su art. 19 N° 16 inciso 3°, “cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”, pero no parece que el espíritu de tal prohibición sea consistente con la lógica de las categorías sospechosas. Es verdad que la referencia al mérito podría entenderse como una reafirmación de la proscripción de los criterios espurios –racistas, sexistas, clasistas– que subyace a las categorías sospechosas, sin embargo, tal lectura requiere poner entre paréntesis el abultado y variado cuestionamiento que las teorías contemporáneas de la justicia han hecho del mismo concepto de mérito.

Las acciones positivas –el tercer elemento de la triada de antidiscriminación– tampoco aparecen mencionadas por la Constitución chilena de 1980, a diferencia de su homóloga argentina, que, desde 1994, contempla una cláusula de habilitación legislativa para este tipo de medidas (el art. 75.23). Las acciones positivas pueden

ser caracterizadas como herramientas de carácter transitorio, cuyo objeto es compensar o corregir la carga inercial de la discriminación histórica que pesa sobre los grupos desaventajados, mediante el recurso a un amplio espectro de medidas que persiguen la inclusión de sus miembros o la reducción de desventajas sistémicas. Estas medidas pueden consistir en incentivos, beneficios focalizados, tratos preferenciales o mecanismos de cuotas, es decir, reservas de puestos.

En la práctica chilena la elaboración dogmática del concepto de acción positiva exhibe –como ocurre con el resto de los pilares del derecho antidiscriminación– un notable retraso. Los primeros usos de la noción positiva en la jurisprudencia del TC aparecen en opiniones disidentes, dictadas a principios de la segunda década de este siglo a propósito de controversias vinculadas a los derechos de las mujeres (Figueroa, 2016). En efecto, el TC se pronunció en un par casos (STC Rol Nos. 2250-12 y 2357-12) sobre sendas acciones de inaplicabilidad deducidas en contra de la ley N° 20.545, de 2011⁸, que fijó un permiso postnatal parental declarando su conformidad con la Constitución. Las reclamantes objetaban la considerable merma de ingresos económicos que debían soportar como consecuencia del diferencial entre el tope de subsidio fijado legalmente para el permiso y sus remuneraciones. La controversia versaba, entonces, sobre el efecto expropiatorio o costo económico que el permiso imponía a mujeres con mayores ingresos económicos. El uso de la noción de acción positiva para validar ese resultado es, por consiguiente, curioso (Figueroa, 2016, p. 412-413), lo cual sugiere una comprensión inadecuada de sus presupuestos y fines.

En cambio, en el plano legislativo el balance no es necesariamente negativo, sobre todo en ciertas áreas. Con el paso del tiempo se han dictado varias leyes que contienen herramientas de este tipo. En 2010, por ejemplo, se aprobó la ley N° 20.422, que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, la cual contempla explícitamente medidas de accesibilidad y ajustes razonables (art. 8). Más tarde, en 2018, dicho cuerpo legal fue complementada por la ley N° 21.015 de Inclusión Laboral. Esta última estableció la exigencia de contratación de, al menos, un 1% de personas con discapacidad en organismos públicos y empresas con cien o más trabajadores(as). Por su importancia en la evolución de la igualdad de género, en el apartado siguiente me refiero, en específico, a las cuotas de género

4.5. LAS CUOTAS DE GÉNERO

Después de un fallido intento de Michelle Bachelet, en 2007, para instalar una ley de paridad, en 2015 se aprobó la ley N° 20.840. Este cuerpo legal contempla una cuota del 40% de los puestos en listas parlamentarias para el sexo infrarrepresentado, cuyo cumplimiento es condición para que la lista compita en la

⁸ Esta ley extendió el permiso postnatal de cuidado del hijo/a recién nacido, de 6 a 12 semanas después del parto, estableció su irrenunciabilidad (al, menos parcial) para la mujer trabajadora, y fijó un tope al subsidio respectivo.

respectiva elección. Si bien se trata de una legislación tímida y relativamente atípica en el contexto latinoamericano⁹, ella marcó un avance sustantivo en la discusión y regulación constitucional de las cuotas de género en Chile.

En su sentencia (STC N° 2777-15-CPT), el TC sostuvo que las cuotas eran legítimas pues aseguran la igualdad de oportunidades ante la ley, pese a que consideró que el mecanismo establecido en la ley N.º 20840 no había sido impugnado como tal, sino en relación con las restricciones que impone a las elecciones primarias. Argumentó también que dichas medidas eran proporcionadas habida cuenta de su temporalidad, su carácter neutral (están establecidas en favor del sexo infrarrepresentado, pudiendo favorecer tanto a mujeres como a hombres); y su reducido impacto sobre las elecciones primarias, las cuales son voluntarias (cons. 26° a 34°).

Con el paso del tiempo se han dictado otras cuotas legales de género. En 2017, la ley N° 20.940 incorporó una cuota de género en los directorios sindicales, o en su defecto, en la comisión negociadora sindical, que no fue objeto de impugnación frente al TC. En 2021, el TC sí debió controlar la cuota de género contemplada en la ley N° 21370, puesto que la Constitución chilena prevé un control obligatorio de constitucionalidad para el caso de disposiciones orgánicas constitucionales. Dicha ley estableció que diversos comités científico-técnicos dotados de atribuciones normativas en relación con el uso de recursos hidrobiológicos debían conformarse de acuerdo con una determinada proporción: los miembros electos de un género no pueden superar los 2/3 respecto del género contrario. En su sentencia de mayoría (STC N°. 11.216-21) el TC no objetó dicha cuota, sin embargo, dos de sus integrantes, mediante opiniones disidente, se inclinaron por declarar su inconstitucionalidad arguyendo que ella vulneraba el mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres.

5. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA IGUALDAD Y DE LA DISCRIMINACIÓN

Aun cuando la doctrina chilena no ha excluido explícitamente la presencia de una dimensión material o sustantiva en el mandato constitucional de igualdad, hasta fines del siglo pasado la escena constitucional chilena ha estado dominada por una concepción que tiende a priorizar una versión asimilacionista, de carácter subjetivista o individualista, en la que los riesgos de sufrir discriminación se entienden igualmente repartidos a nivel social. Hasta principios de los 2000, la igualdad constitucional era más una prohibición de distinciones caprichosas u odiosas que un mandato de igualdad sociotransformador, enfocado prioritariamente en desigualdades históricas y críticas.

Desde el punto de vista metodológico, el juicio de igualdad consistía en un grupo de operaciones eminente casuísticas, donde no había espacio para identificar patrones de comportamiento especialmente sospechosos. Como observan Esparza

⁹ La cuota se aplica a las listas de candidaturas nacionales, no contempla mandatos de posición ni se extiende a otra clase de elecciones, y fija como fecha anticipada de caducidad, 2019.

(2018, p. 36) y Muñoz (2015), la doctrina y la jurisprudencia chilenas por mucho tiempo han interpretado la exigencia de justificación razonable como una cuestión que puede evaluarse completamente al margen de las pertenencias adscriptivas. Este enfoque ha conspirado contra el desarrollo de una concepción de la discriminación entendida como desventaja de raíz adscriptiva o estructural.

La concepción de la discriminación como ruptura de la asimilación, por simple y pura arbitrariedad, se deriva directamente de la prohibición de “diferencias arbitrarias” que contiene el texto constitucional. La conducta arbitraria ha sido paradigmáticamente entendida como una diferencia de trato deliberada o tendencialmente prejuiciosa. La ausencia de otras modalidades de discriminación—como la discriminación indirecta o la discriminación interseccional—tanto en el texto constitucional como en la elaboración doctrinal tradicional ha terminado, en la práctica, por limitar la elasticidad del concepto de discriminación.

Con todo, este resultado no deja de ser llamativo. Para otra clase de temas, la pobre gramática constitucional no ha sido necesariamente una camisa de fuerza debido a la presencia del art. 5 inciso 2° de la Constitución. Esta norma, introducida por la reforma del año 1989, reenvía a los derechos humanos contemplados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; y ha generado una verdadera válvula de escape. Sin embargo, hasta bien entrado el nuevo siglo el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido escaso rendimiento en la dinamización de la comprensión constitucional de la igualdad en Chile.

Un ejemplo puede ser útil para ilustrar su infrautilización. La CEDAW contiene explícitamente una prohibición de discriminación indirecta en relación con las mujeres. En efecto, su art. 1° prohíbe toda distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer derechos y libertades. Esta disposición bien podría haber servido para abrir el espectro de la discriminación, incorporando su dimensión indirecta, de resultado o impacto, al menos en el caso de las mujeres. Recordemos que a la discriminación indirecta se le conoce también como discriminación de impacto o resultado, para distinguirla de la discriminación directa. Mientras esta última se enfoca en el trato perjudicial dispensado a un miembro de cierto grupo, la discriminación indirecta se concentra en el impacto que normas o prácticas aparentemente neutras provocan en un colectivo en desventaja (Añón, 2013, p. 143-144).

La pobreza teórica y la uniformidad ideológica de la academia chilena favoreció el predominio de un enfoque conservador, situación que se mantuvo hasta el cambio de milenio, que trajo consigo los primeros vientos de cambio. El liberalismo igualitario retoma presencia de la mano del predominio político de los gobiernos de centro izquierda, que se sucedieron hasta el año 2010. Las teorías de género –feminista y queer– irrumpen en el panorama jurídico local coincidiendo con el resurgimiento de la movilización feminista chilena, relativamente aletargada

después del retorno a la democracia. Con el paso del tiempo, las teorías de la justicia basadas en el reconocimiento empezarán a servir de sustento teórico normativo para interpretar las regulaciones internacionales sobre derechos culturales y derechos de personas con discapacidad.

Aunque la jurisprudencia chilena refleja, en general, las mismas carencias antes descritas se observan algunos indicios de cambio. Vale la pena destacar aquí la jurisprudencia de la Corte Suprema (CS). Este tribunal tiene competencia para conocer varias acciones constitucionales, incluyendo la acción de tutela general de derechos, conocida como recurso de protección. En 2016, la CS acogió un *habeas corpus* (SCS Rol N.º 92795, “Cayuhan, Lorena c. Gendarmería de Chile”) presentado en favor de una mujer mapuche, privada de libertad, quien debió dar a luz engrillada como consecuencia de la aplicación de medidas de seguridad penitenciarias. Con base en la Convención de Belem do Pará, la CEDAW y otros instrumentos internacionales, la CS argumentó que dicho tratamiento violó su derecho a vivir una vida libre de violencia. Aun sin decirlo abiertamente, utilizó la noción de discriminación indirecta. Subrayó y que una aplicación no diferenciada de normas penitenciarias puede afectar los derechos de las mujeres privadas de libertad, en especial, sus derechos reproductivos y sostuvo que la discriminación se configuraba por transgredir un mandato de diferenciación. La referida sentencia es, además, precursora en el uso del concepto de discriminación interseccional. Según la CS, el trato recibido por Lorenza Cayuhan, atendida sus características personales, configura una situación paradigmática de interseccionalidad:

[...] Se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo (c.º 16).

6. VIENTOS DE CAMBIO: FACTORES Y MANIFESTACIONES

Según un reciente trabajo que examina la evolución de la dogmática chilena sobre la igualdad entre 2000 y 2018 (Villavicencio et al., 2021), las concepciones sobre la igualdad se diversificaron en Chile durante las dos primeras décadas del nuevo siglo como consecuencia directa de las sucesivas reformas legislativas que expandieron el principio constitucional de igualdad, en sus premisas e implicancias. La aprobación, en 2012, de la ley N° 20.369 sobre medidas contra la discriminación, marcó un antes y un después. Aun cuando el balance de su eficacia es modesto, esta ley –conocida popularmente como *Ley Zamudio*, debido a que fue adoptada tras el asesinato del joven homosexual, Daniel Zamudio– concitó una gran atención generando una explosiva ampliación del repertorio dogmático de la igualdad y la discriminación. Su ingreso al panorama legislativo multiplicó las

reflexiones sobre los grupos en desventaja, las acciones positivas y categorías sospechosas, terminología que pasó rápidamente a formar parte del vocabulario constitucional chileno (Díaz de Valdez, 2015).

La densificación legal de la igualdad en ciertas áreas del ordenamiento chileno produjo también un visible impacto. Esas áreas, como la dogmática asociada a ellas, han empezado a ser colonizadas por la gramática constitucional de la igualdad. Veamos con más detención, algunos aspectos de este proceso.

6.1. LAS REFORMAS EN LA FAMILIA

A principios de los 2000, parte de la doctrina privatista (Barrientos y Novales, 2004) empieza a destacar que las reformas del régimen familiar no solo obedecían a los cambios sociales obrados en la familia –el reemplazo de la familia extensa por la familia nuclear, el aumento de las familias monoparentales, de las relaciones de convivencia extramatrimonial y de las convivencias homosexuales, entre otros– sino a la necesidad de adecuar la ley civil a los estándares constitucionales de igualdad. Con el tiempo, la pregunta sobre los alcances de constitucionalización de la familia (¿qué tanto su regulación se ajusta a los principios iusfundamentales, en particular, al principio de igualdad?) se transformó en una pregunta frecuente en la dogmática civil, aunque con respuesta diversa. Hay quienes (Tapia, 2007) sostenían que el efecto de irradiación constitucional en el derecho de familia había simplemente retórico, otras voces (Lathrop, 2010, 2017a y 2017b) identificaban distintas velocidades de recepción; algunas zonas con mayor permeabilidad que otras. En efecto, sobre todo después de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo e hijas v Chile* y de la aprobación de la Ley que estableció el Acuerdo de Unión Civil (Ley N° 20830, 2015) la mayor parte de la doctrina chilena (Turner, 2015, Lathrop, 2017b), incluyendo el sector conservador (Corral, 2014) daban cuenta de la pérdida de importancia de la heteronormatividad como criterio rector de la familia y de la consolidación de un fenómeno de progresiva equiparación de los diversos tipos de familia. Este resultado fue coronado por la aprobación, en 2021, de la Ley N.º 21.400, denominada de matrimonio igualitario, la cual autoriza el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Sin embargo, el derecho de familia sigue siendo una zona de álgida disputa ideológica, en la cual coexisten distintas interpretaciones del principio de igualdad, que compiten entre sí. Por ejemplo, mientras tribunales ordinarios y de familia– gracias a la cláusula del art. 5 inciso 2º, antes mencionada– han desarrollado una jurisprudencia protectora de los derechos de personas LGBTIQ, que reconoce el cuidado homoparental, la igualdad de las familias y el interés superior del niño, como principios rectores de las relaciones familiares ante lagunas legales¹⁰, la

¹⁰ Ejemplo de esto son dos sentencias, dictadas en 2017 y 2020 por un tribunal civil (7º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 5.07.2017) y por un tribunal de familia (2º Juzgado de Familia de Santiago 8 de junio de 2020, RIT de la causa: 10028-2019), respectivamente, que declararon que la co-paternidad y la co-maternidad son vínculos filiativos.

jurisprudencia del TC, con excepción de una sentencia que, en 2021, declaró inaplicable la norma que establecía como causal de divorcio culposo la conducta homosexual (STC Rol 8851-20), ha sido reacio a abandonar el paradigma de la heteronormatividad (Zúñiga, 2021).

Una deuda aun no saldada en el plano de la igualdad intrafamiliar es la esperada reforma a la sociedad conyugal. En el año 2007, el Estado de Chile acordó una solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Sonia Arce Esparza c. Chile”. Sin embargo, aún está pendiente una reforma legal al régimen patrimonial del matrimonio con miras a establecer un sistema de coadministración que reemplace el actualmente vigente, basado en estereotipos de género. Según los artículos 1749 y 1754 del Código Civil chileno, el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y también los bienes propios de la mujer. Una mujer casada en régimen de sociedad conyugal (que es el régimen por defecto en Chile) solo puede disponer de los bienes de su propiedad con la anuencia de su marido; en caso de negativa o ausencia de este debe recurrir necesariamente a un tribunal. Los diversos obstáculos con los que ha tropezado la reforma a la sociedad conyugal (falta de impulso del ejecutivo, frenos en su tramitación, tendencia a minusvalorar su impacto social y económico, dificultad para preservar el carácter solidario de la institución familiar etc.) reflejan que la redistribución económica y de estatus en este espacio sigue siendo una cuestión altamente controversial.

6.2. LA IGUALDAD LABORAL

En el derecho laboral también se han producido cambios relevantes en estas últimas dos décadas, impregnándolo de las lógicas de la igualdad. Las reformas laborales de los años 2000 pusieron las bases para transformar la igualdad en la relación laboral en un principio “con dientes”, en lugar de meramente testimonial. La ley N° 19.759, de 2001 introdujo en el art. 2 del Código del Trabajo una cláusula que reputa “contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Estos actos son definidos en la misma disposición como “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

A partir de ahí, la regulación con enfoque igualitario— en particular, de género— ha ganado terreno. Aun cuando la doctrina laboralista ha tendido a celebrar la ramificación y densificación de la igualdad laboral, deplora habitualmente los déficits técnicos, el débil elenco de garantías y su baja eficacia. A esas críticas se ha sumado con el tiempo un tipo de objeción que apunta a la presencia de sesgos de género (Caamaño, 2003; Rojas, 2021; Gamonal, 2022; Varas, 2024).

Entre otras reformas legales relevantes, pueden citarse la prohibición del acoso, sexual y laboral, introducidas por las leyes N° 20005, de 2005 y 20.607, de 2012, respectivamente; la ley N.° 20.348, de 2008, sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres; la ley N.° 20.545, de 2011 que regula el permiso postnatal parental; la ley N.° 21.645, de 2023, que regula el trabajo a distancia y el teletrabajo; y la ley N° 21.643 (o “ley Karin”), de 2024, que vuelve sobre la cuestión del acoso en el trabajo.

Aun cuando la legislación laboral sigue estando en deuda con la igualdad de género, ella ha promovido un desarrollo de la elaboración dogmática, anticipando, inclusive, la centralidad de las políticas de conciliación y teletrabajo (Caamaño, 2010; Pinto Sarmiento, 2021), en el devenir del debate constitucional sobre la igualdad de género y el cuidado.

6.3. IGUALDAD Y VIOLENCIA

Otras de las áreas que más rápidamente se ha poblado de nuevas reglas y enfoques es la regulación de la violencia de género. En consonancia con su tratamiento internacional, la violencia de género viene siendo entendida en Chile, como la punta del iceberg de la desigualdad de género. Es decir, como un problema estructural de injusticia.¹¹

En el año 2005 se estableció la ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar. Ella inauguró un verdadero ciclo de producción legislativa intensiva sobre la violencia. A partir de ahí, se han aprobado, al menos, una docena de leyes sobre este tema, las cuales reflejan— además, de una creciente intolerancia social frente a este fenómeno— la continua expansión del concepto jurídico de violencia y un predominio de la estrategia punitivista como forma de abordaje.

Dentro del amplio espectro de las leyes contra la violencia de género, hay algunas que regulan el acoso. Estas se refieren al acoso en las relaciones laborales (leyes Nos. 20005, 20607 y 21645), en el espacio callejero (ley N° 21.153), en el ámbito universitario (ley N° 21.369) y en el contexto deportivo (ley N° 21.197).

Hay otro tipo de leyes que instituyen, desarrollan y complejizan el delito de femicidio. En efecto, a partir del año 2010, mediante la ley N° 20.480, el Congreso chileno resolvió denominar femicidio al asesinato de una mujer por parte de su pareja o expareja. A través de sucesivas reformas esa figura se ha ampliado; y su penalidad se ha endurecido. Las leyes Nos. 21.212, de 2020, y 21.565, de 2023, han regulado hipótesis de femicidio no íntimo y consagrado el suicidio femicida, respectivamente. Esta última ley creó, además, algunos mecanismos de reparación para las víctimas de este delito y sus familias. Por su parte, la ley N° 21.523, de 2022, estableció un conjunto de garantías procesales para proteger los derechos de las víctimas de delitos sexuales y evitar su revictimización. Antes de ella, la ley N°

¹¹ Así, por ejemplo, Recomendación General n° 19 (11° período de sesiones) del Comité CEDAW, dice que “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (párrafo n° 1).

21.160, de 2019, había declarado la imprescriptibilidad de la violencia sexual cometida contra menores de 18 años. Finalmente, en 2024, se ha terminado de tramitar y aprobar una ley integral—la ley N° 21.675— que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, por razón de su género. Esta ley regula nueve manifestaciones de la violencia a (entre las que destacan, la violencia física, psicológica, sexual, económica, política, simbólica y gineco-obstétrica), incorpora un enfoque preventivo y fija estándares de debida diligencia para los órganos estatales, entre otras obligaciones.

El explosivo incremento de la actividad normativa frente a la violencia de género tiene sus luces y sus sombras. No hay duda de que las violencias que sufren las mujeres actúan entrelazadas con las estructuras que producen y reproducen la desigualdad de género, y que su impacto es severo y transversal en los derechos de las mujeres; por tanto, es razonable abordar este fenómeno como un problema estructural, y con sentido de urgencia. Sin embargo, varias de esas leyes tienden a ser reactivas, es decir, son dictadas tras la ocurrencia de tragedias que han remecido a la ciudadanía. De ahí que sean bautizadas en alusión a algunas víctimas (“ley Gabriela”, “ley Antonia” o “ley Karin”), cuyos casos han recibido gran atención mediática. Si bien estas leyes llaman la atención de la opinión pública y del Congreso sobre problemas ignorados o postergados crónicamente en la agenda legislativa, tienden a priorizar el efectismo y la rapidez por sobre el impacto transformador y la calidad técnica. Ellas calzan con el fenómeno de “preservación a través de la transformación” descrito por la profesora de la Universidad de Yale, Reva Siegel (1996). Es decir, se trata de leyes que crean un espejismo de cambio, dejando inalteradas las estructuras que producen la desigualdad de género.

La regulación incremental de la violencia contra las mujeres ha sido uno de los factores decisivos en la irrupción de la perspectiva de género, como uno de los enfoques más innovadores y transversales de la práctica constitucional chilena de estas dos últimas décadas (Villavicencio et al., 2021, p. 248). A su turno, esta legislación tiene claramente una impronta feminista. Mediante diversas estrategias (movilizaciones de protesta, cabildeo, activismo y litigio estratégico), el revitalizado movimiento feminista ha logrado desnaturalizar la violencia, impulsando la creación estatutos normativos que reconocen explícitamente su gravedad, tipifican nuevas figuras —como el femicidio— y recrudecen su castigo, entre otras muestras de su incidencia legislativa.

Pero, el predominio de las estrategias reactivas y criminalizadoras de la violencia puede oscurecer el vínculo entre violencia y desigualdad que el mismo feminismo defiende. En efecto, la desigualdad de género es de naturaleza eminentemente de estructural; ella remite a patrones de conducta colectivos (materiales y simbólicos), los cuales se reproducen sistémicamente. Desde esta perspectiva, los individuos son una pieza— a menudo, de menor importancia— de un engranaje social mayor. El derecho penal, en cambio, deja poco o nada de espacio para dicha lógica. Está impregnado, en cambio, de una inspiración

individualista en la que solo hay lugar para responsabilidades y culpas individuales, criterios y consideraciones garantistas. Por eso, entre la lógica igualitarista y la lógica punitivista suelen producirse varios desajustes.

La creciente controversia en torno a si el tipo de femicidio es o no aplicable a los asesinatos de mujeres transgénero muestra uno de esos desajustes. Dicho debate se ha presentado también en otros países latinoamericanos (México, Colombia), así como al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹². En el caso chileno, los tribunales ordinarios han priorizado los argumentos igualitarios, destilándolos de la ley N.º 21.120 –la cual, desde 2018, reconoce y ampara el derecho a la identidad de género de las personas transgénero– y, además, de normas internacionales¹³. Mientras que varios tribunales de alzada, conociendo recursos de nulidad, han defendido una aplicación estricta o garantista del referido tipo penal, descartando interpretaciones extensivas de la expresión “mujer”.¹⁴ Como puede observarse, si bien la relación conceptual entre igualdad y violencia de género parece nítida e inobjetable desde el punto de vista sociológico, no es necesariamente fácilmente traducible al discurso jurídico. Nos guste o no, aun carecemos de una bisagra suficientemente aceptada entre el derecho antidiscriminación y el derecho sancionador, por lo cual los problemas dogmáticos tienden a multiplicarse.

7. LA IGUALDAD EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO: AVANCES Y RETROCESOS

El reciente proceso constituyente chileno, desarrollado en dos etapas– entre noviembre de 2019 y octubre de 2022, y luego entre diciembre de 2022 y diciembre de 2023¹⁵– generó altas expectativas, sobre todo en sus inicios. Aquellas se relacionaban, básicamente, con el fortalecimiento y ampliación del paradigma igualitarista, dado su escaso desarrollo bajo la Constitución de 1980. Con el tiempo, esas expectativas se fueron atemperando frente a los rápidos signos de recuperación conservadora. Con todo, la extrema complejidad de la cadena de acontecimientos que rodearon este ciclo constituyente impone limitaciones a la

¹² Una discusión similar se produjo al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del caso Vicky Hernández v. Honduras. Si bien la sentencia de mayoría de la Corte asumió que la Convención de Belem do Pará comprende la violencia contra mujeres trans, la jueza Odio Benito formuló una opinión disidente en la que sostuvo que el sujeto principal tanto de la protección contra la violencia establecida en esa convención como del feminismo es “la mujer biológica”.

¹³ En este sentido, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, RUC N.º 2200532481-9, RIT N.º 187- 2023.

¹⁴ Por ejemplo, la sentencia de Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 321-2023.

¹⁵ Antes de eso, entre 2016 y 2018, la expresidenta, Michelle Bachelet, había impulsado un primer proceso constituyente, igualmente frustrado. Sin embargo, en este caso el intento no prosperó no por el rechazo ciudadano, sino por la deliberada voluntad del gobierno entrante, de Sebastián Piñera, y del Congreso de la época, de sepultar esta iniciativa.

hora de elaborar un diagnóstico definitivo sobre los factores que incidieron en este repentino vuelco del escenario social, político y jurídico.

7.1. CONTEXTO, FUNCIONAMIENTO Y ETAPAS DEL PROCESO CONSTITUYENTE

Al principio de este proceso parecían haberse reunido todos los ingredientes para una receta exitosa de cambio. La seguidilla de protestas sociales, hilvanadas alrededor de la denuncia de diversas injusticias sociales y cuyo zenit fue el denominado “estallido social” de 2019, generó un apoyo transversal al proceso constituyente, como única solución pacífica de un delicado *impasse* político. La influencia democratizadora del constitucionalismo participativo latinoamericano, traducida en un órgano constituyente—la Convención Constitucional— con inédita representación femenina, de indígenas e independientes, auguraba una alta legitimidad para el nuevo texto constitucional. Todo ello generaba las condiciones para deslastrarse, de una vez por todas, de una Constitución contaminada por un pecado original irredimible. Sin embargo, ocurrió lo impensable. Pese (o, debido) a las cualidades extremadamente transformadoras de la propuesta constitucional elaborada por la Convención Constitucional, la ciudadanía chilena decidió rechazarla, por una amplia mayoría, en el plebiscito constitucional del 4 de septiembre de 2022.

Este resultado abrió las puertas a un nuevo ciclo constituyente, mucho más tutelado y conservador. Desde el punto de vista orgánico, se trató de un proceso tricéfalo. El Congreso chileno mandató, en primer lugar, a una Comisión Experta para elaborar un anteproyecto de Constitución, el cual sería discutido, luego, por el órgano constituyente electo por la ciudadanía: el Consejo Constitucional. Un Comité Técnico de Admisibilidad quedó encargado de resolver controversias relativas al cumplimiento de las doce bases del nuevo proceso.

He aquí otra diferencia significativa respecto de la etapa previa. Mientras la Convención Constitucional partía de “una hoja en blanco”, la Comisión Experta y el Consejo Constitucional debían respetar, en cambio, doce bases o condiciones de borde fijadas por el poder legislativo. Estas bases —establecidas por ley de reforma constitucional N° 21.533, de 2023— delineaban los contornos de una identidad axiológica preconfigurada.

Si bien la impronta participativa no desapareció en esta segunda etapa y se mantuvieron la mayor parte de los elementos constitutivos de las fórmulas de paridad y escaños reservados, usados previamente, el resultado de la elección del Consejo Constitucional arrojó una composición muy distinta a la de su predecesora. No solo los partidos políticos recuperaron su hegemonía tradicional, en detrimento de la presencia de independientes; la orientación ideológica del proceso dio un giro de 180 grados. Las ideas conservadoras— a ratos, reaccionarias—dominaron el debate, sobre todo en el Consejo Constitucional.

7.2. EL DEVENIR DE LA AGENDA TRANSFORMADORA

En lo que aquí nos interesa, el proceso constituyente chileno, en sus dos etapas, puede caracterizarse de oscilante o pendular. La propuesta de la Convención Constitucional abrazó, con entusiasmo exultante, todas las versiones posibles del constitucionalismo igualitario. En su obra, *Constitucionalismo más allá del estado*, Ferrajoli (2018, p. 27) sugiere que el constitucionalismo viene evolucionando hacia una articulación cuádruple de diferentes dimensiones regulativas. Al constitucionalismo clásico liberal se le ha sumado un constitucionalismo social, centrado en los derechos sociales; al constitucionalismo estatal se le superpone un constitucionalismo transnacional o internacional; el constitucionalismo de derecho público es complementado por un constitucionalismo de derecho privado; y un constitucionalismo de los bienes fundamentales—como la naturaleza— atempera el individualismo del constitucionalismo de los derechos. Pues bien, la propuesta de la Convención Constitucional tenía claros elementos de todas esas variantes, y agregaba, además, un fuerte componente feminista, centrado en la desigualdad de género.

En la segunda parte del proceso constituyente, todas esas dimensiones sufrieron un notorio retroceso. Unas pocas de las preocupaciones de justicia social que desencadenaron el proceso constituyente resistieron los repentinos cambios de fuerzas políticas y se reflejaron en las bases, aunque visiblemente adelgazadas o neutralizadas. Es el caso de las bases, cuarta y quinta, las cuales se refieren, respectivamente, a la diversidad cultural y a la cláusula de estado social. La primera de ella “reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena” y agrega— en clara reacción a la cláusula de plurinacionalidad contemplada en la propuesta previa de la Convención Constitucional— “que [la nación] es una e indivisible”. Por su parte, la base quinta establecía que “Chile es un Estado social y democrático de Derecho, cuya finalidad en promover el bien común que reconoce derechos y libertades fundamentales”. Agregaba, eso sí, que la promoción del desarrollo progresivo de los derechos sociales debía hacerse con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones, estatales y privadas. Esta última formulación es evocativa de la tradicional doctrina de la subsidiariedad, examinada previamente; y fue, por tanto, objeto de gran controversia.

Probablemente, una de las zonas en la que más se observó una abierta disputa ideológica, con signos claros de *backlash*, es en la discusión sobre las cláusulas de género.

7.3 LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

La igualdad de género se transformó en un hilo conductor del primer proceso constituyente. Esto puede observarse no solo en la propuesta de la Convención Constitucional, también en sus decisiones procedimentales. Por ejemplo, en la elección de dos presidentas, en el uso de un lenguaje inclusivo, en la adopción de

un modelo paritario para la deliberación, en el establecimiento en sus reglamentos internos, de normas contra el acoso y violencia, y de reconocimiento del cuidado. La profunda huella que la paridad dejó en esta etapa se observa en el art. 1.2. de la propuesta de la Convención, que define a la democracia chilena como “inclusiva y paritaria” (Zúñiga y Undurraga, 2023). Sin embargo, mirada esta experiencia con el retrovisor, parece claro que ese impacto no solo tuvo que ver con la abultada presencia femenina, sino, además, con los vínculos de las convencionales constituyentes con el revitalizado movimiento feminista chileno. Después de todo, como veremos, el resultado en el proceso siguiente fue diametralmente distinto, aun cuando las reglas de paridad también se aplicaron para configurar sus distintos órganos.

La Convención fue innovadora no solo en su concepción de la paridad, también en su comprensión del rol de la familia. Aun cuando ella reconoció el valor y contribución de la vida familiar en la gestión de la dependencia y en la administración de riesgos sociales (“las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa, justa y suficiente, que asegure su sustento y el de sus familias”, decía el art. 46, emulando el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), no adoptó una concepción idealizada de la familia. Asumió— como lo hace, en general, la teoría feminista—que la familia puede ser un lugar en el que los derechos de las mujeres, los niños y las diversidades sexuales estén amenazados. Por consiguiente, el arquetipo de familia delineado por la Convención era laxo y poroso, admitía distintas formas, expresiones y modos de vida. No estaba condicionado tampoco por vínculos filiativos o consanguíneos. Solo tenía como cortapisa: el respeto de la dignidad de sus integrantes (art. 10). Más que una institución inscrita en lo privado, la familia devenía una institución ubicua y evolutiva, inserta en contextos variados y cambiantes (el art. 118 se refería, por ejemplo, a la reunificación familiar en contextos de crisis humanitaria), con múltiples vasos comunicantes (Zúñiga, 2022).

Tal y como ocurrió con las agendas transformadoras de la igualdad en los planos económico y cultural, las que fueron ostensiblemente recortadas en el segundo proceso constituyente, la igualdad de género sufrió un visible adelgazamiento. Si en la versión propuesta por la Convención Constitucional era posible identificar una treintena de cláusulas relacionadas directamente con las cuestiones de género, en el anteproyecto que sirvió de insumo principal para la deliberación del Consejo Constitucional, las cláusulas de género aparecían ostensiblemente diezmadas. Solo era posible identificar unas pocas disposiciones relacionadas con la igualdad de género, las que además fueron objeto de, más o menos, vaciamiento de su potencial transformador. Veamos, enseguida, las zonas en las que se produjo la mayor oscilación y debate.

7.3.1. LA PARIDAD EN DISPUTA

La paridad enfrentó renovadas críticas durante la segunda etapa constituyente. Ellas intentaron tergiversar su sentido e implicancias, y deslegitimarla, aun cuando, como ya se indicó, los tres órganos que intervinieron en esta etapa se habían conformado de acuerdo con el principio de representación equilibrada por género.

La paridad fue acusada de “meter la mano en la urna”, “torcer la voluntad de las mujeres al obligarlas a votar por mujeres” o, incluso, tener componentes autoritarios. Resistió, sin embargo, parte de estos embates y logró plasmarse en el anteproyecto de la Comisión Experta (art. 4. 2) con evidentes reminiscencias del modelo constitucional francés, adoptado ya hace varias décadas¹⁶. La cláusula de paridad evitaba justamente nombrar a la paridad. Decía, en cambio, lo siguiente: “La ley asegurará el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y cargos electivos y promoverá su participación en condiciones de igualdad, en los distintos ámbitos de la vida nacional. El Estado garantizará el ejercicio de la participación política de las mujeres”. Su deliberada ambigüedad es testimonio de su orientación erosiva. Después de todo, las leyes Nos. 21.296, 21.298 y 21533– las cuales regularon la composición de los diferentes órganos constituyentes– ya se habían decantado por fórmulas más precisas. Estas hablaban de *equilibrio entre mujeres y hombres, paridad o conformación paritaria*.

7.3.2. EL DEBATE SOBRE EL CUIDADO

El anteproyecto de nueva Constitución omitió toda referencia explícita al cuidado como gestión de la dependencia¹⁷. Aun cuando algunas disposiciones de dicho borrador podrían haberle dado cobijo implícitamente. Por ejemplo, el art. 38 N° 7, inscrito en el capítulo de deberes constitucionales, consignaba el deber de los padres de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos, y el deber recíproco de los hijos de respetar, asistir, alimentar y socorrer a sus padres y ascendientes. Sin embargo, en el mejor de los casos, esa regla instituía un modelo de cuidado circunscrito al plano intrafamiliar y a las relaciones paternofiliales. El anteproyecto tampoco establecía obligaciones estatales que garanticen la provisión del cuidado o promuevan su redistribución, ni tampoco consignaba derechos específicos para las personas cuidadoras (Martínez Placencia, 2023, p. 185-186).

¹⁶ La primera formulación constitucional del principio de paridad se plasmó en la Constitución francesa de 1958, mediante una reforma introducida en 1999 a su art. 3. Más tarde, en 2008, la paridad se redibujó y consignó en el art. 1 inciso 2. Dicha norma señala: “La ley favorece el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas, así como a las responsabilidades profesionales y sociales” (“La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales”) Así, quedó flanqueando los otros grandes principios (laicidad, democracia social e indivisibilidad) que configuran la república francesa.

¹⁷ Las únicas menciones al cuidado se referirían a la protección mediambiental y de la naturaleza.

Todos estos aspectos, en cambio, sí aparecían detalladamente regulados en la propuesta de la Convención Constitucional, la cual, a este respecto, era radicalmente innovadora. La Convención Constitucional no trató el cuidado como una singularidad femenina sino, más bien, como una experiencia que, sociológica y éticamente, atañe a todas las personas por igual y debe, por consiguiente, universalizarse, tanto en sus ventajas como en sus costos (Zúñiga, 2023).

En la propuesta del Consejo Constitucional, debido a la presión social, se incluyó finalmente una disposición sobre el cuidado (el art. 13). Esta, además, de reconocer su valor social, establecía obligaciones estatales de promoción de la corresponsabilidad, así como medidas de apoyo y acompañamiento a cuidadores y personas bajo su cuidado. También se refería a la promoción de la conciliación entre la vida familiar y laboral, y a la protección de la crianza, de la paternidad y de la maternidad. La consagración de esta temática en la propuesta del Consejo Constitucional no desmiente necesariamente su aversión a las cuestiones de género, más bien sugiere que la discusión sobre el cuidado, dada su gran importancia socioeconómica, llegó para quedarse.

7.3.3 “CON MIS HIJOS NO TE METAS”

Uno de los aspectos en los que más se nota el influjo regresivo o derechamente reaccionario de la propuesta del Consejo Constitucional es el establecimiento en ella de un grupo de cláusulas que sobreprotegían, incluso de manera abiertamente redundante, las libertades ideológicas, especialmente de las familias, en el plano educacional. Así, por ejemplo, el art. 16.23 letra b), confería a las familias— a través de los padres o, en su caso, de los tutores legales— el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos o pupilos, de elegir el tipo de educación y su establecimiento de enseñanza, así como la facultad prioritaria de determinar preferentemente su interés superior. A todas luces, dichas cláusulas le daban forma constitucional a la agenda política del movimiento “con mis hijos no te metas”. Este movimiento, surgido en el Perú, en 2016, tiene como objetivo declarado luchar contra las políticas de educación sexual y no sexista que desestabilizan la familia tradicional y sus valores. Antes y después del proceso constituyente, esta agenda ha desencadenado sucesivas discusiones constitucionales en Chile, para frenar el desarrollo de políticas de educación sexual integral, inclusivas o contra la educación sexista¹⁸.

¹⁸ Entre estas puede mencionarse la ofensiva judicial, en contra del libro Nicolás tiene dos papás, realizada entre 2014-2015, el requerimiento de inconstitucionalidad contra la ley de garantías de la Niñez, de 2021, una acusación constitucional contra el Ministro de Educación, presentada en 2023, y el requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la expresión “no sexista” contenida en la ley que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, resuelto en 2024.

8. CONCLUSIÓN

Muchos creen que lección que dejó el fracasado proceso chileno es prístina: hay que evitar los discursos divisivos y refundacionales. Esa moraleja—de ser cierta—bien podría frenar los ímpetus de un constitucionalismo igualitarista. Después de todo, su entraña es, como hemos visto, eminentemente transformadora.

En “La política y el espíritu”, el expresidente chileno, Eduardo Frei Montalva, razonaba de una manera distinta. Ahí alertaba sobre el peligro del inmovilismo político, social y jurídico. Esta posición —decía— “es indiscutiblemente increadora, y carece por esencia de toda entraña vital. Representa solo el equilibrio muerto, el punto de conjunción de todo lo más anémico y sin movimiento que tiene un organismo social” (Frei Montalva, 1940 p. 116). En su prólogo al libro antes citado, la premio Nobel de Literatura, Gabriela Mistral, le reprendía amicalmente mostrándole un arreglo social fundamental, tradicionalmente olvidado: la plena ciudadanía femenina. “Cuando se pretende mudar la esencia misma del Estado—decía Mistral—habría que pensar en que decidan del destino de la chilenidad hombres y mujeres” (Frei Montalva, 1940, p. 17-18). Sorprendentemente, Mistral evocaba la idea de paridad como un paradigma adicional de justicia social.

La moraleja del libro es otra: para que la democracia constitucional haga carne los valores de libertad e igualdad que la justifican como régimen moral y políticamente superior, debe estar dispuesta a correr riesgos, aun cuando sus resultados sean inciertos. Debe promover nuevos arreglos cuya inspiración y aspiración sea corregir desigualdades en el entendido de estas conspiran contra una paz y una justicia social duraderas, aunque su concreción, sea accidentada, difícil, de largo aliento y esté permanente expuesta a la regresión.

Hasta ahora, la sociedad chilena no ha logrado instalar, por vía constituyente, esos arreglos formalizando una nueva hoja de ruta. El futuro dirá, si vuelve a intentarlo y con qué resultado. Pero, sí ha ido generando, paso a paso, condiciones que han contribuido a remozar la comprensión chilena de la igualdad constitucional.

REFERÊNCIAS

ALDUNATE, Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales, **Revista de Estudios Constitucionales**, v. 1, n. 1, 2003, p. 187-201. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82010110.pdf>. Acceso 04 agosto de 2024.

ÁLVAREZ, Silvina. **La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia**. Madrid: Marcial Pons, 2021.

AÑÓN, María José. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja, **Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 39, p. 143-144, 2013.



BARRIENTOS GRANDÓN, Javier; NOVALES, Aranzazú. **Nuevo Derecho Matrimonial Chileno**. Santiago: Lexis Nexis, 2004.

CAAMAÑO, Eduardo. La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral, **Revista Derecho (Valdivia)**, n. 14, p. 25–41, 2003. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2714>. Acceso 04 agosto de 2024.

CAAMAÑO, Eduardo. El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares, **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. 35, p. 79-105, 2010. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000200003&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200003>. Acceso 04 agosto de 2024.

COMANDUCCI, Paolo. “El principio de igualdad liberal”, conferencia dictada el 7/8/95 en la Universidad de Buenos Aires. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica03.pdf. Acceso 04 agosto de 2024.

CONTRERAS, Pablo. Titularidad de derechos fundamentales. In: **Manual sobre derechos fundamentales, teoría general**. Santiago: LOM editores, 2017.

CORRAL, Hernán ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la ‘Pluralidad de formas de familia’. In: **100 años de la Revista de Derecho Privado 1913-2013**. Madrid: Reus, 2014.

DIAZ DE VALDÉS, José Manuel. La igualdad constitucional: múltiple y compleja, **Revista chilena de derecho**, v. 42, n. 1, 2015, p. 153-187. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372015000100007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100007>. Acceso 04 agosto de 2024.

ESPARZA REYES, Estefanía. **La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional**, México: Tirant lo Blanch, 2018.

FERMANDOIS, Arturo. El mito de la constitución neoliberal: Derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: **¿Nueva constitución o reforma?**

Nuestra propuesta: Evolución constitucional. Santiago: Thomson Reuters, 2014, pp. 213-242.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y garantías, la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado.** Madrid: Trotta, 2018.

FIGUEROA, Rodolfo. Acción afirmativa en la jurisprudencia del tribunal constitucional, **Revista chilena de derecho**, v. 43, n. 2, 2016, p. 401-431. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000200003>. Acceso 04 agosto de 2024.

FREI MONTALVA, Eduardo. **La política y el espíritu.** Santiago de Chile: Ediciones Ercilla, 1940.

GAMONAL, Sergio. Género y Derecho del trabajo. In: **Género, derecho y tutela jurisdiccional: Visiones desde España y América Latina**, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

GARCÍA, José Francisco; VERDUGO, Sergio. Subsidiariedad: mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional. In: **Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado.** Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, p. 205-225.

GILLIGAN, Carol. **In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development.** Harvard University Press, 1993. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvj2wr9>. Acceso 22 de agosto de 2024.

GUZMÁN, Jaime. El capitalismo y los católicos de tercera posición, **Revista Fiducia** n. 20, 1965, p. 4-5.

HABERMAS, Jürgen, El Estado democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios? In: **Anuario de derechos humanos**, n. 2, p. 435-458, 2001. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=930545>. Acceso 22 agosto de 2024.

LATHROP, Fabiola. Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno, **Estudios Constitucionales**, v. 15 (1), p. 329-372, 2017.



Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100011>. Acceso 22 agosto de 2024.

LEPIN, Cristian. Los nuevos principios del derecho de familia, **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 23, 2014, p. 9-55. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001>. Acceso 22 agosto de 2024.

MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria. Los cuidados en el anteproyecto de la Comisión Experta. In: **La encrucijada Constitucional de Chile**. Santiago: Ediciones UAH, 2023.

MUÑOZ, Fernando. Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015, **Revista de derecho (Valdivia)**, v. 28, n. 2, 2015, p. 145-167. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200008>. Acceso 04 agosto de 2024.

OKIN, Susan. **Justice, genre et famille**. París: Flammarion, 2008

PINTO SARMIENTO, Yenny. Teletrabajo como nuevo paradigma laboral. Algunos aspectos críticos de su regulación en Chile en relación a la seguridad de los trabajadores, **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. 57, p. 31-66, 2021. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512021000200031&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4151/s0718-68512021000-1355>. Acceso 22 agosto de 2024.

PONCE DE LEÓN, Viviana. Los grupos desaventajados en los fallos del Tribunal Constitucional chileno. In: **Sociedad, valores y economía: aproximaciones a la complejidad de nuestro tiempo**. Antofagasta: Universidad Católica del Norte, 2016, p. 118-145.

ROJAS MIÑO, Irene. El derecho de igual remuneración por igual trabajo entre mujeres y hombres ante los tribunales de justicia, **Revista de Derecho Universidad de Concepción**, v. 89(249), 2021, pp. 15-46. <https://doi.org/10.29393/RD249-1DIIR10001>. Acceso 22 agosto de 2024.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 19, 1996, p. 39-86.



SEN, Amartya. **Nuevo examen de la desigualdad**. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

SIEGEL, Reva. "The Rule of Love": Wife Beating as Prerogative and Privacy, **The Yale Law Journal**, v. 105, n. 8, 1996, p. 2117-2207.

TAPIA, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia(s), el caso chileno las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social, **Revista chilena de derecho privado**, n. 8, 2007, p. 155-202.

TURNER, Susan. El Acuerdo de Unión Civil: la respuesta legal para las uniones de hecho en Chile, **Anuario de Derecho Público**, Santiago: Universidad Diego Portales, 2015, pp. 21-37.

VILLAVICENCIO, Luis *et al.* Una cartografía para el principio de igualdad en Chile. Análisis de la productividad dogmática entre 2000 y 2018, **Ius et Praxis**, v. 27, n. 3, 2021, pp.239-260. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122021000300239&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000300239>. Acceso 22 agosto de 2024.

WEST, Robin. **Género y Teoría del Derecho**, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

ZÚÑIGA, Yanira. Familia y heteronormatividad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC rol 7774-2019. In: **El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas**. Santiago: Thomson Reuters, 2021, p. 93-108.

ZÚÑIGA, Yanira. La experiencia chilena y su aporte al constitucionalismo feminista, **Blog Revista Derecho de Estado**. Universidad Externado Colombia, 2022. Disponible en: <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2022/10/26/la-experiencia-chilena-y-su-aporte-al-constitucionalismo-feminista/>. Acceso 22 agosto de 2024

ZÚÑIGA, Yanira; UNDURRAGA, Verónica. The role of Chilean Constitutional Law in gender (in)equality. In: **Women, Gender and Constitutionalism in Latin America**. Routledge, 2024, p. 230-255

