

Boletín N° 8.871-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Letelier, Gómez y Walker, don Patricio, que establece que el Estado debe eliminar los obstáculos que, de hecho, impidan el pleno desarrollo de las personas.

CONSIDERANDO:

1.- Que en nuestra Constitución, en el capítulo I Bases de la institucionalidad, en su artículo 1° se consagra el principio de igualdad para todos los chilenos y chilenas, señalando:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Más adelante, en su inciso 4, se impone un deber al Estado en el sentido de promover y asegurar el derecho de oportunidad en igualdad de condiciones.

Inciso 4: *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, 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”.*

La norma constitucional por excelencia que consagra el principio de igualdad, pero en el marco de las garantías constitucionales, la encontramos en el número 2 del artículo 19 que dispone:

Artículo 19.- *La Constitución asegura a todas las personas:*

2°.- 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;

También encontramos mención a ella en los números 3, 16 y de una forma más indirecta los números 17 y 22 del artículo 19.

Artículo 19.- *La Constitución asegura a todas las personas:*

3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

16°.- La libertad de trabajo y su protección. Inciso 2: Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o

idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

17°.- La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

22°.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;

2.- Que los antecedentes que derivan de la Historia de la Constitución Política de Chile (Comisión Ortúzar), a propósito de la discusión del artículo 19 N° 22. “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”, destacan el análisis sobre el concepto de discriminación que se llevó a cabo en dicha comisión, en la cual se señaló (precisamente) que el concepto de discriminación positiva es parte de la igualdad ante la ley, derecho que debe considerar la situación de las personas que por una determinada circunstancia se encuentran en desventaja.

En la sesión N° 389 del 27 de junio de 1978 la Comisión continúa el estudio de la preceptiva constitucional sobre el Orden Público Económico.

El señor ORTÚZAR (Presidente) entiende que el quórum especial es fundamental en el punto en debate. En efecto, dice, establecido el principio de no discriminación tanto para la ley como para toda autoridad, puede surgir, sin embargo, la necesidad de efectuar discriminaciones; por ejemplo, con el objeto de favorecer el desarrollo de las regiones extremas del país.

El Señor GUZMÁN disiente de esta argumentación, fundado en lo que el constituyente ha prohibido son las discriminaciones arbitrarias, de las cuales no es posible exceptuarse, porque no puede haber quórum alguno que dé legitimidad a una ley que violente la justicia. Sentado que hay discriminaciones que no son arbitrarias, sino justas, entiende que el objetivo del precepto es que éstas sean menester de ley, ley que, en su concepto, no requiere quórum especial.

El señor BERTELSEN confiesa verse obligado a criticar de nuevo el Acta Constitucional N° 3 (...) Advierte que la voz “discriminar” posee dos acepciones. Supone que la primera -“separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”- es la que se ha tenido en vista al redactar el texto comentado, en el deseo de significar que hay discriminaciones arbitrarias, que se prohíben, y discriminaciones razonables

o justas, que se permiten. No obstante, cree no equivocarse si afirma que la segunda acepción -“dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, etc.”- es la que se emplea en el lenguaje corriente de Chile. Concluye que, en virtud de esta consideración, habría preferido decir en el Acta: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Más adelante, en sesión N° 393 del 4 de julio de 1978, la comisión continúa el debate relativo a no establecer discriminaciones arbitrarias, también discute sobre el trato que recibirá el Estado en su actividad empresarial.

El señor GUZMÁN (...) Dice que una expresión alternativa a “discriminaciones arbitrarias” podría ser “discriminaciones injustas” toda vez que referirse simplemente a “discriminaciones” es, a su juicio, excesivo y puede tender a la injusticia.

(...) Considera indispensable la referencia a la autoridad debido a que ésta, cuando hace uso de la potestad reglamentaria, establece diferencias o discriminaciones, y destaca que cualquiera norma que establezca diferencias entre categorías de ciudadanos, por razones justificadas, es perfectamente concorde con el principio de la igualdad ante la ley. Aclara que, por otra parte, al aludir a la autoridad, no sólo se están refiriendo a la administrativa, sino que a toda autoridad de la República. Reconoce que se cometen arbitrariedades e injusticias, pero considera imposible que se pueda establecer la posibilidad de negar a la autoridad la facultad de establecer diferencias o discriminaciones justas, por cuanto la potestad reglamentaria está permanentemente haciendo diferencias precisamente para resguardar la justicia.

1.8. Sesión N° 397 del 11 de julio de 1978. La Comisión continúa la discusión sobre el Orden Público Económico, específicamente, acerca del texto del artículo 19 N°22, el que originalmente contemplaba un inciso tercero.

El señor ORTÚZAR (Presidente) expone que la discusión se ha centrado en tres aspectos: primero, sobre el inciso segundo (...) En cuanto a lo primero, estima indispensable precisar que excepcionalmente una ley podrá autorizar en forma expresa determinados beneficios por causas justificadas; pero que si ello importa una discriminación arbitraria e injusta, podrá recurrirse a la Corte Suprema para que declare inaplicable tal ley. (...) dice que la idea en que la Comisión está de acuerdo es clara: solamente en el caso de que se trate de beneficios justificados, razonables y no injustos, una ley especial podrá autorizarlos.

Así se acuerda.

El señor GUZMÁN precisa que la disposición puede consagrarse en dos formas específicas: primera, que el beneficio se otorgue por causas justificadas, y segunda, incorporarla entre las materias que figuran bajo la expresión “Sólo en virtud de una ley se puede”, o ubicarla en la preceptiva en debate: “Sólo una ley especial podrá autorizar...”, porque

en este caso se aplica en forma inequívoca la norma general de que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias.

El señor ORTÚZAR (Presidente) dice que la idea en que la Comisión está de acuerdo es clara: solamente en el caso de que se trate de beneficios justificados, razonables y no injustos, una ley especial podrá autorizarlos.

El señor BERTELSEN se inclina por consignar el precepto en la normativa que la Comisión analiza, porque de lo contrario podría interpretarse que estas leyes especiales no están sujetas al principio de la no discriminación.

3.- Que para incorporar la reforma constitucional que recoja la discriminación positiva, resulta necesario tomar en consideración que en nuestro ordenamiento jurídico se han reconocido las acciones afirmativas tanto en la Ley N°20.422 que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad y la Ley 20.530 que creó el Ministerio de Desarrollo Social, en su artículo 2° N° 2). Además ha reconocido las acciones positivas a través de la regulación de la discriminación en el Código del trabajo.

4.- Que en este orden de ideas existe abundante elaboración doctrinal que tratan este tema, destacándose en este sentido el trabajo de autores como Cecilia Medina¹ (jurista y académica chilena especializada en Derecho internacional de los derechos humanos), señaló que *“las acciones afirmativas son modalidades del cumplimiento deber de garantizar el goce de los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación, por parte de los Estados. La necesidad de emprender acciones positivas está dispuesta desde el momento que corresponde a los Estados garantizar el goce de los derechos. Ningún tratado de derechos humanos tiene como objetivo sólo la igualdad formal; también se exige igualdad de facto”*.

Hoy se puede afirmar que la “discriminación inversa” corresponde a una herramienta social tendiente a corregir determinadas situaciones de desigualdad injusta. Concretamente, por aplicación del principio de igualdad “se debe tratar a todas las personas con igual consideración y respeto”. Según el filósofo R. Dworkin *“es necesario preguntarse cuáles desigualdades en bienes, oportunidades y libertades se permiten y por qué”*.

¹ *Igualdad y no discriminación, Estándares internacionales y medidas de acción afirmativa: Seminario Internacional Igualdad y No Discriminación, 2011)*

La discriminación afirmativa se sustenta en que existen ciertas diferencias fácticas que son relevantes y deben considerarse al momento de legislar, y por ello se hace necesario lograr una “igualdad por diferenciación”. En la misma línea el filósofo Carlos Nino plantea que *“la carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado favoreciendo la vaguedad, puesto que si una palabra funciona como una condecoración o como un estigma, la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia”*.

Rawls sostuvo que *“con el objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables”*.

N. Bobbio: *“(…) una desigualdad se convierte en un instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente”*.

La prohibición de discriminar se refiere sólo a la discriminación arbitraria o injusta, que no cabe dentro de la discriminación inversa.

5.- Que a mayor abundamiento, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado recogiendo el principio de discriminación inversa, destacando los casos que a continuación se indican:

a) Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N°4. “Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”. “No habrá pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”.

b) Corte I.D.H., Caso del Pueblo de Saramaka. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N°172. “Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida (...).

6.- Que en este orden, la Corte Suprema de Chile también se ha pronunciado sobre este tema, resolviendo que “El principio de igualdad ante la ley (...) se traduce en el amparo de bienes jurídicos y valores humanos de carácter político social, e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideologías u otros atributos estrictamente particulares; pero no es obstáculo para que el legislador pueda contemplar circunstancias

especiales que afecten a ciertos sectores o grupos de personas y darles tratamientos de los que gozan otros, siempre que las reglas obliguen a todos los que están en la misma situación o condición, porque es característica de la norma jurídica su generalidad, aunque relativa, en cuanto debe tener vigencia sobre todos los gobernados o, por lo menos, respecto de todos los que se hallen en las circunstancias contempladas por el legislador al establecer la regla de derecho” .

7.- Que desde la perspectiva del derecho comparado -en general- las constituciones no hacen una mención expresa a la discriminación positiva, puesto que a partir de consensos sociales recogidos por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional y judicial de cada país, se ha entendido que la discriminación implica necesariamente recoger las diferencias para establecer -en base al mismo principio- acciones afirmativas que permitan competir, ya sea en la postulación a un empleo, en normas de participación política, etc., a determinadas personas que, por su condición, se encuentran en desventaja. Se destaca en este sentido la Constitución española en su artículo 14, el cual si bien no recoge explícitamente la denominada “discriminación positiva”, el Tribunal Constitucional ha venido incluyéndola como una de las circunstancias objeto de protección al máximo nivel ante los tribunales ordinarios y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; la Constitución portuguesa; la Constitución Francesa, la cual en todo caso, hace una mención expresa a la participación política en su artículo 1 inciso 1: “La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales”; la Constitución Boliviana y la Constitución de Argentina.

Sin embargo, existen otras constituciones en las que se hace una mención expresa a la discriminación positiva, como por ejemplo la **Constitución italiana** que en su **artículo 3** establece: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Por otro lado se destaca lo dispuesto en la **Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires**, que en su **artículo 11** dispone: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley.

Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición

psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

En la misma línea, la Constitución de la **Provincia Autónoma de Buenos Aires, también en su artículo 11**, luego de consagrar la igualdad ante la ley en su inciso 3 dispone: **“Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social.”**

También se destaca la **Constitución de Tucumán, Art. 24**: “Los habitantes de la Provincia, como habitantes de la Nación Argentina, y al amparo de la Constitución Nacional, tienen todos los derechos que aquélla establece, sin negación ni mengua de otros derechos no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo.

El Estado Provincial deberá promover medidas de acción positiva y remover los obstáculos para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, la Constitución Nacional, y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, los jóvenes, los ancianos, las personas con discapacidad y las mujeres”.

Por Tanto; en virtud de los antecedentes expuestos vengo en proponer la siguiente:

REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo único.- Agréguese en el artículo 19, número 2 de la Constitución Política del estado, el siguiente inciso tercero nuevo:

“Constituye una obligación del Estado eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona. Para ello deberá promover medidas de acción afirmativa para garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales que se que se encuentren vigentes y estén ratificados por Chile, por esta Constitución y las leyes.”.