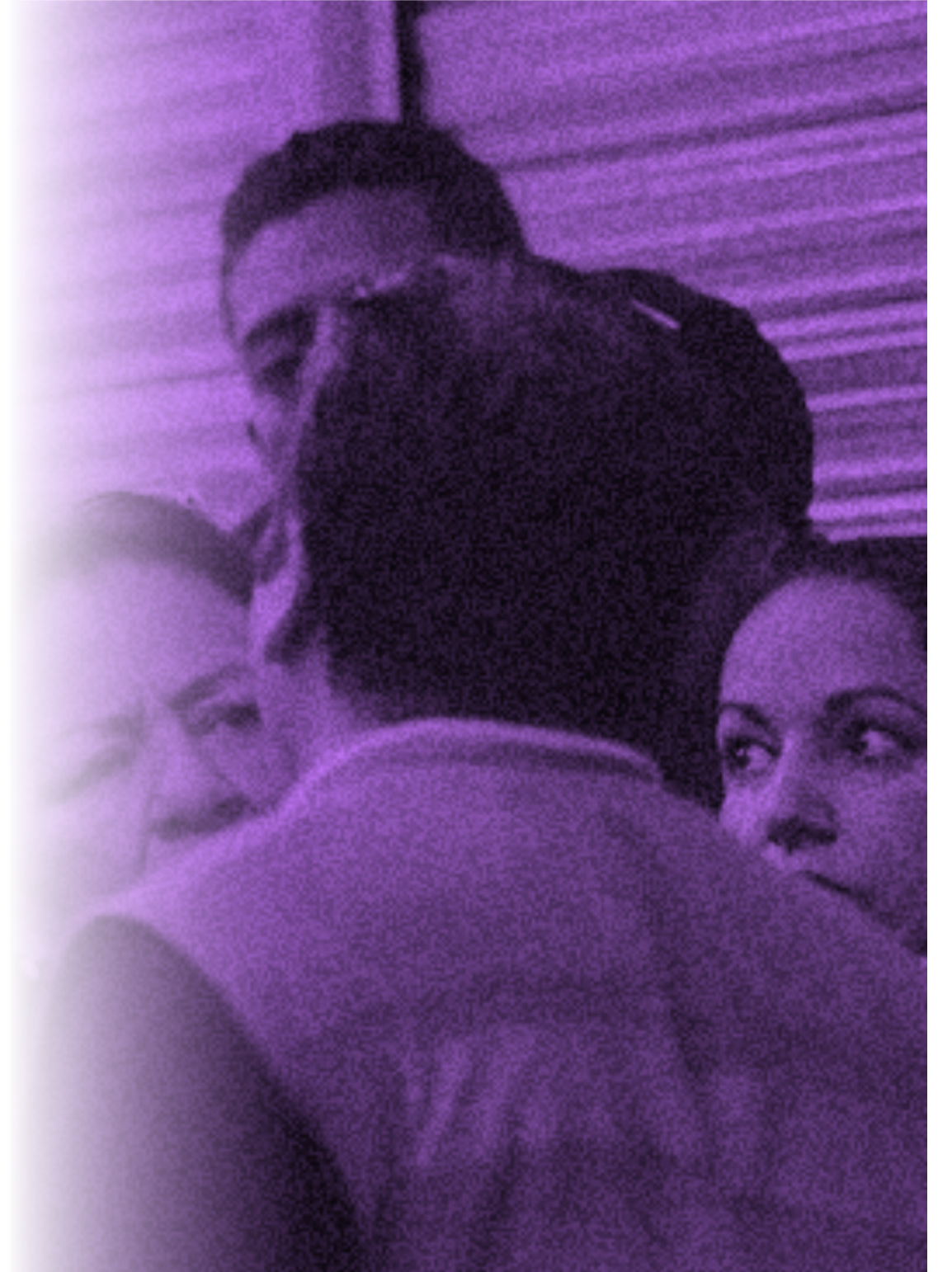


**COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.**

**COMISIÓN DE DIVERSIDAD
E INCLUSIÓN DEL COLEGIO
DE ABOGADOS**



Informe sobre diversidad e inclusión y nueva constitución

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

por Rebeca Zamora



Chile está desarrollando el proceso político y jurídico más importante de los últimos años a través de la discusión de la nueva constitución.

Como Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados queremos colaborar con este proceso mediante el desarrollo de insumos que promuevan el debate.

Se le pidió a algunos integrantes preparar un documento de estudio sobre algunas áreas temáticas relevantes desde la perspectiva de la diversidad e inclusión y que deberían ser discutidos en el nuevo texto constitucional.

Cada documento representa la opinión del autor, sin constituir la opinión de la Comisión de Diversidad e Inclusión o del Colegio de Abogados.

Este texto forma parte de estos documentos para el debate. Este capítulo fue preparado por Rebeca Zamora. Abogada de Rebeca Zamora, es abogada de la Universidad de Chile, profesora de Derecho Penal en la Universidad Central y Universidad Gabriela Mistral, Secretaria Ejecutiva de la World Compliance Association, miembro de Women in Compliance Chile, desde 2018, integrante de la Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados. La autora de este texto agradece el apoyo de Beatriz Riveros e Isidora Gómez, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1. Introducción

Dentro de las bases de un Estado Democrático Constitucional de Derecho necesariamente encontramos el principio de igualdad y no discriminación. El marco jurídico internacional de los Derechos Humanos contiene instrumentos internacionales para combatir la discriminación de manera específica, incluida la que afecta a los pueblos indígenas, migrantes, minorías, personas con discapacidad o a la mujer, y también la discriminación de tipo racial y religiosa o la que está basada en la orientación sexual y el género.

En el marco del proceso constituyente que actualmente vive nuestro país, se hace imperioso adecuar nuestra norma fundamental a dichos parámetros, toda vez que el combate a la discriminación no es un pilar sobre el que descansa plenamente nuestro derecho.

Dentro del catálogo de garantías fundamentales del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR), el N°2 garantiza la igualdad ante la ley señalando que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados y que hombres y mujeres son iguales ante la ley, agregando que “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, lo que sin duda no es suficiente para entender que el legislador ha prohibido la discriminación de manera general y completa.

En efecto, la no discriminación solo es mencionada a propósito de la garantía N°16 del artículo 19 de la CPR “*La libertad de trabajo y su protección*”, que se reconoce que “*Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución*” y agrega que “*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*”. De ese modo, la constitución se ha encargado de prohibir la discriminación de manera expresa únicamente en el ámbito laboral. No obstante, sabemos que ese es solo uno de los espacios donde podrían producirse situaciones de discriminación.

2. Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación

La Ley N° 20.609 en su artículo 2° establece, al definir la discriminación arbitraria, la asimila a toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, que podrá producirse en circunstancias motivadas por 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 maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Si bien esta definición contempla las causales (categorías sospechosas) que más frecuentemente son motivo de discriminación, esta enumeración no es taxativa, pudiéndose identificar situaciones discriminatorias que se basen en circunstancias no previstas en este catálogo, pero que puedan ser igualmente consideradas arbitrarias. Sin perjuicio de lo anterior, conforme a la propia ley, pueden considerarse razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental.

La Ley N° 20.609 en su artículo 1° obliga a cada uno de los órganos de la Administración del Estado a elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona sin discriminación alguna, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

No puede negarse que esta Ley ha constituido un avance en otorgar mayor protección de la igualdad y no discriminación. Sin embargo, no puede dejar de criticarse que no pondera debidamente la discriminación ante caso de concurso o en el ejercicio de derechos constitucionales; no incorpora la discriminación indirecta (práctica o regulación que siendo en principio neutral, causa una desventaja particular), múltiple o agravada, estructural e histórica; ni tampoco una regla de inversión de la carga probatoria a favor de las víctimas, que sí funciona en materia de tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Estas deficiencias son patentes y su corrección se avendría con el derecho internacional de Derechos Humanos.

Por otro lado, la Ley podría incorporar la promoción de la igualdad, estableciendo mecanismos tales como medidas especiales temporales, acciones afirmativas o discriminación positiva. Sin embargo, su modificación no ha sido una cuestión pacífica y por lo mismo, pareciera que el proceso constituyente es propicio para este reconocimiento.

3. Panorama del Derecho Internacional

Existen sólo cuatro tratados de Derechos Humanos que contienen definiciones explícitas de discriminación. Específicamente:

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece en el artículo 1:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”

3.1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece en su artículo 1

“En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública

3.2. La Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) establece en su artículo 1

“A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial...”

3.3. El Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (N° 111) establece en su artículo 1

“A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada por Chile en 1990, establece en su artículo 1 número 1:

“Los Estados Parte 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.”

En esta disposición se contempla la obligación para los estados parte de respetar los derechos presentes en esta convención, sin discriminación alguna. Sin embargo, no es una normativa muy exhaustiva que se refiera de manera especializada a el tratamiento y protección contra la discriminación. Tampoco se establece explícitamente una manera de hacer efectiva esta garantía, por lo que su protección y fiscalización queda a cargo de la regulación interna de cada Estado. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones judiciales ante la Corte Interamericana (v. e. *Atala v/s Chile*).

4. Regulación Constitucional Comparada

Parece apropiado observar lo que ha ocurrido en las constituciones de otros países, por lo que a continuación se hace referencias a aquellas que nos han parecido más atingentes.

4.1. Nepal²

12. Citizenship with identity of descent and gender: A person who obtains the citizenship of Nepal by descent in accordance with this Constitution may obtain a certificate of citizenship of Nepal with gender identity by the name of his or her mother or father.

El artículo 12 de la constitución de Nepal señala que podrán establecer en su cédula de identidad con el género con el cual se identifican.

18. Right to equality:

(1) All citizens shall be equal before law. No person shall be denied the equal protection of law.

² *Constitution of Nepal*. (s/f). Gov.np. Recuperado el 27 de agosto de 2021, de: <https://www.lawcommission.gov.np/en/archives/category/documents/prevaling-law/constitution/constitution-of-nepal>

(2) No discrimination shall be made in the application of general laws on grounds of origin, religion, race, caste, tribe, sex, physical condition, condition of health, marital status, pregnancy, economic condition, language or region, ideology or on similar other grounds.

(3) The State shall not discriminate citizens on grounds of origin, religion, race, caste, tribe, sex, economic condition, language, region, ideology or on similar other grounds. Provided that nothing shall be deemed to prevent the making of special provisions by law for the protection, empowerment or development of the citizens including the socially or culturally backward women, Dalit, indigenous people, indigenous nationalities, Madhesi, Tharu, Muslim, oppressed class, Pichhada class, minorities, the marginalized, farmers, labours, youths, children, senior citizens, gender and sexual minorities, persons with disabilities, persons in pregnancy, incapacitated or helpless, backward region and indigent Khas Arya. Explanation: For the purposes of this Part and Part 4, “indigent” means a person who earns income less than that specified by the Federal law.

El artículo 18, el cual se encuentra ubicado en la parte correspondiente al catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos, establece que todos los ciudadanos serán iguales ante la ley y que a nadie se le privará de la protección de esta. Además, en su número dos, señala que no se efectuará discriminación en la aplicación de la ley por temas de origen, religión, raza, etc. pero, hace hincapié en que la ley no discriminará por sexo.

Además, en el número tres se observa cómo se destaca que el estado no discrimina y efectuará una protección, empoderamiento y desarrollo especial a un listado de “grupos desfavorecidos”, entre ellos estando las “*minorías sexuales y de género*”.

4.2. Sudáfrica³

3. The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social

³ Republic of South Africa. (s/f). *Constitution of the Republic of South Africa, 1996 - Chapter 2: Bill of Rights*. South African Government. Recuperado el 27 de agosto de 2021, de: <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#12>

origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

En relación al catálogo de derechos, nuevamente se observa que el estado no podrá discriminar directa o indirectamente a personas por su género, sexo u orientación sexual. Lo relevante en este caso, es que la misma constitución hizo una distinción entre género y sexo al enlistarlos de manera separada (al igual que en el caso de Nepal).

Además, en relación con el matrimonio homosexual, la constitución en su sección sobre “Libertad de creencias, religiones y opiniones” establece que no habrá legislación que prevenga el matrimonio que se dé ante reglas de sus creencias personales. Por lo que, la Ley de Unión Civil (a pesar de su nombre) permite a dos personas del mismo género casarse y llamarle matrimonio a dicha unión, teniendo los mismos efectos que la Ley de Matrimonio.

39. Interpretation of Bill of Rights:

1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum

- a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;*
- b. must consider international law; and*
- c. may consider foreign law.*

2. When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.

3. The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.

Esto es importante, ya que se toma en consideración lo que dicta el Tribunal Constitucional, y esta ha declarado que la sección también debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la discriminación contra las personas transgénero.

4.3. Ecuador⁴

⁴ Asamblea Nacional. (2011, octubre 20). *Constitución 2008*. Constitución de Bolsillo. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Establece en la Constitución del año 2008, la cual se encuentra vigente actualmente un listado de derechos que son ampliamente reconocidos.

En primer lugar, se establece que estos derechos reconocidos se regirán de acuerdo a los principios:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

En segundo lugar, establece una serie de derechos que tienen relación con la libertad. Estos se encuentran en el Capítulo Sexto: Derechos de Libertad:

Art 66 N°4: Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Art 66 N°5: El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

Art 66 N°9: El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

Además, cabe mencionar que en su artículo primero, se establece que es un Estado “(...) constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”

4.4. Bolivia⁵

⁵ Bolivia. (2008, octubre). *Nueva Constitución Política del Estado*. Oas.org.
http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_constpolitica.pdf

En esta Carta Fundamental, el país parte reconociéndose como un “*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías*” (Art 1°)

En su Título II se establece el catálogo que corresponde a los derechos fundamentales que esta Constitución reconoce. El artículo más relevante en lo que respecta a no discriminación e igualdad se expresa en:

Art 14: II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

Esta Carta Fundamental no tiene un amplio abordaje en relación a una efectiva protección de los derechos de grupos LGBTQI+, únicamente prohíbe y castiga cualquier forma de discriminación contra aquellos. No obstante, establece una amplia regulación sobre los derechos que tienen relación con la interculturalidad, y los pueblos indígenas.

4.5. Portugal⁶

Establece:

Artículo 13: Principio de igualdad

- 1. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley.*
- 2. Nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de algún deber por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, educación, situación económica, circunstancias sociales u orientación sexual.*

Principalmente a través de este artículo realiza una protección constitucional a las distintas orientaciones sexuales.

⁶ Constituteproject. (2021, agosto 26). *Constitución de Portugal, 1976, con enmiendas hasta 2005*. Constituteproject.org. https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es

4.6. México⁷

Esta Carta Fundamental, consagra en su primer artículo una prohibición expresa a la discriminación hacia las personas por su orientación sexual.

Art 1: Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

5. Ideas para una nueva Constitución

La revisión de las constituciones comparadas da cuenta de la técnica legislativa utilizada en otros países en orden a establecer una prohibición de discriminación en el texto constitucional y no relegarlo a una ley de menor rango.

En ese sentido, la única manera de utilizar las leyes para defender la igualdad de derechos y conseguir su participación plena y en igualdad, es establecer un marco jurídico constitucional robusto para prevenir y combatir todas las formas de discriminación y violencia contra todas las personas.

Por ello, sería prudente que al establecer las Bases Generales del Estado, se reconozca el principio de igualdad como base de nuestra sociedad.

⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. (1917, febrero 5). *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*. Gob.mx.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf