

Cláusula de igualdad y no discriminación para la Nueva Constitución

Tomás Vial Solar

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M (Legal Master) en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; Ph.D, University College London (UCL). Profesor de derecho constitucional en UDP y Universidad Andrés Bello.



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

contexto+

Resumen

El texto constitucional vigente ha sido notoriamente débil en el aseguramiento de la igualdad efectiva en materia de goce de los derechos y de prohibir en una forma acorde con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos la discriminación. La presente minuta recoge los estándares internacionales aplicables a Chile a fin de proponer una nueva cláusula de igualdad y no discriminación que sea acorde con esas obligaciones y que, por ello, permita fortalecer esa igualdad entre todas personas.

Palabras Clave:

Igualdad ante la ley, igualdad efectiva, igual protección de la ley, discriminación directa, indirecta, de hecho y de derecho, sistémica, múltiple, medidas especiales temporales.

Introducción



Esta minuta busca presentar los estándares principales de derechos humanos a los que Chile está obligado a fin de proponer una cláusula constitucional consistente a ellos. Para ello se hace referencia tanto a los tratados de derechos humanos vigentes en Chile, como las observaciones generales o comentarios de los órganos de tratado, que ayudan a interpretar los textos de los mismos y la sentencias de la Corte Interamericana, en forma preeminente. Junto con ello, y en los casos que sea pertinente, se hará breve referencia a cómo los diversos aspectos a considerar han sido entendidos en nuestro derecho constitucional. De esta forma, el apartado primero presenta el estatus y relevancia del principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos. El segundo describe los tipos de igualdad que se reconocen. El tercero establece qué se entiende por discriminación y el cuarto, los tipos de discriminación. El apartado quinto analiza las llamadas categorías sospechosas. El apartado sexto expone las denominadas medidas especiales temporales, comúnmente llamadas acciones afirmativas. En el séptimo se analiza qué del actual texto constitucional puede continuar en la futura Constitución. Finalmente, se realiza una síntesis y se propone una cláusula constitucional de igualdad y no discriminación.

I. Estatus y relevancias de las cláusulas de igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos

La igualdad y la no discriminación constituyen una de las obligaciones y derechos más básicos dentro de los tratados de derechos humanos, demostrándose esto con las siguientes normas, todas las cuales, salvo se señale expresamente en este texto, están ratificadas por el Estado de Chile y se encuentran plenamente vigentes.

Ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1 y 2, se expresa la idea fundamental de que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Consistente con ello, los tratados del sistema universal (Naciones Unidas), garantizan la igualdad y no discriminación el inicio mismo de aquellos. Así, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Lo mismo sucede con los sistemas regionales. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 24, la Convención Europea de Derechos Humanos en su Art. 14 y el Protocolo Adicional número 12, art. 1, la Carta Africana sobre derechos Humanos y de los Pueblos, en sus artículos 2 y 3.

A su vez los tratados temáticos universales, como el artículo 1 de la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 1 de Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y los regionales, como el artículo 1 de Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia y ¹, también, de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia².

Las normas de los tratados, como apreciaremos, a su vez están desarrolladas por las observaciones generales que han emitido los mismos órganos creados por estos instrumentos, los comités de los tratados, tales como el Comité de Derechos Humanos, del PIDCP, con su Observación General 18 y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) del PIDESC, con su Observación General 2. Junto a estas fuentes tenemos también las sentencias de la Corte Interamericana (Corte IDH), cuyos fallos son obligatorio para los estados parte de la Convención Americana de DDHH, entre ellos Chile.

Como la Convención Americana de Derechos Humanos la citaremos varias veces en este texto, es mejor transcribir las dos normas claves que ella dispone, los artículos 1 y 24:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Sobre la justificación y fundamento de la igualdad la Corte IDH ha emitido numerosos pronunciamientos. Así en el caso Atala vs Chile señaló:

“Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción

-
1. Tratado firmado, pero no ratificado por Chile.
 2. Tratado firmado, pero no ratificado por Chile.

de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.”³

A su vez, la Corte IDH ha considerado que la igualdad es un principio obligatorio para los Estados, afirmado que:

“Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”⁴

La CIDH se ha referido al *ius cogens* como “la designación de ciertas protecciones relacionadas con la persona como normas perentorias (*jus cogens*) y obligaciones *erga omnes*, en un vasto conjunto de derecho de los tratados, en principios de derecho internacional consuetudinario, y en la doctrina y la práctica de los órganos de derechos humanos como esta Comisión.”⁵

De esta forma, igualdad y no discriminación son pilares fundamentales del sistema de derechos humanos que determinan como los estados cumplen sus obligaciones respecto a todos los derechos humanos. Por ello mismo, una robusta protección de ella tiene un efecto de irradiación sobre la satisfacción de todos ellos.

-
3. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 2393.
 4. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
 5. CIDH, Compendio sobre la Igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos 2019, p. 21.

II. Tipos de igualdad

La igualdad como derecho y principio posee varios aspectos. Uno de ellos es como no discriminación y el otro es la igualdad en la protección de la ley. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

“La diferencia entre los dos artículos (el 1 y el 24) radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”.⁶

A su vez, la misma Corte IDH, en forma constante en su jurisprudencia, ha distinguido entre la igualdad de derecho y la de hecho, señalando que “El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.”⁷ En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que se debe asegurar tanto la igualdad de jure como de facto.⁸

-
6. Corte IDH. Caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 1829.
 7. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
 8. Comité CEDAW, Observación General 28, párr. 16.

Un segundo aspecto de la igualdad a considerar es de si esta es puramente formal o si acaso material o sustantiva. Nuestro derecho hasta ahora, cuando reconoce que tratar a alguien como igual implica reconocer aquellas diferencias o distinciones necesarias, está implicando que la ley debe diferenciar cuando las circunstancias fácticas o jurídicas así lo exigen. A su vez, las normas de derechos humanos insisten en el que el Estado asegure el goce efectivo de los derechos⁹, de lo que se pueden deducir que la igualdad en este aspecto debe ser efectiva y no puramente formal.

De lo anterior se deduce que una cláusula constitucional conforme a estándares internacionales debe incluir la no discriminación y también la igual protección de los derechos. Pero esa igual protección no debe ser solo a un ejercicio formal, sino que asegurar un goce sustantivo, efectivo de los derechos.

9. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1.

III. Qué es discriminación

En el derecho internacional de los derechos humanos el término discriminación se refiere a una distinción contraria a derecho, como se explicará. Al respecto, el Comité DESC ha señalado que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto¹⁰.

Por su parte la Corte IDH ha señalado que no se debe confundir distinción con discriminación. Así ha indicado, ya en 1984, que “es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”¹¹. Más adelante, en otra Opinión Consultiva, el año 2003, la Corte IDH precisará que “El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo

-
10. El artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad figuran definiciones similares. El Comité de Derechos Humanos hace una interpretación parecida en su Observación general N18 (párrs. 6 y 7) y ha adoptado posiciones similares en observaciones generales anteriores.
 11. Corte IDH. 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 No. 4.

y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.¹² Esta ha sido la línea invariable de ese órgano¹³.

Este concepto, que en nuestro derecho equivale al de diferencias arbitrarias, ha sido también reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional, al señalar que ellas lo serán cuando carezcan de razonabilidad o proporcionalidad¹⁴.

De lo anterior se debe concluir que una futura cláusula ajustada a estándares de derechos humanos debe hablar de prohibición de la discriminación, entendiendo por ella toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente, que carezca de justificación razonable, en base, como se verá en el punto 5 más adelante, en algunas de las llamadas categorías prohibidas, tales como sexo, raza o religión.

-
12. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
 13. Ver como ejemplo el Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, parr. 285; Caso Espinoza González vs. Perú, parr. 219.
 14. Ver, por ejemplo, sentencias Rol 1502, considerando 11; Rol 1204, considerando 19.

IV. Tipos de discriminación

El sistema de derecho internacional de los derechos humanos ha distinguido diversos tipos o clases de discriminación, desarrolladas tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH como en las observaciones de los órganos de tratado. Así, la Corte IDH ha dictaminado que:

“286. El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.”¹⁵

Los términos de discriminación directa e indirecta han sido precisados en la Observación General número 20, del Comité DESC:

a) Hay **discriminación directa** cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación

15. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

b) La **discriminación indirecta** hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas¹⁶.

Al respecto, la distinción entre discriminación directa e indirecta ha sido también reconocida en Chile por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 1710, del 6 de agosto del 2010¹⁷.

Adicionalmente, el mismo Comité DESC, ha distinguido entre discriminación de jure o de derecho o formal, y aquellas de facto, es decir en la práctica, señalando que:

a) **Discriminación formal.** Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; por ejemplo, las leyes deberían asegurar iguales prestaciones de seguridad social a las mujeres independientemente de su estado civil.

b) **Discriminación sustantiva.** Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2¹⁸. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar sufi-

16. Comité DESC, Observación General 20, parr. 10.

17. Considerando centésimo cuarto.

18. Véase también la Observación general N16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ciente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales¹⁹.

El mismo Comité, en su Observación General 20 antes citada, ha introducido el concepto de discriminación sistémica, al señalar que “El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.” Como veremos, distinguir este tipo de discriminación es importante pues los estados tienen la obligación de tomar especiales medidas para revertir estos patrones estructurales de discriminación, en lo que se denomina (ver más abajo) las medidas especiales temporales, comúnmente denominadas acciones afirmativas.

Por último, como ha hecho notar el Comité de la CEDAW, existen casos en que las personas, en este caso las mujeres, son víctimas de discriminación por varias circunstancias simultáneas, como ser migrante, de un grupo étnico minoritario y mujer. Estos casos se denominan discriminación múltiple y ella debe ser objeto de especial preocupación por parte de los estados, señalándose en la Recomendación General 28 de ese Comité que “Los Estados parte deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas.”²⁰

19. Comité DESC, Observación General 20, parr. 8.

20. Comité CEDAW, Recomendación General 28, parr. 18.

Por consiguiente, un texto constitucional conforme al estándar internacional antes descrito debiera considerar, en forma explícita, las categorías de discriminación directa, indirecta, de facto o formal, y sistémica y los deberes especiales en casos de discriminación múltiple.

V. Las categorías sospechosas y la inversión de la carga de la prueba.

Las cláusulas que prohíben la no discriminación en los tratados de derechos humanos señalan los tipos de situaciones o categorías en las que esta prohibición se aplica. Un ejemplo de ello es el artículo 2 del PIDCP, que indica que cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Estas son las llamadas categoría sospechosas, pues, como veremos, imponen a los estados cargas especiales para justificar distinciones en base a ellas.

El listado de circunstancias o características personales en las que se prohíbe discriminar no es cerrado, pues es de rigor señalar al final del listado, la expresión “otra condicional social”, lo que permite que los estados y la propia jurisprudencia de los órganos de tratado puedan ir adaptando esa prohibición a la evolución social. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. De este modo, la Corte estima que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen

sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable, como las personas con estatuto de refugiadas.”²¹

Eso fue lo que hizo, por ejemplo, la misma Corte IDH, en el fallo sobre *Atala vs Chile*, donde dictaminó que las categorías de “orientación sexual e identidad de género” pese a no estar explícitamente mencionadas en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se subsumían dentro del término “otra condición social” contemplado en el artículo 1.

Un segundo aspecto es que fruto de la evolución social y del derecho de los Derechos Humanos se han ido incorporando nuevas categorías. Al respecto, la formulación más completa a la fecha es la que entrega actuablemente la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancias del 2013, que Chile no ha ratificado, la que dispone en su artículo 1, párrafo 2, que la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.²²

La consecuencia más importante del establecimiento de estas categorías es que ellas imponen a quién vaya a hacer distinciones en base a aquellas una especial carga argumentativa. Como lo ha dicho la Corte IDH, en el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*:

“228. La Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.”²³

La misma Corte IDH precisó en el caso *I.V. vs. Bolivia*, del 2016, los aspectos o elementos de fundamentación en casos de distinciones, a fin de que ellas no constituyan una discrimi-

21. Corte IDH. Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 32918, parr. 24.

22. Esta formulación no incluye la raza ni el origen étnico pues existe otra convención del sistema interamericano que está dedicada a la discriminación por esas causales, cual es Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas Conexas de Intolerancia, del 2013. Para comparar, en la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación (la ley Zamudio) en su artículo 2 se señala que los 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.

23. Corte IDH. Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, parr. 228.

minación prohibida al indicar que:

“En razón de lo anterior, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.”²⁴

Respecto a la pertenencia o no a alguna de las categorías, como, por ejemplo, religión o raza, el Comité DESC, en su Observación General 20, ha dicho “Al determinar si alguien está comprendido en una categoría respecto de la cual existen uno o más motivos prohibidos de discriminación, la decisión se basará, a menos que exista una justificación para no hacerlo, en la autoidentificación del individuo en cuestión. La pertenencia también incluye la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad) o la percepción por otras personas de que un individuo forma parte de uno de esos grupos (por ejemplo, en el caso de una persona cuyo color de piel se asemeje al de los miembros de un grupo o que apoye los derechos de un grupo o haya pertenecido a ese grupo).”²⁵

La idea de las categorías sospechosas y de que ellas impo-

24. Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 32918, párr. 241.

25. Comité DESC, Observación General 20, párr. 16.

nen una carga argumentativa especial ha sido también recogida en nuestro derecho constitucional. Así la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2273, de fecha 4 de julio de 2013, sobre derecho de los inmigrantes, señaló, en su considerando trigésimo:

TRIGÉSIMO: Que el derecho de entrada de los nacionales y de los extranjeros a Chile puede fundarse en una consideración de trato diferente que exigiría un análisis de la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación. En tal sentido, la distinción extranjero - chileno puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe. Sin embargo, se trata de una distinción que es sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. Desde el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución se sostiene que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Esta dignidad común desde el nacimiento de nacionales y extranjeros, exige una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos.

Respeto a la incorporación o no de un listado de categorías sospechas en el nuevo texto, hay, en esta materia, en principio, tres opciones. Una es mantener la norma constitucional tal como es ahora, es decir, sin incluir ninguna categoría de discriminación, dejando a legislador precisarlas, como lo hizo con la Ley 20.609. Una segunda opción es la de incluir algunas categorías. Y la tercera es incorporar un largo y comprensivo listado de términos prohibidos, como lo hacen los tratados de derechos humanos, siendo su versión más actualizada la recientemente aprobada Convención Interamericana contra Toda forma de Discriminación e Intolerancia, no ratificado por Chile.

El mérito de cada una de estas opciones es relativo. La no incorporación de categorías tiene la virtud de hacer más simple la cláusula constitucional y de dejar en plena libertad al legislador de ir incorporando nuevas categorías, tal como lo hizo al introducir en la ley 20.609 los términos de orientación sexual y de identidad de género. Pero, al mismo tiempo, pierde la fuerza normativa y simbólica que tiene el

señalar directamente categorías prohibidas. La opción de introducir un listado más corto gana en este último aspecto, pero posee el problema no menor de decidir cuáles categorías tiene carácter constitucional y cuáles no, lo que sugiere inmediatamente que habría discriminaciones de primera clase (aquellas prohibidas en la Constitución) y de segunda (las que no están). La dificultad de efectuar eso de una manera acorde a algún principio se ve muy difícil. Por eso, en caso de optarse por incluir categorías, la tendencia parece ser el incorporar el listado más amplio posible. Ese el caso de la reciente Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Sin embargo, esta tercera alternativa, la inclusión de un listado comprensivo, posee el peligro de banalización de las categorías y con ello, el debilitamiento de la fuerza de prohibición de discriminación.

Una fórmula intermedia podría ser señalar que se prohíbe la discriminación, en especial cuando ella se funde en alguno de los motivos contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes. Con ello se evitaría la enumeración y se estaría dando la señal de que, en esos casos, “en especial”, la prohibición es más fuerte y que, por lo tanto, la carga argumentativa de quien la efectúa es mayor.

Independiente de los anterior, parece si relevante, y con profundos efectos prácticos en el litigio antidiscriminación, de que en el nuevo texto constitucional se afirme que el establecimiento de cualquier distinción en base a las categorías prohibidas deberá justificarse por parte de quien la dispone o crea.

VI. Medidas especiales temporales

A fin de resolver las llamadas discriminaciones estructurales o sistémicas, es decir aquellas que corresponden a patrones históricos, como lo han sido, por ejemplo, las basadas en la raza o sexo, los tratados de derechos humanos imponen a los Estados la obligación de realizar las llamadas medidas especiales temporales²⁶, es decir, acciones positivas dirigidas particularmente a remediar esos patrones, favoreciendo a esos grupos históricamente excluidos, eliminando así discriminaciones de facto que puedan existir.²⁷

Esas medidas, que pueden implicar temporalmente favorecer a un grupo, no se consideran por ello como discriminatorias, tal como se expresa en el artículo 4, párrafo 4, de la Convención contra todas las formas de discriminación de la mujer (art. 4.1)²⁸. Estas están consideradas expresamente en la Convención contra todas las formas de discriminación racial (art. 1.4); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 5 y 27) y por el Comité DESC en su Observación General 20²⁹. Así, la primera, dispone:

“Artículo 1.

4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como

26. Se denominan especiales pues están dirigidas específicamente a eliminar las discriminaciones históricas o estructurales. Ver Recomendación General 28 del Comité CEDAW, parr. 21.

27. Recomendación General 28 del Comité CEDAW, parr. 14.

28. Y también en la Recomendación General 28 del Comité CEDAW.

29. Comité DESC, Observación General 20, parr. 9.

medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”³⁰ Esas medidas especiales temporales han sido también reconocidas tanto por nuestro legislador³¹ como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.³²

Dado que en Chile claramente se dan casos de esta discriminación sistémica, patentemente en la situación de mujeres y pueblos indígenas, por solo dar dos ejemplos, y es por ello que tanto el legislador nacional como sentencias del Tribunal Constitucional ya las han reconocido, es que parece pertinente introducirlas expresamente en el nuevo texto, autorizando entonces al legislador nacional a establecerlas.

-
30. Corte IDH. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, parr. 332.
 31. Así, por ejemplo, la Ley 21.015, sobre inclusión de las personas con discapacidad en el mundo laboral, del 15 de junio del 2017, la Ley 18.700, Ley Orgánica Constitucional sobre elecciones populares y escrutinios, artículo 3 bis, inciso quinto, la Ley 21.216, del 25 de marzo del 2020, que establece el proceso constitucional.
 32. La aceptación de las cuotas, que es un tipo de mediada especial, ha sido expresamente reconocido en las sentencias Rol 410, del 14 de junio del 2004, sobre subvención escolar y en la Sentencia Rol 2777, de fecha 30 de marzo del 2015, resolviendo requerimiento contra proyecto de ley de proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por un sistema electoral de carácter proporcional inclusivo.

VII. Normas constitucionales vigentes

Previamente hemos dado razones a favor de reemplazar parte de la actual redacción y básicamente agregar nuevos aspectos no contemplados, que la perfeccionan. Pero la norma vigente hoy contiene otras disposiciones, como las frases “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.” ¿Tiene sentido mantenerlas? Desde un punto de vista estrictamente normativo no parecen haber razones fuertes para ello. En el caso de la prohibición de personas o grupos privilegiados, que proviene ya desde la Constitución de 1833³³, no es sino una manifestación del principio de igualdad y no discriminación. Respecto a la frase siguiente, ella ha sido mantenida en las constituciones chilenas³⁴ desde que en 1823 se abole la esclavitud, siendo evidente que ese estado es una gravísima contravención de los valores de igualdad y libertad que aseguran nuestro derecho constitucional. Por ello, al igual que en el caso anterior, no posee una necesaria función normativa. Sin embargo, ambas frases poseen en un valor simbólico que conectaría un nuevo texto con el inicio de la República, que se fundó en el rechazo a una sociedad estamentaria y a la práctica universal de la esclavitud existente al momento de la independencia. Por esa razón hay un motivo para conservarlas.

Respecto a la frase sobre la igualdad entre hombres y mujeres, agregada en 1999, que más bien parece un acto de contrición que una disposición útil, pues es claro que el

33. Aunque en ese texto el término era “clase privilegiada”, lo que fue luego modificado en el Comisión Ortúzar por la actual redacción.

34. Al menos en las de 1828, artículo 11; 1833, artículo 132; 1925, artículo 10, número 1.

principio de la igualdad se asegura respecto a hombres y mujeres, dado que se espera que el nuevo texto constitucional reconocerá en forma mucho más extensa y acorde a los estándares internacionales la igualdad de género, no parece por ello pertinente mantener esa frase.

Síntesis

Como se ha visto en esta minuta la igualdad y la no discriminación son pilares fundamentales del sistema de derechos humanos. En este sistema los estados deben asegurar la igualdad ante la ley a todos los habitantes y una igual protección en el ejercicio efectivo de los derechos, descartando así las igualdades puramente formales y asegurando, además, la igualdad de facto. La discriminación se ha entendido como una distinción, exclusión o restricción o preferencia u otro trato diferente que no es racional o proporcional. Por otra parte, en el derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado el concepto de las categorías prohibidas, es decir, los casos o circunstancias en las que se prohíbe discriminar. Al respecto, se ofrecen dos fórmulas de cláusula. Una sin esas categorías, pero haciendo referencias a las normas de tratados y otra con, agregando el listado actualmente contemplado en la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, que es el más actualizado, hasta la fecha.

Por otra parte, el derecho internacional de los derechos humanos ha distinguido varios tipos de discriminación, los que deben estar presentes en la Constitución. Ellos son los de discriminación directa e indirecta, de jure o de facto, múltiple y sistémica. En los casos de discriminaciones estructurales o históricas se exige que los estados dispongan medidas especiales que busquen sacar a los grupos o sectores en esas circunstancias, las que pese a favorecer temporalmente a un determinado grupo sobre otros no se consideran por ello discriminaciones. Finalmente, hay algunos elementos de la actual cláusula que por ser consistentes con el derecho internacional y representar una tradición histórica vale la pena mantener por razones simbólicas.

Cláusula Propuesta para la Nueva Constitución



La igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio efectivo de los derechos. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavitud y el que pise su territorio queda libre.

Alternativa 1 de segundo inciso

Se prohíbe la discriminación tanto de hecho como de derecho. Se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente, en cualquier ámbito público o privado, que carezca de justificación razonable en una sociedad democrática o sea desproporcional y que tenga por objeto o resultado afectar el goce efectivo, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes, en especial cuando ella se funde en alguno de los motivos contemplados en esos tratados. En los casos en que coincidan dos o más motivos de discriminación habrá un deber especial de preocupación por parte del Estado. Quien establezca distinciones deberá justificarlas.

Alternativa 2 de segundo inciso

Se prohíbe la discriminación tanto de hecho como de derecho. Se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente, en cualquier ámbito público o privado, que carezca de justificación razonable en una socie-

dad democrática o sea desproporcional y que tenga por objeto o resultado afectar el goce efectivo, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes, en especial cuando esté basada en motivos de nacionalidad, raza, origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra. En los casos en que coincidan dos o mas motivos de discriminación habrá un deber especial de preocupación por parte del Estado. Quien establezca distinciones deberá justificarlas.

La ley podrá autorizar las medidas especiales temporales destinadas a asegurar el igual goce efectivo de los derechos, en especial en los casos de grupos o categorías de personas históricamente discriminados. La adopción de estas medidas no se considerará discriminación.