



HOMOFOBICO Y TRANSFOBICO REQUERIMIENTO CONTRA ARTICULO DE LEY ANTIDISCRIMINATORIA QUE INCLUYE A DIVERSIDAD SEXUAL

El siguiente requerimiento fue elaborado para su presentación al Tribunal Constitucional con la firma de 47 parlamentarios: 35 de la UDI, 9 de RN y 3 de la DC.

Más información en www.movilh.cl

EN LO PRINCIPAL : SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 2° DEL PROYECTO DE LEY SOBRE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR CONSTITUIR UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y EN PERJUICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN EL PRIMER OTROSÍ : EN SUBSIDIO, SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 2° DEL PROYECTO DE LEY SOBRE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR TRATARSE DE UNA LEY INTERPRETATIVA DE LA CARTA FUNDAMENTAL, SIN HABERSE CUMPLIDO CON EL QUÓRUM DEL ARTÍCULO 66

EN EL SEGUNDO OTROSÍ : ACOMPAÑAN DOCUMENTOS

EN EL TERCER OTROSÍ : TÉNGASE PRESENTE

EN EL CUARTO OTROSÍ : DESIGNAN REPRESENTANTE Y FIJAN DOMICILIO

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que, en la investidura con que comparecemos y conforme a lo dispuesto en el artículo 93 inciso 1° N° 3° e inciso 4° de la Constitución y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en solicitar se declare la inconstitucionalidad del artículo 2° del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación –contenido en el Boletín N° 3.815- por ser contrario a lo dispuesto en los artículos 19 N° 2°, 20 y 127 inciso 2° de la Constitución, en cuanto modifica ambas disposiciones constitucionales y lo hace en perjuicio del derecho que, en aquel numeral, se asegura a todas las personas, conforme al artículo 66 inciso 1° del Código Político, conforme a los argumentos de hecho y fundamentos de Derecho que exponemos a continuación.

Para desarrollar, adecuadamente, el presente requerimiento, resumiremos, primero, el significado del precepto legal cuya inconstitucionalidad solicitamos, con el objeto de ir demostrando su naturaleza modificatoria de la Constitución, al restringir el derecho a la igualdad ante la ley y someterlo a condiciones que no son requeridas por la Carta

Fundamental, sobre todo para impetrar su protección judicial; luego, expondremos, resumidamente, pues son conocidos por este Excelentísimo Tribunal, el significado de los principios y normas constitucionales con los cuales pugna aquel precepto legal en germen de aprobación; dejando, en definitiva, claramente identificadas las inconstitucionalidades que solicitamos sean constatadas y declaradas por SSE.

I. SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO

El artículo 2° del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación señala, en su actual estado de tramitación:

“Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor.

Se considerarán siempre razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

1. Tramitación

El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación se inició por mensaje del Presidente de la República, el 14 de abril de 2005, argumentándose que “(...) resulta pertinente considerar otras alternativas de reglamentación, que sin implicar introducir una modificación de la Constitución, otorgue un tratamiento integral y más efectivo a la no discriminación (...)”, aun cuando –como se verá– el texto hoy aprobado y sometido a tercer

trámite ya superó largamente ese cuidado especial que pudo haber tenido, en su momento, el mensaje.

La iniciativa incluía nueve artículos distribuidos en tres Títulos. El primero de ellos se dedicaba a las disposiciones generales; el segundo, a la acción especial de no discriminación; y el tercero insertaba una nueva agravante al artículo 12 del Código Penal, consistente en cometer el delito por una motivación discriminatoria.

Concretamente y en lo que resulta más relevante para este requerimiento, el artículo 3° del proyecto definía lo que, para efectos de la ley en gestación, debía entenderse por discriminación, en términos que ella es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual”.

En el primer trámite constitucional, la Cámara de Diputados aprobó el referido artículo 3°, según consta del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, en la sesión 48ª, celebrada el miércoles 5 de octubre de 2005 (p. 38), sólo por 50 parlamentarios, habiéndose pronunciado 17 por su rechazo y constando 4 abstenciones, en los términos siguientes:

“Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación arbitraria toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria fundada en cuestiones de raza, xenofobia, religión o creencias, origen nacional, cultural o socio económico, la verdadera o supuesta pertenencia o no pertenencia a una etnia o raza determinada, en una enfermedad o discapacidad, apariencia, lugar de residencia, por el género u orientación sexual, descendencia, edad, opinión política o cualquiera otra condición social o individual y cuyo fin o efecto sea la abolición o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos esenciales a toda persona humana, en los términos establecidos en la Constitución Política de la República, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Ello, ciertamente, porque de manera contraria a la preceptiva fundamental no se ha considerado el proyecto de ley como debió hacerse, esto es, como una reforma de la Constitución o, en su defecto, según se expondrá en el primer otrosí, como ley interpretativa de sus artículos 19 N° 2° y 20, tal y como consta del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, en la sesión 47ª, celebrada el martes 4 de octubre de 2005 (p. 18).

2. Disposición aprobada por el Senado

Finalmente, el Senado, en el segundo trámite constitucional, incorporó diversos cambios a la redacción aprobada en la Cámara de Diputados, quedando mucho más claramente expresada

su naturaleza modificatoria de la Constitución, la norma que impugnamos como artículo 2° del proyecto de ley:

“Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor.

Se considerarán siempre razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

3. Significado de la norma objetada

Nos parece, Excelentísimo Tribunal, tal como anticipábamos, que el tenor del artículo 2°, así como su espíritu y finalidad son claros en el sentido de modificar la Constitución, pues al determinar el sentido y alcance del concepto de discriminación arbitraria, lo hace de tal manera que restringe tan radicalmente ese concepto, introduciendo –además– categorías sospechosas y delineando excepciones que lo desdibujan completamente de frente al mismo concepto contenido en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental y a la acción destinada a protegerlo, en su artículo 20.

Pues bien, al tenor del texto contenido en el artículo 2°, para que exista discriminación arbitraria, resultará necesario que:

1° El agente, estatal o particular, incurra en una distinción, exclusión o restricción;

2° Que esa conducta carezca de justificación razonable.

3° Que afecte el ejercicio legítimo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en tratados internacionales.

Con todo, el artículo 2° añade una nueva consideración preceptiva, al disponer que se incurrirá, particularmente, en discriminación cuando el motivo de diferenciación consista en la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Pero –añade la norma, en su inciso 2°- estos factores especiales no pueden ser invocados (lo que no excluye que se esgriman otros) para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor; y tampoco generarán discriminación arbitraria cuando, de acuerdo al inciso 3°, la distinción se encuentre justificada en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución o en otra causa constitucionalmente legítima.

Es del caso, Excelentísimo Tribunal, como ya va quedando claro, que el artículo 2° del proyecto de ley vulnera tanto el artículo 19 N° 2° de la Constitución en relación a su artículo 20, pues la Carta Fundamental sólo requiere para que se esté en presencia de una discriminación arbitraria que tenga esta característica, sin requerir que, con ella, se vulnere, además, otro derecho fundamental y así también basta para accionar de protección.

II. IGUALDAD ANTE LA LEY Y RECURSO DE PROTECCIÓN

Por lo expuesto y para evaluar la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 2° del proyecto de ley, es útil resumir, brevemente, los principios y normas de nuestra Carta Fundamental que resultan lesionados por esa disposición, o sea y como anticipábamos el derecho a la igualdad ante la ley o a no ser objeto de discriminaciones o diferencias arbitrarias, que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19° N° 2°, y la acción de protección, que contempla en su artículo 20.

4. Igualdad ante la ley

El artículo 19 N° 2° de la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, prohibiéndose las diferencias que sean arbitrarias, de tal manera que dos o más personas que se encuentren en la misma situación o condición, en un ámbito determinado, deben ser tratadas igual, sin imponer cargas o conceder beneficios a unas y no a otras. Al mismo tiempo y en caso que existan diferencias entre ellas, siendo estas relevantes o

decisivas, la Carta Fundamental exige que se las trate de modo diferente, siempre que este trato diverso sea razonable o justificado.

A. Requisitos

Al contrario, dispensar un trato distinto a los que merecen ser considerados iguales o no hacerlo, si es que existen diferencias que lo ameritan, es incurrir en discriminación, la cual se encuentra prohibida por la Constitución.

Desde esta perspectiva, entonces, conviene dejar constancia –por su directa vinculación con la primera inconstitucionalidad que alegamos- que la Constitución es suficientemente amplia en la regulación de la igualdad ante la ley, requiriendo –para que se vulnere ese derecho- nada más que haber incurrido en arbitrariedad, sin exigir ningún requisito o condición adicional.

Por eso, en la evaluación de si una determinada conducta (acción u omisión) vulnera el artículo 19 N° 2° sólo cabe examinar si la diferencia o la igualdad trazada es o no razonable, sancionándose en caso que se determine que, al contrario, se ha obrado sin razón, justicia, proporcionalidad o motivación.

En otras palabras, para que haya discriminación que sea contraria a la Constitución, no se requiere que, con la distinción, exclusión o restricción injustificada (cualquiera sea el motivo que la sustente) afecte el ejercicio legítimo de otros derechos fundamentales, como lo viene a exigir ahora el artículo 2° inciso 1° del proyecto de ley.

B. Criterios de comparación

Por otra parte, para efectuar la evaluación concreta de si una determinada conducta ha respetado la igualdad ante la ley, resulta determinante dirimir el criterio conforme al cual se debe efectuar la comparación, es decir, los parámetros o términos que permiten establecer, situación por situación, en qué dos cosas o dos personas deban ser iguales con el objeto de que la igualdad entre ellas pueda considerarse justa, lo cual es muy decisivo en relación con el artículo 2° inciso 1° del proyecto de ley cuando dispone que existen motivos especiales o singularmente calificados de comparación, así como en relación a las excepciones previstas en los incisos 2° y 3° del mismo precepto legal.

Por esto, “(...) para realizar el juicio de igualdad es menester determinar los aspectos o elementos en los cuales son semejantes las personas. O, más exactamente, la consideración de ciertos aspectos o elementos de las personas como “esenciales” o “relevantes” y la estimación como “accidentales” o “irrelevantes” de los demás. O como sagazmente lo expresaba el Estagirita: “(...) se conviene (...) en que la igualdad debe reinar necesariamente entre iguales; queda por averiguar a qué se aplica la igualdad y a qué la desigualdad” ”

Así, una vez que se han definido los términos a comparar y, con mayor precisión, los aspectos o ámbitos en que se efectuará la comparación, procede determinar el criterio conforme al cual ella se llevará a cabo.

Para este efecto puede ocurrir que el ordenamiento jurídico imponga o, por el contrario, excluya una determinada regla de justicia, o, en fin, que guarde silencio, como lo hace el artículo 19 N° 2° de la Constitución, sin perjuicio de la especial mención a la igualdad entre los hombres y mujeres u otros que, en ámbitos específicos, establezca la Carta Fundamental, v. gr., en su artículo 19 N° 16° inciso 3°.

Con la finalidad clara y evidente en orden a no estimar ningún factor de manera especial, sea para tener que considerarlo o, al revés, para excluirlo per se.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a propósito de un asunto vinculado a la comparación entre dos sistemas de previsión, al señalar que “(...) fluye que los pensionados afectos a cada uno de estos regímenes están en situaciones jurídicas totalmente diferentes, y el único factor de igualdad coincidente, destacable conforme al proyecto, residirá en el monto de las pensiones que perciben... Pero las diferencias provenientes, entre otras de las señaladas, relativas al origen y administración de los recursos con que se financian, como, asimismo, a la forma de pago y reajustabilidad de los beneficios que se otorgan dejan categóricamente en evidencia situaciones jurídicas estructurales diferentes entre los sistemas de previsión. Lo anterior condice necesariamente a concluir, aplicando lo señalado por este Tribunal en relación a la igualdad ante la ley, que no obstante una eventual coincidencia en el monto de la pensión no existe un trato discriminatorio o arbitrario de los pensionados de un sistema en relación a los pensionados de otro”.

En consecuencia, nuestra Constitución –en materia de igualdad ante la ley- no prohíbe ningún motivo de diferenciación, ya que lo proscrito es que sea discriminatorio; y tampoco configura alguno de esos motivos con cualidades especiales que conduzcan a evaluarlo con mayor flexibilidad o, al contrario, estrictez, sin admitir excepciones o contraexcepciones.

Una vez más, en este asunto, la Carta Fundamental es amplia y opera en favor del derecho a la igualdad, pues lo dota de tal extensión que no permite acotarlo o restringirlo sobre la base de exigencias adicionales, que no sean el carácter discriminatorio, irracional o injusto de la diferencia.

Queda claro, entonces, que la Constitución –y nadie más podría hacerlo, sin habilitación del poder constituyente- puede mencionar criterios de comparación que no deban utilizarse nunca, otros que tengan que emplearse necesariamente o algunos que, siendo susceptibles de ser empleados, estén sujetos a un control o evaluación más estricta y que admitan incluso ciertas excepciones.

Por ejemplo, así lo hacen el artículo 14 de la Constitución española, en el artículo 3º de la homónima italiana o de la alemana o en el artículo 14 de la Convención Europea se contemplan ciertos factores, cuyo empleo, como reglas de justicia, exigen un control más severo o, en algunas interpretaciones, se encuentran derechamente prohibidos. En suma, la Constitución chilena no prohíbe que se emplee ningún factor o criterio de comparación ni fuerza a utilizar uno determinado –salvo en materia de contratación laboral- pudiendo diferenciarse en base a cualquiera, siempre que la distinción sea razonable y no discriminatoria.

5. Recurso de Protección

Coherente con la amplitud en la configuración del derecho a la igualdad, el artículo 20 de la Constitución, al establecer el recurso de protección, no contempla exigencias especiales para su procedencia, tratándose de ese derecho fundamental, sino que lo somete a los mismos requisitos que a todos los demás.

Basta, por eso, que un acto u omisión, arbitrario o ilegal, prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de la igualdad ante la ley, o sea, que imponga una diferencia arbitraria o discriminación para que se vulnere la Constitución, sin que resulte necesario –además- que, con esa conducta, se lesione un derecho fundamental o se fuerza al juez a evaluar más o menos severamente la invocación de ciertos motivos o factores ni admitiendo excepciones que, en lugar de cualificar el factor, lo tornen per se discriminatorio.

El diseño constitucional, en definitiva, es simple, claro y de fácil aplicación. No incurre en sofisticadas condiciones que terminan mellando el derecho y afectando a las personas con un modelo complejo que emplea categorías indefinidas, de significado múltiple y en las que no existe acuerdo, al punto que se requiere añadir varias excepciones para evitar que, invocándolas, puedan ampararse delitos o afectarse otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, de conciencia, de expresión de enseñanza, máxime si éstas serán siempre –querámoslo o no- de interpretación y aplicación restrictiva.

III. ARTÍCULO 2º ES INCONSTITUCIONAL PORQUE MODIFICA LA CONSTITUCIÓN Y LO HACE EN PERJUICIO DEL DERECHO A LA IGUALDAD

A la luz de cuanto ha sido explicado, Excelentísimo Tribunal, es claro que el artículo 2º del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación es contrario a la Constitución, pues allí se contiene, verdaderamente, una reforma de la Constitución que modifica sus artículos 19 N° 2º y 20, sin cumplir los requisitos contemplados en el artículo 127 inciso 2º de la Carta Fundamental, al cambiar la regulación de la igualdad ante la ley y del recurso de protección destinado a ampararla, haciéndolo en perjuicio

de las personas, pues restringe ese derecho y la posibilidad de cautelarlos.

Siguiendo el texto aprobado por el Senado, hoy sujeto a la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, el artículo 2° contiene, en su inciso 1°, dos disposiciones:

La primera de ellas, establece que, para los efectos de la ley en gestación, se entiende por acto o conducta de discriminación arbitraria toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricción o preferencia, cometida por agentes del Estado o particulares, que prive, perturbe o amenace el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, en la ley, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; y, en segundo lugar, agrega que se incurre en tal prohibición, en particular, cuando aquella discriminación se encuentre fundada en motivos de raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, lugar de residencia, idioma, ideología u opinión política, sindicación o participación en asociaciones gremiales, sexo, género, orientación sexual, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad, salvo que con ella se persiga –al tenor del inciso 2°- justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a la ley o al orden público o que –conforme al inciso 3°- la diferencia se funde en los derechos asegurados en el artículo 19 numerales 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° de la Constitución o en otra causa constitucionalmente legítima.

De esta manera, para que exista discriminación no bastará, como lo requiere el artículo 19 N° 2° de la Constitución, que sea arbitraria, sino que, además, tendrá que vulnerar un derecho fundamental, alterando de paso lo requerido por el artículo 20 de la Carta Fundamental para que proceda el recurso de protección.

Adicionalmente, el proyecto de ley establece que ciertos motivos o factores deben ser especialmente observados y los casos en que no procedería esa consideración especial.

Todo ello configura una modificación a la Carta Fundamental, sin que así se haya tramitado y votado el proyecto, conforme a su artículo 127 inciso 2°, por lo que debe ser declarado inconstitucional.

Pero más grave aún es la vulneración de la Constitución, puesto que la reforma contenida en el artículo 2° que impugnamos disminuye, perjudica y entorpece gravemente el derecho a la igualdad ante la ley y el recurso de protección para cautelarlos, ya que añade requisitos adicionales para que se esté en presencia de una discriminación y, por ende, para intentar ese arbitrio judicial, máxime considerando la jurisprudencia de los Tribunales Superiores que desestiman esa acción constitucional cuando existen, en la ley, vías especiales de cautela o protección.

POR TANTO

En mérito de lo expuesto y conforme a lo dispuesto en el artículo 93 inciso 1° N° 3° de

la Carta Fundamental y 61 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicitamos a SSE. que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2° del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación –contenido en el Boletín N° 3.815- por ser contrario a lo dispuesto en los artículos 19 N° 2°, 20 y 127 inciso 2° de la Constitución.

PRIMER OTROSÍ:,,,,,,,,,, todos diputados en ejercicio, con domicilio en el Palacio del Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n, Valparaíso, a SSE. respetuosamente decimos: Que, en la investidura con que comparecemos y conforme a lo dispuesto en el artículo 93 inciso 1° N° 3° e inciso 4° de la Constitución y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en solicitar, en subsidio de lo pedido en lo principal de este escrito y para el improbable evento que ello sea rechazado, que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2° del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación –contenido en el Boletín N° 3.815- por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 66 inciso 1° de la Constitución, por cuanto, si no se lo considera una reforma de la Carta Fundamental, tiene que estimarse que se trata de una ley que la interpreta, con lo cual no se dio cumplimiento al quórum requerido para su aprobación, en el primer trámite constitucional, conforme a dicho precepto fundamental, de acuerdo con los argumentos de hecho y fundamentos de Derecho que exponemos a continuación. Con el objeto de no reiterar, innecesariamente lo ya señalado, damos por expresa y enteramente reproducidos los párrafos consignados en lo principal de este escrito relativos al sentido y alcance del artículo impugnado y a la igualdad ante la ley, a los cuales cabe añadir los principios y normas constitucionales relativos a las leyes interpretativas de la Carta Fundamental.

IV. LEYES INTERPRETATIVAS DE LA CONSTITUCIÓN

La actual Carta Fundamental, retomando lo prescrito en la Constitución de 1833 y otras anteriores, reconoce competencia la legislador para determinar el sentido y alcance de las normas constitucionales, conforme a lo dispuesto en sus artículos 66 inciso 1° y 93 inciso 1° N° 1°.

1. Explicación

Las leyes interpretativas tienen por objeto determinar o precisar el sentido y alcance de una norma jurídica, sea porque ella resulta, en sí misma, confusa, oscura o vaga o porque requiere de aquella precisión. Es inconcuso que el artículo 19 N° 2° de la Constitución no adolece de confusión, oscuridad o vaguedad alguna, dada la amplitud con que ha sido concebido en el texto y contexto de la Carta Fundamental, en cuanto a que la igualdad ante la ley

se asegura a todas las personas sin exclusión o sin imposición de ningún criterio o factor de comparación para efectuar el juicio de igualdad, sin perjuicio del examen más exigente –de la diferencia trazada- cuando el término empleado es el sexo de los sujetos a comparar u otros casos especiales previstos en la Constitución. Por lo expuesto, el proyecto de ley que analizamos no puede concebirse nunca en términos de restringir o acotar la preceptiva constitucional, ya que, de ser así, resultaría contrario a la Carta Fundamental.

Desde esta perspectiva, es claro que la iniciativa está regulando lo dispuesto en el artículo 19 N° 2° o lo está interpretando, al precisar que ciertos factores de comparación, incluidos en su artículo 3° inciso 1°, requieren un escrutinio más estricto.

Como expone el profesor FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA, quien advierte de los peligros de las leyes interpretativas, "(...) la interpretación de las normas es un procedimiento volitivo e intelectual que acompaña el proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior, y que trasunta en decisiones o actos normativos (...)", con el objeto de "(...) rectificar discretamente la mala redacción de una ley, poner coto a una interpretación equivocada o indeseable de los tribunales o simplemente estrechar el ámbito de libertad dejado al intérprete, y que se ha develado excesivo o peligroso" . Según ya anticipé, por ende, la finalidad evidente del proyecto sobre no discriminación es, como acabo de transcribir, estrechar la labor del intérprete para que el juez sepa que los factores listados en su artículo 2° inciso 1° requieren una evaluación más exigente de la diferencia trazada con base en ellos, pero no puede entenderse que los prohíba –a todo evento- o que sean los únicos que puedan utilizarse, desde que esto sería contrario a la Constitución.

2. Parámetros

Lo que viene explicándose deja en evidencia los contornos que delimitan el contenido de la ley interpretativa, pues ésta no puede llegar a reformar la Constitución, alterando su claro sentido y alcance. Como expone don ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, "las leyes interpretativas constitucionales han de representar, en efecto, una forma de precisar o esclarecer el alcance de determinado precepto de la Carta (...)", aun cuando "(...) como bien observa Nogueira Alcalá la interpretación auténtica del legislador es "directa", pero no es una interpretación "definitiva" en razón del control de constitucionalidad. (...)" .

3. Jurisprudencia

Dado que el asunto ha sido abordado por el Tribunal Constitucional, conviene recordar las sentencias pronunciadas el 16 de julio de 1982, Rol N° 12; el 12 de

mayo de 1989, Rol N° 67; el 22 de octubre de 1992, Rol N° 158; y el 25 de agosto de 2009, Rol N° 1.288, pues ellas confirman cuanto acaba de explicarse. En primer lugar, en el Rol N° 12, el Tribunal examinó el proyecto de ley que interpretaba la garantía constitucional sobre derecho de propiedad en relación con la reajustabilidad de las pensiones, pronunciándose en el sentido que el proyecto era efectivamente interpretativo, desde que se limitaba a declarar el genuino sentido de una norma de la Carta Fundamental, puesto que "(...) a la ley interpretativa sólo le corresponde precisar el sentido y alcance de una determinada norma, mas no deducir las consecuencias que deriven o fluyan de la ley interpretada (...)".

Tratándose del Rol N° 67, el Tribunal revisó el proyecto de ley que modificaba las Leyes Orgánicas Constitucionales N° 18.603 y N° 18.700, para resolver la virtual contradicción que existía entre las disposiciones vigesimaprimer y vigesimanovena transitorias de la Constitución y establecer el recto sentido en que debía aplicarse el inciso 2° de su artículo 54, relacionado con las inhabilidades para ser diputado y senador.

Al respecto, en lo que aquí interesa, sólo conviene recordar que la Magistratura Constitucional, al aludir a las leyes interpretativas, afirmó que ellas tenían por objeto esclarecer el sentido de otra norma.

A propósito del Rol N° 158, en tercer lugar, en que el Tribunal revisó el proyecto de ley que establecía la fecha de la primera elección de los miembros de los Consejos Regionales, en el cual se incluía una norma interpretativa de la disposición trigésimatercera transitoria de la Carta Fundamental, sostuvo que ese precepto legal "(...) contiene y agrega elementos y requisitos nuevos y adicionales, no contemplados en la norma constitucional que se pretende interpretar", en circunstancias "que no corresponde, por medio de una ley interpretativa de una norma constitucional agregar nuevos elementos a lo que ésta indica e introducir conceptos que no han sido siquiera insinuados por la Carta Fundamental. Ello implicaría una modificación de la disposición constitucional, la que se regiría por las normas aplicables para ello. Por medio de una ley interpretativa sólo cabe proporcionar claridad o precisión a la redacción de una norma constitucional, cuando su propio texto sea susceptible de originar confusión o desentendimiento, para asegurar con esa interpretación su correcta, uniforme, armónica y general aplicación".

En fin, en el Rol N° 1.288, el Tribunal volvió a precisar que "(...) lo que caracteriza a una ley interpretativa (es) que, como es sabido, tiene por objeto determinar el sentido oscuro o dudoso de una disposición constitucional (...)".

V. ARTÍCULO 2° ES INCONSTITUCIONAL PORQUE, AL SER LEY INTERPRETATIVA, NO FUE APROBADO CON EL QUÓRUM REQUERIDO

Conviene sistematizar las razones jurídicas por las que el artículo 2° del proyecto de ley, en virtud del cual establece medidas contra la discriminación, es una ley interpretativa de la Constitución.

Siguiendo el texto aprobado por el Senado, hoy sujeto a la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, es necesario advertir que el artículo 2° contiene, en su inciso 1°, dos disposiciones: La primera de ellas, establece que, para los efectos de la ley en gestación, se entiende por acto o conducta de discriminación arbitraria toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricción o preferencia, cometida por agentes del Estado o particulares, que prive, perturbe o amenace el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, en la ley, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; y, en segundo lugar, agrega que se incurre en tal prohibición, en particular, cuando aquella discriminación se encuentre fundada en motivos de raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, lugar de residencia, idioma, ideología u opinión política, sindicación o participación en asociaciones gremiales, sexo, género, orientación sexual, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad, salvo que con ella se persiga justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a la ley o al orden público o que la diferencia se funde en los derechos asegurados en el artículo 19 numerales 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° de la Constitución o en otra causa constitucionalmente legítima.

Así es desde que el propio título con que se encabeza el artículo 2° señala que su contenido corresponde a la “definición de discriminación arbitraria”, vale decir y según el sentido natural y obvio de las palabras, allí se lleva a cabo la “acción y efecto de definir”, lo cual implica “fijar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa” Tal es así, Excelentísimo Tribunal, que, al comenzar el inciso 1°, la norma que objetamos es categórica para señalar que “para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria (...)”, incluyendo ejemplos en el inciso 2° de situaciones de excepción y, en fin, estableciendo reglas especiales en el inciso final cuando declara que “se considerarán siempre razonable”.

De lo expuesto surge, clara e indubitadamente la naturaleza interpretativa del artículo 2° que impugnamos y se trata, más en concreto, de fijar el sentido y alcance de normas constitucionales, desde que es la Carta Fundamental, especialmente en su artículo 19 N° 2°, la que prohíbe las discriminaciones.

Por ello, el artículo 2° del proyecto de ley viene a definir el concepto de discriminación, cuando ésta es arbitraria, fijando su sentido y alcance al señalar que corresponde a “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de

justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Siguiendo la definición legal aparece entonces, que, para que una discriminación sea arbitraria, tienen que concurrir los siguientes requisitos:

1° Que el agente, estatal o particular, incurra en un distinción, exclusión o restricción;

2° Que esa conducta carezca de justificación razonable.

3° Que afecte el ejercicio legítimo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en tratados internacionales. Con todo, el artículo 2° añade una nueva consideración preceptiva, al disponer que se incurrirá, particularmente, en discriminación cuando el motivo de diferenciación consiste en la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Pero, esos factores especiales no pueden ser invocados (lo que no excluye que se esgriman otros) para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor, de acuerdo al inciso 2°; y tampoco generarán discriminación arbitraria cuando, de acuerdo el inciso 3° la distinción se encuentra justificada en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

En nexa con esta regla, que menciona un conjunto de factores sospechosos, o sea, que, si bien no están per se prohibidos, su utilización tiene que ser más estrictamente evaluada, en caso de existir duda o conflicto acerca de la diferencia que se ha trazado con base en ellos, tiene carácter de ley interpretativa de la Constitución.

En efecto, esta norma legal está precisando que esos factores son de escrutinio más exigente, en circunstancias que la Constitución no admite esa categoría de motivaciones, dado el alcance amplio y favor persona que justifica el diseño realizado por el poder constituyente, de manera que, con la nueva disposición, se circunscribe o aclara el sentido y alcance del artículo 19 N° 2° de la Carta

Fundamental, debiendo concurrir, para su aprobación, el quórum reforzado contemplado en el artículo 66 inciso 1° de ella y teniendo que someterse al control previo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional.

Para verificar cuanto acaba de señalarse, vale la pena recordar que, durante la tramitación de la iniciativa, “el Honorable Senador señor CHADWICK (...) exteriorizó una alternativa a la creación de una acción nueva, dado que ésta supone cuestiones sumamente complejas como la de determinar qué acción ha de prevalecer, cuáles son los efectos de la concurrencia de dos acciones distintas respecto de un mismo evento discriminatorio, qué pasa si se presentan dos acciones en un sentido distinto, o cómo resolver cuál fallo debe primar en caso de pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios. En previsión de lo anterior, anunció que ha presentado una indicación que se inscribe, de alguna manera, en la lógica de una ley interpretativa de la Constitución que, manteniendo la estructura del artículo 19 N° 2° y el recurso de protección de esta garantía constitucional, señala cómo interpretar aquel precepto para efectos de que la jurisprudencia considere en el recurso de protección los elementos que hoy día son fuente de discriminación. Sistematizó su proposición: más que crear una nueva acción, fortalecer el recurso de protección, por esta vía. Destacó que ha estimado imprescindible explicitarlo en forma previa porque, si bien su propuesta discurre conforme a una lógica jurídica distinta, sus resultados puede ser tanto o más eficaces que los alcanzables con la nueva acción, y con la ventaja de evitar los conflictos jurídicos que originarían dos acciones sobre una misma materia, que se presentan ante órganos jurisdiccionales diferentes”.

Por lo mismo, la Corte Suprema, al informar el proyecto, sostuvo que “(...) el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo” , a la par que los Ministros Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín Vallejo, y Jorge Medina Cuevas, concurrieron a ese acuerdo teniendo además presente que la iniciativa legal es incongruente con las disposiciones que establece el artículo segundo del Código el Trabajo para impedir la discriminación en el ámbito laboral y que fueron perfeccionadas con la reforma que introdujo a ese precepto el N° 2 del artículo único de la Ley N° 19.759, de 5 de octubre de 2001.

En suma, el artículo 2° del proyecto de ley está interpretando la Constitución, al introducir una precisión del sentido y alcance del artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, aunque lo haga en contra de él, pues limita o restringe el derecho constitucional, por lo que debe respetarse, en su gestación, el quórum reforzado de aprobación parlamentaria y el control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional, lo cual, como ya quedó constancia en el primer trámite constitucional, no sucedió, puesto que el precepto legal fue aprobado solamente por 50 diputados.

POR TANTO

En mérito de lo expuesto y conforme a lo dispuesto en el artículo 93 inciso 1° N° 3° de la Carta Fundamental, en nexa con los artículos 61 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicitamos a SSE. que, en subsidio de lo solicitado en lo principal de este escrito y para el improbable evento que ello sea rechazado, se declare la inconstitucionalidad del artículo 2° del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación –contenido en el Boletín N° 3.815- por no haber sido aprobado conforme a lo exigido en el artículo 66 inciso 1° de la Constitución.

SEGUNDO OTROSÍ: Rogamos a SSE. tener por acompañadas las Actas, debidamente autorizadas, que contienen el debate parlamentario acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.

TERCER OTROSÍ: Rogamos a SSE. que, conforme a lo requerido por el artículo 93 inciso 4° de la Constitución, los diputados firmantes de este requerimiento constituimos más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, como se certifica al final de este escrito por la Secretaría respectiva.

CUARTO OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 inciso final de la Ley N° 17.997, designamos como nuestro representante en la tramitación de este requerimiento al diputado señor Gonzalo Arenas Hödar, señalando como domicilio, para todos los efectos a que haya lugar, en el Palacio del Congreso Nacional, ubicado en Pedro Montt s/n, Valparaíso.