

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, que establece que el Estado debe eliminar los obstáculos que, de hecho, impidan el pleno desarrollo de las personas.

BOLETÍN Nº 8.871-07

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía tiene el honor de presentaros su primer informe sobre el proyecto de reforma constitucional de la referencia, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia, Juan Pablo Letelier Morel y Patricio Walker Prieto.

En sesión de 9 de abril de 2013, se dio cuenta de la iniciativa en la Sala de la Corporación, disponiendo su estudio por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y, luego, por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Con posterioridad, se modificó el acuerdo y se eximió a esta última de su estudio en general, acordándose que lo informara sólo en la discusión particular.

El proyecto de reforma constitucional fue discutido en general y en particular por tratarse de un proyecto de artículo único, en virtud del artículo 127 del Reglamento del Senado. No obstante lo anterior, acordó proponer a la Sala del Senado que sea considerado sólo en general.

A una o más de las sesiones en que se analizó esta iniciativa legal asistió, además de sus miembros el Honorable Senador señor Carlos Ignacio Kuschel Silva.

También, concurrieron:

Del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Asesor Legislativo, señor Pedro Pizarro.

Del Instituto Nacional de Derechos Humanos: la Asesora Legislativa, señora Elvira Oyanguren y los Abogados señora Diana Maquilon y señor Luis Torres.

Del Movimiento Social Emancipador de Personas en Situación de Discapacidad: las Dirigentas, señoras Sol Gutiérrez y Cecilia Aguayo, y el Presidente Regional, señor César Rodríguez.

De la Universidad ARCIS, Proyecto SENADIS: la Coordinadora de Ejecución, señora Daniela Zuzarte y el Tutor, señor Fabián Torres.

Del Consejo Comunal para la Discapacidad, el Presidente Comunal de Quilpué, señor Guillermo Zavala.

Del Instituto Igualdad, la Asesora Legislativa, señora Karina Uribe.

La Abogada María Soledad Cisternas, Magister en Ciencia Política, Profesora en Derecho y Presidenta del Comité ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su Asistente, señora Marcela San Martín.

De la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad OTD, la Encargada de Incidencia Política, señora Jenny Arriaza.

Del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh): el Presidente, señor Rolando Jiménez y el Asesor del Área Jurídica, señor Alan Spencer.

Del Movilh-Valparaíso: la vocera, señora Roxana Ortiz; el Psicólogo, señor Alberto Retamal y la abogada señora Rubi Cabrera.

De la Universidad de Murcia, España, la señora Nuría Illán y señor Francisco Maños de Balanzó.

De Fundación Cpued, el Presidente, el señor Jaime Contesse; la Directora, señora Carola Troncoso; los Abogados señora Monserrat Moya y señor Roberto Peralta, y los alumnos señorita Carolina Subiri y señor Raimundo Parodi.

De la Biblioteca del Congreso Nacional, la Encargada de Inclusión, señora Paola Santibáñez y el Investigador, señor Christian Finsterbusch.

El Asesor de la Honorable Senadora señora Pérez, señor Renato Rodríguez.

El Periodista del Honorable Senador señor Gómez, señor Gustavo Rojo.

- - -

OBJETIVO DEL PROYECTO

El proyecto de reforma constitucional tiene por objetivo consagrar en la Carta Fundamental la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que, limiten de hecho, la igualdad y la libertad, e impidan el pleno desarrollo de la persona.

Para ello, deberá promover medidas de acción afirmativas, que garanticen el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, ratificados por Chile.

- - -

NORMA DE QUÓRUM ESPECIAL

Cabe hacer presente que, por tratarse de un proyecto de reforma constitucional que recae sobre una norma del Capítulo III de la Carta Fundamental, se requiere para su aprobación de las dos terceras partes de los Senadores en ejercicio, de conformidad al artículo 127 de la Constitución Política de la República.

- - -

ANTECEDENTES

Para el estudio de esta iniciativa de reforma constitucional, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes antecedentes:

I. ANTECEDENTES JURÍDICOS

1.- La Constitución Política de la República, en especial sus artículos 1°, 19 numerales 1°, 2°, 3°, 16°, 17° y 22°.

2.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3.- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

4.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

5.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

6.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

7.- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

8.- Convención Sobre los Derechos del Niño.

9.- Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión de personas con discapacidad.

10.- Ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad.

11.- Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

12.- Ley N° 20.530, que creó el Ministerio de Desarrollo Social.

13.- El Código del Trabajo.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

La Moción que da origen al proyecto de reforma constitucional fundamenta la iniciativa en siete considerandos, a saber:

Uno, que la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, de conformidad al artículo 1°; que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley; la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; la libertad de trabajo y su protección; la admisión a todas las funciones y empleos públicos, y la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, consagrados en los numerales 2°, 3°, 16°, 17° y 22° de la Carta Fundamental.

Dos, que los antecedentes que derivan de la historia de la Carta Fundamental, Comisión Ortúzar, a propósito de la discusión del mencionado artículo 19 numeral 22°, que consagra la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, destacan que el análisis del concepto de discriminación dispositiva que se hizo en dicha Comisión es parte de la

igualdad ante la ley, derecho que debe considerar la situación de las personas que por una determinada circunstancia se encuentran en desventaja.

Señala que en la Sesión N° 389, de 27 de junio de 1978, la Comisión continúa el estudio del mentado precepto constitucional sobre el Orden Público Económico y extracta las siguientes intervenciones:

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

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

El señor BERTELSEN confiesa verse obligado a criticar de nuevo el Acta Constitucional N° 3 (...) Advierte que la voz “discriminar” posee dos acepciones. Supone que la primera -“separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”- es la que se ha tenido en vista al redactar el texto comentado, en el deseo de significar que hay discriminaciones arbitrarias, que se prohíben, y discriminaciones razonables o justas, que se permiten. No obstante, cree no equivocarse si afirma que la segunda acepción -“dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, etc.”- es la que se emplea en el lenguaje corriente de Chile. Concluye que, en virtud de esta consideración, habría preferido decir en el Acta: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.”.

Del mismo modo, menciona la Sesión N° 393, de 4 de julio de 1978, en que continúa el debate relativo a no establecer discriminaciones arbitrarias y el trato que recibirá el Estado en su actividad empresarial y, reproduce lo siguiente:

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

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

Por último, recuerda la Sesión N° 397, de 11 de julio de 1978, en que continúa la discusión sobre el Orden Público Económico, específicamente, acerca del texto del artículo 19, numeral 22° de la Carta Fundamental, el que originalmente contemplaba un inciso tercero, y cita lo siguiente:

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

Así se acuerda.

El señor GUZMÁN precisa que la disposición puede consagrarse en dos formas específicas: primera, que el beneficio se otorgue por causas justificadas, y segunda, incorporarla entre las materias que figuran bajo la expresión “Sólo en virtud de una ley se puede”, o ubicarla en la preceptiva en debate: “Sólo una ley especial podrá autorizar...”, porque en este caso se aplica en forma inequívoca la norma general de que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias.

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

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

Tres, que en nuestro ordenamiento jurídico se han reconocido acciones afirmativas, y menciona, al efecto, la ley N° 20.422 que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad y la ley N° 20.530 que creó el Ministerio de Desarrollo Social, en particular en su artículo 2°, número 2). Además, señala que se han reconocido acciones positivas en la regulación de la discriminación en el Código del Trabajo.

Cuatro, que existe abundante doctrina que trata este tema, destacando a la jurista Cecilia Medina, especialista en derecho internacional de los derechos humanos, quien ha sostenido que “las acciones afirmativas son modalidades del cumplimiento deber de garantizar el goce de los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación, por parte de los Estados. La necesidad de emprender acciones positivas está dispuesta desde el momento que corresponde a los Estados garantizar el goce de los derechos. Ningún tratado de derechos humanos tiene como objetivo sólo la igualdad formal; también se exige igualdad de facto”.

Resalta que, actualmente, las acciones afirmativas o la discriminación inversa corresponde a una herramienta social tendiente a corregir determinadas situaciones de desigualdad injusta, y que por aplicación del principio de igualdad se debe tratar a todas las personas con igual consideración y respeto, y cita al filósofo Ronald Dworkin, quien subraya que es necesario preguntarse cuáles desigualdades en bienes, oportunidades y libertades se permiten y por qué.

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

Asimismo, da cuenta que el filósofo político John Rawls sostuvo que “con el objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables”. A mayor abundamiento, cita al jurista Norberto Bobbio quien entiende que “(...) una

desigualdad se convierte en un instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente”.

Bajo este contexto, resalta que la prohibición de discriminar se refiere sólo a la discriminación arbitraria o injusta, que no cabe dentro de la discriminación inversa.

Cinco, que en materia de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha fallado recogiendo el principio de discriminación inversa, y destaca los casos que a continuación se indican:

a) Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N°4.

“Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”. “No habrá pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”.

b) Corte I.D.H., Caso del Pueblo de Saramaka. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N°172.

“Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida (...).

Seis, que respecto a nuestro país, destaca que la Excelentísima Corte Suprema también se ha pronunciado sobre este tema, resolviendo que “El principio de igualdad ante la ley (...) se traduce en el amparo de bienes jurídicos y valores humanos de carácter político social, e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideologías u otros atributos estrictamente particulares; pero no es obstáculo para que el legislador pueda contemplar circunstancias especiales que afecten a ciertos sectores o grupos de personas y darles tratamientos de los que gozan otros, siempre que las reglas obliguen a todos los que están en la misma situación o condición, porque es característica de la norma jurídica su generalidad, aunque relativa, en cuanto debe tener vigencia sobre todos los gobernados o, por lo menos, respecto de todos los que se hallen en las circunstancias contempladas por el legislador al establecer la regla de derecho”.

Siete, que desde la perspectiva del derecho comparado las Constituciones, en general, no hacen una mención expresa a la discriminación positiva, puesto que a partir de consensos sociales recogidos por la doctrina, como por la jurisprudencia constitucional y judicial de cada país, se ha entendido que la discriminación implica necesariamente recoger las diferencias para establecer acciones afirmativas que permitan competir, ya sea en la postulación a un empleo o en normas de participación política, a determinadas personas que, por su condición, se encuentran en desventaja.

En este sentido, menciona la Constitución Española que en su artículo 14 si bien no recoge explícitamente la denominada discriminación positiva, el Tribunal Constitucional la ha incluido como una de las circunstancias objeto de protección al máximo nivel ante los tribunales ordinarios y ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo. Del mismo modo, señala la Constitución de Francia, Bolivia y de Argentina.

Resalta que existen tres Constituciones que mencionan expresamente la discriminación positiva, como la Constitución Italiana, que en su artículo 3° establece: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

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

En el mismo sentido, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 11 dispone: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley.

Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

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

Así también, la Constitución de la Provincia Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 11, luego de consagrar la igualdad ante la ley dispone:

“Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social.”.

Lo mismo sucede con la Constitución de Tucumán, que en artículo 24 dispone:

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

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

Finalmente, luego de los antecedentes expuestos, la Moción propone aprobar la reforma constitucional en estudio.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

Durante la discusión en general del proyecto de reforma constitucional, concurren especialmente invitados a exponer sus puntos de vista las siguientes entidades y especialistas en la materia, representados de la manera que en cada caso se indica:

- El Movimiento Social Emancipador de Personas en Situación de Discapacidad: las representantes, señoras Sol Gutiérrez y Cecilia Aguayo, y el Presidente Regional, señor César Rodríguez.

- La Abogada María Soledad Cisternas, Magister en Ciencia Política, Profesora en Derecho y Presidenta del Comité ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- La Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad OTD, la Encargada de Incidencia Política, señora Jenny Arriaza.

- El Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh): el Presidente, señor Rolando Jiménez y el Asesor del Área Jurídica, señor Alan Spencer.

- La Fundación Cpued, dedicada a la integración de las personas Down y sus familias en sociedad, representada por la Profesora de la Universidad de Murcia, señora Nuria Illán, especialista en materia de integración de personas con discapacidad a una vida autónoma.

Cabe hacer presente que el Abogado experto en Derecho Constitucional, señor Miguel Ángel Fernández y la Doctora en Derecho, señora Alejandra Zúñiga Fajuri, acompañaron su opinión por escrito, las cuales se acompañan en anexo al presente informe.

En síntesis, el Abogado señor Fernández concluye que la Constitución admite las acciones afirmativas. Más todavía las exige, conforme a sus artículos 1° inciso quinto, 5° inciso segundo y 19° número dos, sin que el suscrito visualice la necesidad de incorporar una cláusula como la propuesta.

A su vez, la Abogado señora Alejandra Zúñiga señala que la iniciativa resulta apropiada por dos fundamentales razones: primero, legítimas medidas que son obligatorias desde el punto de vista del principio de igualdad reconocido en la Constitución y en la legislación internacional, y segundo facilita la incorporación de normativas que siguen la ruta marcada por la experiencia comparada e internacional en materia de leyes de cuotas de género en diversos ámbitos, políticos, laborales, educativos y otros.

Al iniciar la discusión en sesión 15 de mayo de 2013, el **Honorable Senador señor Letelier** explicó que esta reforma constitucional consagra la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que de hecho impiden el pleno desarrollo de las personas. Hizo presente que la Carta Fundamental parte del supuesto de que todos enfrentan la vida en igualdad de condiciones y como tal están en condiciones de ejercer sus derechos, sin embargo, dijo, en la práctica, esto no es así. Por ello, argumentó, la reforma constitucional busca promover un marco general que permita al Estado establecer acciones afirmativas, que garanticen el goce y el ejercicio de los derechos de todas las personas, tal como está reconocido en los tratados internacionales ratificados por Chile.

Informó que en la redacción del proyecto se tuvo a la vista la legislación de Ecuador, que cuenta con normas constitucionales y legales de discriminación inversa y citó, a modo de ejemplo, la obligación que recae sobre toda empresa o repartición pública de contratar una cierta cantidad de personas con capacidades distintas. Al efecto, reseñó que la Carta Fundamental reconoce la obligación del Estado de generar las condiciones para eliminar los obstáculos que impiden la integración plena en igualdad de condiciones.

De esta forma, explicó, se propone agregar en el numeral 2º, del artículo 19 de la Constitución Política de la República un inciso tercero, nuevo, con el objeto de establecer la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que limiten de hecho la igualdad y la libertad que impiden el pleno desarrollo de las personas. Asimismo, destacó que se mandata al Estado promover medidas de acción afirmativas, que garanticen el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales suscritos por Chile.

En seguida, el **Honorable Senador señor Gómez** destacó la importancia de aprobar esta reforma constitucional, por cuanto genera una discriminación positiva y una obligación del Estado de cumplir objetivos que actualmente no están bien resueltos, a pesar de que existan normas legales que abordan el tema. En este sentido, destacó la Constitución de Tucumán, que señala que el Estado Provincial deberá promover medidas de acción positivas y eliminar los obstáculos para garantizar una igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos de las personas.

A continuación, la Comisión recibió a la **representante del Movimiento Social Emancipador de Personas en Situación de Discapacidad, señorita Sol Gutiérrez**, quien reflexionó que al pensar en la noción de ciudadano necesariamente se debe remontar a la civilización griega, en donde sólo eran ciudadanos quienes participaban en el areópago o quienes tenían bienes y esclavos. Al efecto, sostuvo que sólo ellos podían discutir, con derecho a voz y a voto, lo que era bueno para la sociedad de la época.

En seguida, hizo presente que una reforma constitucional de esta naturaleza debe concebir a la discapacidad en su integralidad, para lo cual sugirió la revisión de ciertos conceptos formales y ético políticos, consagrados en la Carta Fundamental. Dicho esto, arguyó que antes de aprobar o rechazar una reforma de tal envergadura, sería necesario considerar una serie de aspectos que son importantes.

En primer lugar, señaló que la discapacidad es un problema político, pues conmina a tomar una posición que se constituye como una condición social y cultural. Al efecto, consideró que la discapacidad en sí misma no calza con el modelo económico actual basado en la productividad, la eficiencia y la competitividad, por lo que las personas en situación de discapacidad no tienen el espacio acorde a lo señalado en los tratados sobre derechos humanos, lo que estima aberrante y no se condice con la condición de ciudadanos bajo la cual se supone que todos los chilenos nacen.

Por otra parte, se refirió al numeral 1°, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y cuestionó el tipo de garantías a que se refiere esta norma. En efecto, dijo, de acuerdo a su tenor literal pareciera que a los discapacitados que padecen alguna desventaja física sensorial o psicosocial no se les garantiza su integridad.

En esta misma línea, hizo notar el trato discriminatorio al cual se ven expuestos diariamente, en especial en el ámbito de la salud, educación y trabajo. Reparó que el Estado y la sociedad tienden a propinar tratos indignos que perturban la tranquilidad psíquica. Bajo este contexto, insistió en el cuestionamiento del concepto de integridad que recoge la Constitución Política de la República.

En cuanto al proyecto de reforma constitucional, observó que no hace una referencia expresa a las personas en situación de discapacidad y que tampoco reconoce su calidad de ciudadano y de sujeto de derecho. Lo anterior, se explica a su juicio, porque las personas discapacitadas sólo pudieron acceder al voto a partir del año 2007.

Remarcó que mientras el Estado de Chile no reconozca constitucionalmente a las personas en situación de discapacidad como sujetos de derecho, no se garantizará la plena integración de los discapacitados, no obstante existir tratados internacionales suscritos por nuestro país y normas aprobadas en la materia. Por tanto, exigió su reconocimiento constitucional y terminar con el modelo del Estado benefactor, paternalista y asistencialista, además de demandar oportunidades y respeto de sus derechos humanos.

En seguida, expuso la **representante del Movimiento Social Emancipador de personas en Situación de Discapacidad, señora Cecilia Aguayo**, quien informó que el Movimiento, que aglutina a 1.300 instituciones inscritas, desde Arica hasta Punta Arenas, surgió como consecuencia de ser vulnerados sus derechos, en particular, por no haber podido postular a los fondos concursables que el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) otorga cada año.

Manifestó su esperanza que a nivel constitucional se reconozcan los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad y destacó la necesidad imperiosa de alcanzar una accesibilidad universal, que les permita contar con espacios físicos adecuados, como el uso de rampas, ascensores habilitados para sillas de ruedas o semáforos con dispositivos sonoros para ciegos, además de una accesibilidad comunicacional, facilitando a las personas con sordera comunicarse con las que manejen el lenguaje de señas y a los ciegos acceder al sistema braille.

Comentó, también, las barreras arquitectónicas que enfrentan. Sobre el particular, llamó la atención respecto a que si bien reconocen los esfuerzos de los gobiernos por construir casas especiales para discapacitados, se olvidan que también tienen derecho a visitar a otras personas y no se dan las condiciones para ello. Del mismo modo, continuó, una persona puede quedar discapacitada con posterioridad a la adquisición de su vivienda. De esta forma, sentenció que a los discapacitados se les ha relegado a vivir encerrados bajo cuatro paredes.

Por otra parte, en cuanto a las normas que han intentado regular el tema de la discapacidad, criticó la ley N° 19.284, sobre integración social de las personas con discapacidad, que entró en vigencia en el año 1992, porque no tuvo una aplicación eficaz, pues no establecía con claridad la figura del sancionador y del infractor.

En seguida, hizo presente a Sus Señorías la necesidad de constituir una comisión investigadora permanente en el Congreso Nacional para determinar responsabilidades flagrantes frente al incumplimiento de la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Al efecto, argumentó que los adultos mayores y los jóvenes han tenido comisiones investigadoras, pero no los discapacitados, quienes necesitan con urgencia que se fiscalice a los entes que trabajan en materia de discapacidad.

A mayor abundamiento, señaló que en materia de discapacidad interactúan: el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS); la Comisión Médica, Preventiva e Invalidez (COMPIN), que determina el grado de discapacidad; las mutuales, para accidentes y enfermedades laborales, y las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). No obstante, reparó, no existe coordinación entre estas cuatro entidades. Precisó que el COMPIN reconoce a dos millones de discapacitados y que el SENADIS sólo computa a 176.000 personas inscritas como discapacitados.

En esta misma línea, observó que las mutuales no son fiscalizadas y tampoco la relación entre el COMPIN y las AFP. Al efecto, reseñó que COMPIN es el único organismo gubernamental que acredita el tipo y el grado de discapacidad de una persona y acotó que esta evaluación la realiza una asistente social y el médico tratante de quien requiere la calificación. A su vez, reparó que las AFP contratan a comisiones médicas para examinar a las personas que sufren un accidente laboral, por lo que en la mayoría de los casos su opinión favorece a las AFP. En su opinión, el COMPIN es quien debe determinar si una persona es o no discapacitada y no la comisión médica de la AFP.

Adicionalmente, señaló que las instituciones privadas como las fundaciones o corporaciones vinculadas a la discapacidad tampoco son fiscalizadas. A modo de ejemplo, mencionó el caso del Instituto de Rehabilitación Infantil (TELETÓN), el cual recibe importantes sumas de dinero y sólo atiende a la discapacidad física de los menores entre 0 a 18 años. Al efecto, reparó que no beneficia a ciegos, sordos y mudos.

Del mismo modo, exigió una investigación y un sumario a los hospitales psiquiátricos, que abusan de las personas que tienen una discapacidad psicosocial, y las usan para experimentar diversos tratamientos y medicamentos, sin su conocimiento.

En cuanto a la fiscalización de las mutuales, comentó que éstas son entidades de salud, sin fines de lucro, creadas para atender a los trabajadores que han sufrido accidentes o enfermedades laborales. Acotó que los accidentes laborales o de trayecto son determinados por las comisiones médicas internas, las cuales actúan como juez y parte aplicando de manera abusiva los artículos 77 y 77 bis de la ley N° 16.744, que disponen que la dolencia del trabajador no es accidente, ni enfermedad laboral sino un mal propio de la persona. En seguida citó, a modo de ejemplo, el caso de la señora Marcela Valenzuela, quien fue atacada por un perro en horario de trabajo, quedando en silla de ruedas, porque se le fracturó su columna. Reseñó que la mutual resolvió que no corresponde calificar el hecho como accidente laboral, utilizando como fundamento los artículos recién citados, porque la afiliada tenía una mala formación en su columna, por lo que era propensa a fracturas de esta naturaleza.

Luego, se refirió al Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), e hizo presente a Sus Señorías la necesidad de realizar una auditoría externa, administrativa y financiera, tanto a nivel regional como nacional y denunció el incumplimiento del Convenio de Cooperación con la Unión Europea, mediante el cual se destinaron recursos para realizar en Chile un CENSO de la discapacidad, el cual no se realizó sino que dichos fondos se utilizaron para efectuar seminarios. Sobre el particular, resaltó la importancia de conocer el número de discapacitados

existen en el país, identificados según el tipo de discapacidad, ocupación laboral y estudio.

También criticó que SENADIS no haya elaborado los doce reglamentos multiministeriales necesarios para aplicar la normativa vigente, por lo que los discapacitados siguen sin asesoría jurídica, ni psicológica. Comentó que antes del año 2010 contaban con un fondo nacional para la discapacidad, que se reenfocó hacia SENADIS, al cual ya no pueden acceder.

Informó que una vez al año SENADIS llama a concurso a las organizaciones y personas naturales con discapacidad para postular a un fondo. Reparó que en regiones se distribuyó una cifra, que en promedio no sobrepasó los cinco millones de pesos, no obstante que sólo en la Región de Valparaíso existen más de trescientas organizaciones. Por otra parte, manifestó su desacuerdo por la forma de postulación a dicho concurso. En efecto, reparó que se hiciera mediante internet, porque no todos los discapacitados tienen acceso en sus hogares, además de la dificultad para rellenar el formulario de postulación, especialmente para las personas que tienen una psicomotricidad reducida o para los ciegos. En su opinión, el SENADIS es el que pone barreras de entradas a los discapacitados y que, por ende, los discrimina.

También, desaprobó las políticas de inclusión laboral promovidas por SENADIS. Al efecto, observó que se dispuso la entrega de un subsidio laboral al empresario y no al discapacitado, que corresponde a un cuarenta por ciento del sueldo mínimo mensual. Denunció que este subsidio ha generado la mala práctica de los empresarios de contratar a discapacitados por cuatro meses para luego despedirlos por necesidades de la empresa.

Asimismo, consideró que la dirección de SENADIS debe ser ejercida por una persona en situación de discapacidad y que el 50% de sus funcionarios debería ser discapacitado.

En este contexto, sugirió a Sus Señorías avanzar en una política de inclusión laboral y aprobar la Ley de Cuotas, actualmente en tramitación en la Cámara de Diputados, que obliga a las empresas públicas y privadas a contratar un número determinado de personas en situación de discapacidad. Acotó que del 100% de los discapacitados, sólo el 1% trabaja y el 99% intenta sobrevivir día a día. Subrayó que desean una participación más activa y directa de la sociedad civil discapacitada en la tramitación de los proyectos de ley que se vinculen a la discapacidad.

Además, hizo presente la necesidad de que el Estado realice estudios estadísticos sobre la realidad actual de los discapacitados, que permitiría al Ministro de Hacienda formular un presupuesto acorde a la realidad de los discapacitados. Reparó que de acuerdo al CENSO 2004 el 12,97% era discapacitado y que según el último CENSO esta cifra bajó a 12,7%, es decir, que en ocho años murieron más de 4.000 discapacitados y que todos los bebés nacidos en Chile fueron sanos. Representó a Sus Señorías que estos datos no son fidedignos y como tal deben procurarse estadísticas reales y fieles a su realidad.

Luego, indicó que se debe impulsar un plan de acción nacional, inclusivo socialmente, cualitativo y cuantitativo en materia de educación, salud, trabajo, vivienda y de accesibilidad universal, que considere a los discapacitados en todos los ministerios e instituciones públicas y privadas. Además, pidió más recursos para las regiones y aprobar una pensión especial y vitalicia para las personas discapacitadas, de acuerdo al costo real de su vida. Para ello, planteó realizar una evaluación del costo de vida de un discapacitado, ya que la pensión que hoy reciben es de \$75.000 y no les alcanza para vivir dignamente. Sus costos son cuatro a cinco veces más caros que el de una persona sin discapacidad.

Adicionalmente, solicitó una educación más inclusiva, que no discrimine a los discapacitados y que disponga de profesionales para atenderlos. No basta con que un profesor diferencial asista una vez por semana a estos niños. Ello, dijo, no es verdadera inclusión. Argumentó la necesidad de capacitar a los docentes en el manejo del lenguaje de señas y en el sistema braille, fundamental para la inclusión de los alumnos. Por último, enfatizó que no quieren más asistencialismo y que demandan el reconocimiento de sus derechos humanos.

A continuación, la Comisión recibió al **Presidente Regional del Movimiento Social Emancipador de Personas en Situación de Discapacidad, señor César Rodríguez**, quien expresó que las personas con alguna discapacidad desde que vienen al mundo sufren discriminaciones y abusos por parte de los seres humanos, e incluso por parte de los Estados. Al efecto, se remontó un siglo atrás, en que las personas con discapacidad psicosocial eran consideradas dementes y separados de la sociedad con el consentimiento de sus familias, encarceladas en manicomios, y aquellas con discapacidades físicas evidentes, eran consideradas engendros o gente del demonio, cuyo origen eran actos impuros y que, por tanto, debían ser separados del resto de la sociedad. En el caso de las personas sordas, reparó que la discriminación comienza en el nacimiento, porque no pueden entender, ya que se les priva del lenguaje de señas.

Acotó que estos hechos son algunas muestras de lo que una persona en situación de discapacidad vive a diario. Aclaró que no quieren victimizarse, pero sí ser considerados como sujetos de derecho en la Constitución Política de la República, al igual que cualquier otro ciudadano de este país.

Luego, mencionó que el jurista Luis Prieto Sanchís define a los derechos humanos como “aquellas áreas de inmunidad, aquellas facultades de acción y aquellas exigencias de prestación reconocidas al individuo con carácter de universal frente a todos, en especial frente al poder”. Asimismo, de acuerdo a Faúndez Ledesma son “prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano y cuya función de excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”.

Expresó que a pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos, considerada como fuente de derecho internacional consuetudinario y los tratados internacionales suscritos por Chile en materia de derechos humanos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, en nuestro país se sigue discriminando y vulnerando los derechos de las personas con discapacidad.

Al respecto, citó como ejemplo, la ley N° 18.600, que establece normas para deficientes mentales, que en su artículo 16 dispone que el contrato de trabajo que celebre una persona con discapacidad mental se puede estipular una remuneración libremente convenida entre las partes, no aplicándose a este respecto las normas sobre ingreso mínimo mensual. Por otra parte, denunció que se abusa de las personas con discapacidad psicosocial en los hospitales públicos, y que las mujeres son esterilizadas contra su voluntad.

A mayor abundamiento, señaló que la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, no ha sido correctamente implementada en nuestro país, puesto que a tres años de su promulgación aún no se dictan los reglamentos necesarios para su aplicación, no obstante que tenía un plazo fatal de 9 meses para ello.

Reflexionó que en Chile difícilmente se alcanzará la plena integración social si se continúa por la misma senda, por lo que exigió que se les considere como sujetos de derecho en todas las áreas. En materia de educación, informó que el 12,7% de los discapacitados no tienen

educación formal, el 30,4% tiene educación básica incompleta, el 17,3% educación media incompleta, el 14,5% educación media completa, el 2,5% tiene educación superior incompleta y el 5,4% educación superior completa.

En el área laboral, reseñó que sólo el 1% de las personas en situación de discapacidad tiene un trabajo con contrato, el 9% trabaja en forma independiente o de vendedor ambulante y el 90% está desempleado. Subrayó que este escenario se debe a las políticas públicas asistencialistas caritativas y paternalistas del modelo económico social y neoliberal, que se basa en la competitividad, eficiencia, y en la rapidez, en el cual las personas en situación de discapacidad no tienen cabida.

En la misma línea, señaló que los derechos y principios contenidos en la propia Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran, por una parte, el deber del Estado de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales y, por otra, una limitación expresa al ejercicio de la soberanía nacional. En sintonía con lo anterior, comentó que la Carta Fundamental en su artículo 5° reconoce como limitación al ejercicio del poder soberano el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, cuestión que ha sido reconocida gradualmente por la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema.

En este contexto, hizo presente que el Estado no puede restarse de cumplir con los tratados internacionales por falta de conformidad con el derecho interno, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, referido a la relación entre el derecho interno y la observancia de los tratados. Además, indicó que el artículo 54, número 1°, de la Constitución Política de la República establece que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

Finalmente, consideró fundamental que el Estado modifique la Constitución Política de la República, a fin de reconocer la diversidad funcional de las personas en situación de discapacidad. Por ello, manifestó su apoyo al presente proyecto de reforma constitucional, para agregar un inciso, nuevo, al numeral 2° del artículo 19 de Carta Fundamental, a fin de constituir la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que de hecho limiten la igualdad y la libertad, e impidan el pleno desarrollo de las personas. Para ello, complementó deberá promover medidas de acción afirmativa para garantizar el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados internacionales que se encuentren vigentes y estén ratificados por Chile.

A continuación, la **Honorable Senadora señora Pérez**, luego de manifestar su apoyo a la idea de legislar en la materia, sugirió, con el objeto de precisar la protección de los discapacitados, hacer expresa mención en el texto que la norma beneficia a las personas que tienen alguna discapacidad física o psíquica. De lo contrario, indicó, no prevé cómo esta reforma constitucional podría beneficiarlos.

El **Honorable Senador señor Letelier** expresó su aprensión respecto a mencionar expresamente a los discapacitados en la Constitución Política para que sean considerados como sujetos de derecho, por cuanto insinuaría que el ordenamiento jurídico actual no los concibe como personas. Asimismo, continuó, no le parece adecuado el uso del vocablo “vulnerables” para caracterizar a las personas discapacitadas, pero sí se mostró abierto a acoger las observaciones formuladas al concepto de “integridad” que se consagra en el numeral 1°, del artículo 19 de la Carta Fundamental.

A su turno, el **Honorable Senador señor Orpis** planteó la necesidad de conocer la opinión de juristas expertos en materia de discriminación y de derecho constitucional.

En sesión del 12 de junio, la Comisión escuchó la exposición de **la Abogada María Soledad Cisternas, Magister en Ciencia Política, Profesora en Derecho y Presidenta del Comité ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

En dicha oportunidad, la Abogada, que acompañó su presentación por escrito, agradeció la invitación para entregar su opinión jurídica respecto del proyecto de reforma constitucional que incorpora un inciso tercero en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y, en seguida, se refirió a la exposición de motivos del proyecto señalando que usa indistintamente los términos: “discriminación”, “discriminación arbitraria”, “discriminación injusta”, “discriminación positiva”, “discriminación inversa” y “medidas de acción afirmativa o acción positiva”.

Al respecto, precisó que se observa una progresiva evolución entre las opiniones de la Comisión Constituyente -Comisión Ortúzar- para la elaboración de la Carta Fundamental de 1980 y la utilización contemporánea del lenguaje, acotado por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada. Informó que en el debate de aquella Comisión aparecen profusamente, denominaciones para la figura jurídica perjudicial para las personas, cual es la discriminación. Del mismo modo, hace referencia a las “distinciones o discriminaciones justas y no arbitrarias”, como una forma de otorgar un tratamiento que equipare oportunidades respecto de sectores de la población que se aprecian como vulnerables.

Con el tiempo, continuó, la doctrina jurídica ha dejado claro que es necesaria la consagración e implementación de medidas de acción afirmativa para favorecer a estos sectores vulnerables. Es así que la concepción de discriminación en los estándares internacionales ya sea en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Convención contra la Tortura, en la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Convención para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el concepto de discriminación tiene que ver con un enfoque negativo, de un fenómeno perjudicial para las personas y para la sociedad.

En este sentido, continuó, de los textos citados que representan el consenso mundial en la materia, se puede afirmar que discriminación entiende toda distinción, restricción o exclusión basada en las circunstancias personales de un individuo o del grupo al cual pertenece y que pueden producir el efecto o tener el propósito de impedir, anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales.

Del mismo modo, en el marco de los estándares internacionales, se observa que las medidas de acción afirmativa o acción positiva, como medidas de igualación o equiparación de oportunidades, se consagran expresamente en el artículo 4° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. También en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, particularmente en el artículo 27, referido al trabajo y empleo, que establece que los Estados partes deberán adoptar medidas que eliminen la discriminación y, respecto a la promoción del empleo en el sector privado, la Convención faculta para adoptar incentivos y programas de acción afirmativa.

En seguida, la Abogada Cisternas, hizo mención a al proyecto relativo a la Convención sobre el Adulto Mayor, que se encuentra actualmente en la OEA, que es completamente contemporáneo en lo jurídico, y de allí la importancia de su consideración, el cual, también, identifica la discriminación como un fenómeno negativo pero, a la vez, hace presente cuándo procede la aplicación de medidas de acción afirmativa para la igualación de las personas mayores y al mismo tiempo las define.

Asimismo, hizo presente que existen otros ejemplos de expresiones análogas utilizadas por estándares internacionales, las cuales se refieren a: medidas pertinentes, medidas apropiadas, medidas

necesarias, medidas eficaces y medidas efectivas, en miras a la igualación de los distintos sectores de la población que se consideran vulnerables.

Insistió en que resulta imprescindible tener claridad que, en la actualidad, el concepto de discriminación como figura jurídica, tiene una nítida connotación negativa y perjudicial para las personas que la experimenta y un flagelo para la sociedad. En este contexto, no requiere de otras adjetivaciones como “discriminaciones arbitrarias” o “discriminaciones injustas”. Basta usar el término discriminación que lleva implícitas las nociones de arbitrariedad e injusticia.

En el mismo sentido, indicó, es impropio referirse a “discriminación positiva”, intentando reflejar medidas de equiparación de oportunidades contraponiéndose a un concepto que en sí mismo es negativo. Tampoco resulta exacto hablar de “discriminación inversa”, que en la doctrina del siglo pasado hacía alusión al aspecto más radical de medidas de equiparación de oportunidades, como son las leyes de cuotas.

De esta forma, continuó, la teoría jurídica avanza, dejando claro que, cuando se desea referir a medidas de igualación dirigidas a sectores vulnerables de la población, se habla de “medidas de acción afirmativa”, “medidas de acción positiva”, “acción afirmativa”, “acción positiva” u otras análogas.

Indicó que refuerzan estas argumentaciones, la jurisprudencia de órganos de Tratados de Naciones Unidas y al respecto citó como ejemplo las Observaciones Finales del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación a los Informes de los Estados Partes, que se mencionan a continuación:

a) Perú, abril 2012 y Argentina, septiembre 2012 en referencia a: artículos 1 al 4: Propósito, definiciones, Principios Generales y Obligaciones Generales.

b) España, abril 2011 y Paraguay, septiembre 2012, en referencia a: Artículo 5: Igualdad y no Discriminación.

c) China, abril 2012, en referencia a: Artículo 6: Mujeres con Discapacidad, y

d) Túnez, abril 2011 y China, septiembre 2012, en referencia a: Artículo 27 Trabajo y Empleo.

En relación al proyecto de reforma constitucional en estudio, la Abogada Cisternas expresó que hace referencia a dos textos legales que respaldan jurídicamente las medidas de acción afirmativa: la ley N° 20.422, que establece normas para la igualdad de oportunidades para las

personas con discapacidad y su inclusión social, y la ley N° 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social, en su artículo 2° número 2.

En seguida, mencionó que la iniciativa comprende dos ejes fundamentales:

El primero, se refiere a la obligación del Estado de garantizar la eliminación de obstáculos que de facto, limitando igualdad y libertad, impiden el desarrollo personal. “Constituye una obligación del Estado eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona”.

El segundo, continuó, comprende la obligación del Estado de promover medidas de acción afirmativa que permitan garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile y la Constitución y la leyes. “Para ello deberá promover medidas de acción afirmativa para garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales que se encuentren vigentes y estén ratificados por Chile, por esta Constitución y las leyes.”.

Sobre el particular, argumentó que la propuesta de reforma constitucional encuentra un respaldo jurídico en el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que consagra el denominado “modelo social” o “modelo de derechos humanos”, y coloca un marcado énfasis a la “eliminación de barreras”, que impiden la “participación plena y efectiva en la sociedad” de las personas (artículo 1). Este Tratado registra las últimas tendencias jurídicas, consagrando el “eje de la no discriminación” en cuanto remoción de obstáculos y el “eje de las medidas necesarias para la igualación”, cualificadas estas últimas, en términos de la participación en el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por lo expuesto, enfatizó, el proyecto de reforma constitucional se encuentra ajustado a estándares internacionales, a la jurisprudencia de órganos de Tratados y en leyes chilenas. Asimismo, insistió en que es una materia de lenguaje cruzado en el Sistema Internacional de Promoción y Protección de Derechos Humanos utilizar las medidas de acción afirmativa.

Consideró pertinente la sustancia del proyecto de reforma constitucional, en cuanto establece la obligación del Estado sobre la eliminación de obstáculos para el desarrollo personal del individuo y la esfera de adopción de medidas de acción afirmativa para garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales que se encuentren vigentes y estén ratificados por Chile, por la Constitución y las leyes.

No obstante lo anterior, sugirió una propuesta a la redacción original del proyecto para sustituir la frase “limitando de hecho la igualdad y la libertad” por “limitando los derechos humanos y libertades fundamentales”.

De esta forma el texto quedaría de la siguiente forma: “Constituye una obligación del Estado eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando los derechos humanos y libertades fundamentales, impidan el pleno desarrollo de la persona”.

Argumentó que su propuesta se sustenta en que “derechos humanos y libertades fundamentales” es una denominación amplia y clara, por todos conocida, luego, si se restringe a “igualdad y libertad”, se pueden generar equívocos o interpretaciones muy restrictivas.

En la segunda parte del proyecto, recomendó incorporar la palabra “adopción”, con el objeto de enfatizar la obligación del Estado de promover la adopción de medidas de acción afirmativa. Por el contrario, argumentó, señalar que sólo deberá promoverlas resulta tenue. Tal vez, dijo, se podría llegar a la promoción de estas medidas, pero sólo desde un plano teórico, lo que no sería suficiente para el objetivo de la norma. Resaltó que la igualdad fáctica se logra a través de la “adopción de medidas”.

De esta forma, el texto quedaría en los siguientes términos: “Para ello deberá promover la adopción de medidas de acción afirmativa para garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales que se encuentren vigentes y estén ratificados por Chile, por esta Constitución y las leyes”.

Del mismo modo, expresó la conveniencia de hacer concordante el actual inciso tercero del numeral 2, del artículo 19, que pasaría a ser inciso cuarto, que expresa: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Y sugirió el siguiente texto: “Ni la ley, autoridad o persona alguna podrá establecer o efectuar discriminaciones”. Como alternativa a la palabra “efectuar”, se pueden emplear las expresiones ejecutar, cometer o perpetrar. Explicó que la reforma constitucional propuesta, conduce a la necesaria armonización del lenguaje constitucional y legal.

Así también, sugirió modificar el artículo 19, número 22 que se refiere a la “discriminación arbitraria” y dejar sólo “discriminación en materia económica”. En el mismo sentido, mencionó la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, la cual si bien

se titula de manera correcta, su articulado confiere adjetivos a la discriminación.

Finalmente, insistió que la discriminación no necesita adjetivos de arbitrarias u otras, basta con hablar de “discriminación”.

La Honorable Senadora señora Pérez valoró la intervención de la abogada Soledad Cisternas y expresó su admiración y el privilegio que significa escuchar sus exposiciones. Coincidió con las ideas expresadas y destacó la necesidad de cuidar el lenguaje en el texto de la ley de manera que ella sea lo más clara posible con el fin de evitar que se produzcan contradicciones. Del mismo modo, en materia de definiciones, compartió la sugerencia de utilizar el término “acción positiva” por considerarlo más adecuado que “discriminación positiva”, y estar conforme a la normativa internacional, enfatizando la importancia de concordar los textos que se proponen al legislar.

Expresó que es partidaria de esta reforma constitucional que considera muy interesante y destacó que también se promuevan leyes que combaten la incitación al odio y la violencia verbal, materia que, recordó, está recogida en un proyecto de ley, el cual ya fue estudiado por esta Comisión y que ahora está en tabla en la Sala de la Corporación. Indicó que este tipo de iniciativas busca igualar las condiciones para aquellas personas que presentan algún grado de dificultad o discapacidad. Al respecto, consultó si es necesario especificar que cuando se refiera al pleno desarrollo de la persona en el contexto de los derechos humanos y adopción de medidas, se refiera, expresamente, a aquellas que tengan algún tipo de discapacidad física o mental, o bien, dejarlo en términos amplios.

La abogado Cisternas explicó que como se trata de una reforma constitucional y que hay distintos sectores vulnerables de la población, se inclina a pensarlo en términos generales, tal como está redactado, de manera que alcance a distintos sectores de la población. A menos que se hiciera una enunciación que muchas veces corre el riesgo de no ser completa. acotó.

El Honorable Senador señor Letelier hizo presente las siguientes consideraciones y preguntó la opinión al respecto:

Uno, acción afirmativa o acción positiva, cuál de los dos conceptos se debería utilizar.

Dos, algunos temen que si se establece una eventual obligación del Estado a adoptar medidas para eliminar obstáculos o promover la igualdad, se puedan generar obligaciones a favor de adultos mayores, mujeres y niños o personas con diversidad de orientación sexual. A

su entender, el Estado tiene formalmente esas obligaciones en tanto los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico.

Tres, respecto al concepto de integridad física del número 1 del artículo 19 de la Constitución, se ha criticado que no es adecuado porque no reconoce la diversidad de las personas con discapacidad, desconociendo que hay personas con diferentes condiciones.

Cuatro, si considera necesario incorporar el concepto de discriminación abiertamente, en el inciso cuarto nuevo.

La Abogada señora Cisternas explicó que acción afirmativa y acción positiva es un término que se utiliza de manera equivalente y también otras expresiones análogas como medidas eficaces, pertinente, necesarias, efectivas, las cuales se relacionan con el tema de la igualdad o de la no discriminación. Aclaró que ello dependerá de las tendencias, así los europeos usan acción positiva y los norteamericanos la acción afirmativa, pero, en definitiva, en el ámbito de las Naciones Unidas se ha utilizado indistintamente.

Respecto si se amplía a distintos colectivos la modificación propuesta, expresó que no tiene certeza sobre la intención de quienes propusieron el proyecto, si fuera circunscrito a sectores vulnerables en particular, o bien, a cualquier sector de la población. Al respecto, **el Honorable Senador señor Letelier** aclaró que la inspiración original es hacia las personas con discapacidad, pero en el proceso de reflexión y, luego, en la redacción, se estimó que era para todos los sectores que estuvieran en alguna situación de vulnerabilidad, pues se consideró discriminatorio sólo enunciar a las personas con discapacidad. Recordó que el origen de la iniciativa fue la experiencia ecuatoriana en el tema del empleo, en que se establecieron cuotas para contratar a personas con discapacidad tanto en el sector público como privado.

Con la aclaración de Su Señoría, **la abogada señora Cisternas** manifestó que al leer el texto del articulado, entendió que se trataba de una propuesta amplia, dirigida a todos los sectores de la población. En términos generales, dijo, si vemos que las Convenciones internacionales ya citadas, han sido ratificadas por Chile y que se refieren a distintos sectores de diversidad e interculturalidad, es evidente que la reforma constitucional propuesta está en concordancia con los estándares al comprender a todos los sectores y agregó que siendo rigurosa jurídicamente, le parece correcta la redacción, la que es abierta a los distintos colectivos. Pero, reflexionó, también es cierto que sería más fácil su aplicación si se refiere sólo a las personas con discapacidad, porque estaría delimitado y no habrían distintas opiniones respecto a cuánto debiera ser su amplitud.

En cuanto a la integridad física mencionada en la pregunta de Su Señoría, expresó que evidentemente el concepto adecuado debiera ser integridad de la persona o integridad personal, que implica toda la gama que tiene un individuo y que puede ser afectado. Es una garantía amplia al individuo en toda su dimensión, no sólo física, ese es el espíritu del constituyente en el artículo 19 número 1. Agregó que el estándar que implica la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, es una mención a la amplia diversidad que implica las distintas formas de discapacidades físicas: sensoriales, ceguera, sordera y sordo ceguera y las discapacidades intelectuales y sicosociales, en incluso otras que puedan presentarse en el futuro, cualquiera sea el tipo de deficiencia que se pudiera calificar o mirada que tengan los ordenamientos jurídicos nacionales en esta calificación.

La Honorable Senadora señor Pérez no obstante reiterar su conformidad con el proyecto hizo presente la conveniencia de analizar todas las situaciones previsibles y extremó la situación con un ejemplo: una secta que sostenga que la violencia intrafamiliar es parte de su forma de vida y su búsqueda de libertad. Al respecto, preguntó cómo se concilia la garantía constitucional que se propone, con la norma penal que sanciona dicha conducta, considerando que aquellas han proliferado en el tiempo y que por lo mismo deben adoptarse todas las medidas que impidan vulnerar la legalidad vigente.

Por su parte **el Honorable Senador señor Letelier** consultó que tipo de medidas serían las más eficaces para beneficiar a las personas con discapacidad y ejemplificó con la ley de cuotas.

La abogada Cisternas indicó que, en relación a la consulta de la Honorable Senadora señora Pérez, la respuesta está en el texto constitucional, en particular, en la garantía constitucional que se refiere a la libertad religiosa, a la manifestación de creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, donde se establece un límite, que no se opongan a la moral, al orden público, a la seguridad, entre otros. Expresó que la redacción de esta garantía no da pie para sectas que promuevan actitudes reñidas en contra del ordenamiento jurídico, sin embargo, apuntó, también nos podemos encontrar con otras diversidades que pueden despertar reparos.

Lo anterior, dijo, se relaciona con la pregunta del Honorable Senador señor Letelier y que ahora, con la información de Su Señoría en cuanto a que originalmente se pensó orientar el proyecto a las personas con discapacidad, entiende porqué hay tanta coincidencia en la redacción con el modelo social y de derechos humanos que plantea la Convención sobre derechos y personas con discapacidad. Estratégicamente, afirmó, es evidente que sería más fácil y rápido establecer

la reforma en relación a las personas con discapacidad, ya que difícilmente se pudiera estar en contra de ello, teniendo presente que es uno de los sectores más vulnerables y postergados y que incluso, muchas veces, no tiene posibilidad de hacer valer sus puntos de vista y su voz para la igualación de oportunidades. Luego, expresó, una reforma como esta, respalda que se adopten medidas de acción afirmativa más intensas como sería la ley de cuotas o cupos.

Informó que en la experiencia comparada, se observa que se incorpora a las personas con discapacidad en la legislación española y en la canadiense y, también, en los países desarrollados.

Al finalizar su exposición la Abogada señora Cisternas hizo presente su preocupación respecto a un tema de derechos humanos y que dice relación con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el cual establece que los Estados deberán reconocer a todas las personas ante la ley su derecho al pleno ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás y, adiciona, el tema de los apoyos para la manifestación de esta voluntad y las salvaguardias para impedir su abuso, respetando los derechos y las preferencias de las personas, quedando sujetos a exámenes periódicos de esta situación.

Lo anterior, dijo, se relaciona con la estructura de las legislaciones de distintas partes del mundo, en que las personas con discapacidades son consideradas absolutamente incapaces, como es el caso del artículo 1447 del Código Civil chileno, que califica de absolutamente incapaces a los dementes y a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sobre el particular, explicó, hay dos esferas de personas con discapacidad: por un lado, las personas sordas o sordomudas que no pueden darse a entender, a las cuales se les ha sancionado con la imposibilidad que el medio social tiene de conocer su voluntad, no obstante existir códigos de comunicación alternativo que pueden ser utilizados como el lenguaje de señas o el lenguaje dactilolálico, mediante el cual logran manifestar su voluntad. Del mismo modo, las personas con discapacidad física que tienen afectada el habla, pero que con su vista pueden manejar un computador y darse a entender a través de ello.

En el caso de los dementes, la siquiatria ha señalado que hay gamas de inhabilidades de las personas y que, en el caso de aquellas con discapacidad intelectual o sicosocial pueden estar habilitadas para ejercer toma de decisiones en distintas esferas. Agregó que se debe considerar, también, la naturaleza del acto, pues no es lo mismo inscribirse en un club deportivo que contraer matrimonio.

De lo expuesto, resaltó, es imperioso analizar la situación descrita que no tiene implicancia en recursos económicos sino que

requiere una modificación en el área del derecho civil y que de conformidad con la Convención sobre derechos de personas con discapacidad, debería ser de aplicación inmediata y no de cumplimiento progresivo al cual están sujetos los derechos económicos, sociales y culturales.

Argumentó que lo planteado no sólo se refiere a la realización de actos jurídicos y contratos con efectos patrimoniales, sino que esto lleva a la interdependencia que tiene que ver con la libertad y la seguridad en la persona, con integridad personal, con la prohibición de explotación, violencia y abuso; con la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, también, con los derechos a formar una familia y a ser insertos en la comunidad. La manifestación de la voluntad se obstaculiza cuando alguien es privado de su libertad por el solo hecho de tener una discapacidad y no puede dar su opinión en contrario. En Chile, agregó, la Constitución Política, en el artículo 19, N° 7, garantiza cuándo y cómo se puede efectuar la privación de libertades y, el tema de personas con discapacidad privadas de libertad en centros de internación, está regulada en un decreto supremo. Por tanto, advirtió, hay un tema constitucional importante. Del mismo modo, llamó la atención respecto a las personas que sin su consentimiento se ven enfrentadas a cirugías invasivas, irreversibles o esterilizaciones.

Al concluir, destacó que se trata de violaciones a los derechos humanos importantes que caen en el plano de los tratos crueles e inhumanos y degradantes e instó a Sus Señorías a estudiarlo en profundidad, enfatizando la importancia de reconocer y enfrentar el tema, que tiene como estándar la Convención sobre personas con discapacidad, ratificada por 130 Estados.

Sobre el particular, **el Honorable Senador señor Letelier** propuso la Comisión y a la Abogada señora Cisternas revisar estas materias, junto a los asesores e institutos interesados de manera de hacer un esfuerzo transversal que facilite una propuesta integral. Recordó que años atrás, presentó un proyecto de ley referido a las personas con discapacidad y lamentó que no fuera posible avanzar en su estudio.

Al respecto, **el Honorable Senador señor Ruiz-Esquide**, acogió la propuesta de Su Señoría y agradeció a la Abogada señora Cisternas el haber ilustrado a la Comisión, destacando su valiosa opinión.

En sesión de 7 de agosto de 2013, la Comisión recibió **a la Cientista Política de la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, señora Jenny Arriaza**, quien agradeció a la Comisión la oportunidad de participar en la discusión de este proyecto de ley, que, a su juicio, generará una apertura en la sociedad al consagrar en la Carta Fundamental la obligación del Estado de implementar acciones

afirmativas en favor de las personas que tradicionalmente han sido discriminadas. Bajo este contexto, resaltó que las personas transexuales forman parte de uno de los grupos más vulnerados en sus derechos por su orientación sexual diferente. Al efecto, acotó que las personas transexuales se han convertido en uno de los paradigmas de la discriminación negativa.

En seguida, formuló algunos comentarios de cómo funciona la discriminación. Al respecto, detalló que históricamente las sociedades realizaron una serie de diferencias basadas en un principio de jerarquía, en que por condiciones atribuidas a ciertas personas se les consideraba como superiores al resto, generando la impresión de inconmensurabilidad entre unos y otros. Precisó que ello sucedió entre hombres y mujeres, locales y extranjeros, blancos y otras razas, entre heterosexuales y homosexuales.

Subrayó que pese al establecimiento de todas estas dicotomías las sociedades fueron evolucionando hacia un proceso de inclusión con las revoluciones inglesa (1642-1689) y francesa (1789), las que fueron producto del despertar de ciertos grupos sometidos, que decidieron reivindicar sus derechos. Agregó que en esa época se establecieron los principios que inspirarían al resto del mundo: la libertad y la igualdad, como derechos inherentes a todo ser humano. No obstante, observó que estos avances no se traspasaron a la vida cotidiana y que la discriminación fue tomando progresivamente temibles formas al combinarse con los crecientes nacionalismos. Señaló que a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y de las atrocidades cometidas por el régimen nazi contra judíos, homosexuales, personas de origen gitano y discapacitados mentales el mundo tomó conciencia del problema que representa la estigmatización negativa de la diferencia y de la consecuente discriminación.

Dentro de este contexto, informó, se creó el organismo supranacional, cual es la Organización de las Naciones Unidas en el año 1941, que debe preocuparse por el mantenimiento de la paz y de la seguridad. Acotó que a partir de este organismo nacerían otras entidades y mecanismos internacionales que se ocupan de mejorar la calidad de vida de todo ser humano, entre otros mencionó: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Internacional para Eliminar toda forma de Discriminación Racial de 1969; la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres de 1979; la Convención Internacional por los Derechos del Niño de 1990; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2008; al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (la UNICEF), y a la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Destacó que con estos mecanismos supranacionales se institucionalizó la obligación de los Estados de buscar, por la vía del derecho, el bienestar individual que conlleva a un bien común global.

En seguida, argumentó que las discriminaciones son contrarias al principio de igualdad y de libertad, y que su diversidad y multiplicidad representan un problema sistémico dentro de la sociedad. Agregó que las discriminaciones son multifactoriales, a menudo imperceptibles, vehiculadas por diversas formas de comunicación y reproducidas por la educación. Por ello, hizo presente la dificultad de construir las diversas representaciones discriminatorias que se dan en la población. De lo anterior, se desprende que las prácticas discriminatorias son culturales y que, por lo tanto, pueden y deben ser modificadas a través de diversos instrumentos: socio-culturales; mediante programas educativos ad hoc; económicos, principalmente impidiendo las malas prácticas existentes dentro del mercado laboral, o legales modificando o creando leyes pertinentes, que conlleven cambios a la Carta Fundamental, si es necesario.

Por todo lo anterior, resaltó la importancia de legislar sobre las acciones afirmativas a nivel constitucional, especialmente porque nuestro país ha sido más lento en asimilar las materias que se refieren a los derechos humanos, no obstante haber firmado numerosos convenios y tratados internacionales y promulgar en el año 2012 la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, que busca proteger a los grupos históricamente vulnerados en sus derechos. En esta misma línea, observó que Chile ha optado por un camino confuso hacia la concreción de la igualdad real y consideró que al no establecer acciones afirmativas para los grupos discriminados les niega el reconocimiento de sus condiciones, deslegitimado sus realidades.

A continuación, enunció las medidas que se deberían seguir para alcanzar una igualdad formal:

1.- Realizar un reconocimiento histórico del origen de la discriminación y de la desigualdad.

2.- Entender a la discriminación como un problema que debe ser resuelto, asumiendo sus consecuencias sociales, políticas y económicas, ya que impide sistemáticamente el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas.

3.- Generar los mecanismos necesarios para la eliminación de la discriminación, ya sea por medio de leyes o cambios constitucionales, que reconozcan las acciones afirmativas como una opción viable que pueden operar en áreas específicas y en plazos determinados, en el entendido de que terminan cuando las buenas prácticas se vuelven sistemáticas.

4.- Instaurar un proceso de inclusión de la diversidad como un procedimiento natural, una vez que exista un buen funcionamiento de las prácticas no discriminatorias. Este proceso es fundamental para el enriquecimiento cultural, económico y social del país. Al respecto, señaló que este punto es central, porque en el mundo educacional y laboral se ha tendido a pensar que se puede seleccionar por el mérito, sin embargo, sostuvo, este criterio sólo puede ser incluido dentro de las políticas públicas una vez que se ha dado al individuo, desde la infancia, la oportunidad para desarrollar sus capacidades sin trabas de ningún tipo.

Asimismo, reparó que Chile ha seguido el modelo de Estados Unidos, pero saltándose todo el proceso de inclusión de las acciones afirmativas y del cambio cultural que ellas conllevan, que han permitido que hoy esa nación tenga un Presidente como Barack Obama.

En lo concreto, sostuvo que las acciones afirmativas se aplican de manera general en los siguientes ámbitos: en educación, creando cuotas en los procesos de selección o en la distribución de becas; en el mercado laboral, incentivando por medio de rebajas tributarias a quienes apliquen acciones afirmativas en favor de los grupos desaventajados o empleado el “*testing*” en los procesos de selección, y en política, principalmente por la imposición de cuotas en las candidaturas o en los ministerios. Por otra parte, señaló que estas medidas pueden centrarse en ciertos grupos o ser generales.

Luego, presentó un cuadro con los países que han consagrado acciones afirmativas:

- Estados Unidos ha aplicado medidas afirmativas principalmente en el ingreso a las universidades y en el mercado laboral, referidas particularmente a las minorías étnico-raciales.

- Canadá las acciones afirmativas no se restringen a un ámbito determinado y se aplican, en general, a la discriminación étnica, racial, sexo, edad, religión y discapacidad.

- Grecia concentra estas acciones en materia de discriminación por sexo.

- Eslovaquia las acciones afirmativas se centran en las discriminaciones por sexo, edad y discapacidad.

- Bélgica las acciones afirmativas no se limitan a ningún ámbito ni grupo en particular.

En seguida, se refirió con mayor detalle a los Países Bajos y a Finlandia, países que lideran los estándares internacionales en calidad de vida, en materia educativa y en bienestar infantil. Detalló que en estos países se aprobó una ley general sobre la igualdad de trato y de lucha contra la discriminación, que permite implementar acciones positivas dentro de un proyecto país inclusivo, donde la diversidad se considera como necesaria para el progreso.

En lo concreto, señaló que los Países Bajos se han propuesto erradicar y disminuir las discriminaciones y que para ello cada vez que aplican una acción afirmativa emiten un completo informe, en el que deben especificar los motivos que motivaron dichas medidas. En cambio, continuó, en Finlandia su ley antidiscriminación obliga a todas las autoridades a adoptar medidas para promover la igualdad, de manera deliberada y metódica para analizar las posibles consecuencias que puedan suceder, teniendo siempre como objetivo la igualdad.

Respecto al proyecto de reforma constitucional, sugirió introducir una serie de cambios a la luz de la mentada experiencia internacional. Al efecto, propuso la siguiente redacción para el nuevo inciso tercero, del número 2º, del artículo 19:

"Constituye obligación del Estado eliminar todos los obstáculos que limiten el goce pleno del derecho a la libertad y a la igualdad".

Asimismo, consideró que sería más apropiado regular las acciones afirmativas en la Ley Antidiscriminación, tal como se ha dispuesto en la mayoría de los países que consagran este tipo de medidas y que concuerda con lo señalado por varias organizaciones civiles, que sugirieron incluir en el artículo primero de esta ley una definición clara de lo que constituye una discriminación, especificando que toda forma de discriminación directa o indirecta queda proscrita. En su opinión, este artículo debe consagrar las acciones afirmativas, así como la obligación del Estado de generar políticas públicas para los grupos sospechosos de discriminación.

Antes de terminar, hizo presente a Sus Señorías la prioridad para la Organización de Personas Transexuales de aprobar el proyecto de ley sobre identidad de género, el cual se encuentra en estudio en esta Comisión, puesto que no se pueden aplicar acciones afirmativas respecto de un grupo cuando no existe un reconocimiento de la identidad de las personas y, por ende, de su legitimidad.

Posteriormente, la Comisión recibió al **Presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), señor Rolando Jiménez**, quien aclaró que se referirán al proyecto de reforma constitucional y también comentarán los últimos casos de discriminación brutal que ha sufrido la población transgénero y homosexual.

A continuación, el **Abogado del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, señor Alana Spenser**, señaló que han existido distintas formas para regular las acciones afirmativas, también conocidas como discriminación positiva o inversa. Al respecto, detalló que la Unión Europea aprobó el Tratado de Amsterdam de 1997, referido a cuotas por sexos, pero que también existen soluciones legislativas a nivel nacional, e incluso soluciones jurisprudenciales, como en el caso de Estados Unidos o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reseñó que como organización civil de las minorías homosexuales valoran el texto de este proyecto, ya que beneficia no sólo a su movimiento, sino a gran parte de la población, teniendo en cuenta el profundo problema social que tiene Chile fundado en la inequidad. En sintonía con lo anterior, trajo a colación los alarmantes índices de brecha salarial entre hombres y mujeres, que cada día siguen aumentando y que en el mes de mayo de este año, por hora, alcanzaba a un 35,3%, estimando que esta reforma constitucional podría ayudar a solucionar este tipo de conflictos. Complementó que esta iniciativa favorece especialmente al sector “trans”, que corresponde al sector más discriminado, que tiene mayores trabas para un efectivo ejercicio de sus derechos, en igualdad de oportunidades.

En cuanto al presente proyecto de reforma constitucional, indicó que no le queda claro el sentido de la frase “limitando de hecho la igualdad y la libertad”. Al respecto, comentó que la discriminación positiva versa sobre situaciones que conculcan la igualdad de la persona, más que su libertad, por ello sugirió reemplazar la conjunción “y” por “o”, de manera de evitar que se establezcan trabas innecesarias a una reforma cuyo espíritu es bastante claro.

En segundo lugar, en cuanto a las medidas que debe implementar el Estado, consideró que falta precisar el tipo de norma en que se contendrán estas acciones y su jerarquía, así como también si se tratarán de medidas de ejecución de la función gubernativa o de medidas legislativas. En su opinión, esta norma debería ser más clara y amplia, haciendo alusión a todos los ámbitos del Estado, incluyendo expresamente a la función legislativa, a fin de permitir la aprobación de leyes de cuotas u otras similar. Expresó que se debiera permitir al Estado utilizar todas las herramientas que estime necesarias para consagrar medidas afirmativas y no restringirse a las acciones que pudiese adoptar el Ejecutivo.

Por último, propuso contemplar el caso en que un particular desea aplicar medidas de discriminación positiva. Al efecto, explicó que la discusión que se ha dado en Estados Unidos sobre las acciones afirmativas a nivel jurisprudencial no ha surgido de medidas del Estado, sino de decisiones o medidas de acción afirmativas que han adoptado los privados, como las cuotas autoimpuestas por las propias universidades. Complementó que el primer antecedente que tienen de estos casos es el de un estudiante blanco que impugna las medidas de cuotas para beneficiar a los estudiantes de color. Consideró que, perfectamente, esta situación pudiera darse en nuestra sociedad civil y que por ello el legislador debería permitir a los particulares aplicar medidas de discriminación positiva, cumpliendo ciertos estándares que no contravengan el ordenamiento jurídico.

En seguida, el **Presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual** mencionó dos casos de discriminación contra la población homosexual y señaló que uno de ellos significó la pérdida de un ojo de una joven transgénero en la comuna de Cartagena y, el otro, la mutilación del pie de un joven de diecinueve años, en la comuna de Peñalolén, por lo que pidió a la Comisión reiterar al Ejecutivo la solicitud de colocar urgencia al proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso. Por otra parte, consideró que las categorías que deben contemplarse en esta norma son todas aquellas que enumera la Ley de Antidiscriminación, lo que en su opinión daría más consistencia al ordenamiento jurídico.

El **Honorable Senador señor Letelier** explicó que la presente Moción no hace una referencia expresa a los conceptos “hombres y mujeres”, sino que se optó por una terminología más amplia, cual es “la persona”, a fin de no restringir la aplicación de esta norma a los casos de discriminación por género. Además, resaltó que la Constitución Política de la República presupone que todas las personas nacen iguales en dignidad y derechos, y como todos deben ser respetados en su integridad física, psíquica y moral. En esta misma línea, señaló que lo más destacable de esta reforma es su amplitud, ya que asume que en nuestro país no sólo se discrimina por razones de género y se obliga al Estado a impulsar las medidas afirmativas que sean necesarias para nivelar a los grupos más vulnerados.

En su opinión uno de los grupos más afectados son los discapacitados y refirió que una de las mayores dificultades que han tenido para igualarse con el resto de la sociedad es la imposibilidad que existe de aprobar una ley de cuotas que promueva su contratación, ya que no existe un instrumento legal necesario para validar una obligación de esta naturaleza. Además, señaló que no se puede imponer a los privados la obligación de contratar a un determinado número de personas discapacitadas, aunque cuenten con las habilidades para asumir el cargo.

En el debate que han tenido sobre esta materia, reseñó que algunos se han mostrado partidarios de que esta reforma constitucional promueva acciones afirmativas para obligar a los empleadores a contratar un cierto porcentaje de personas trans u homosexuales. En su opinión, las acciones afirmativas para evitar la discriminación por la orientación sexual de las personas deben estar reguladas en la Ley Antidiscriminación, porque la Constitución Política de la República debe consagrar y proteger el derecho a la igualdad en términos amplios y no restringir la discriminación a los criterios de género y de orientación sexual, aunque reconoció que algunos podrían cuestionar el rango de esta ley para imponer una obligación de esta naturaleza a un privado.

Por otra parte, indicó que algunos han manifestado su intención de limitar el alcance de las acciones positivas sólo a las personas discapacitadas, para evitar abusos, distorsiones o interpretaciones erróneas de la norma constitucional, por ejemplo al imponer a los particulares la obligación de contratar un cierto número de personas que se pudieren sentir discriminadas en el ámbito laboral.

Asimismo, señaló que no tiene problema en precisar que los conceptos de libertad e igualdad son copulativos o alternativos, porque se entiende que al afectar la igualdad de las personas se está, de hecho, también vulnerando su libertad. Sin perjuicio, que entiende el espíritu de la observación y como tal está dispuesto a revisar este punto.

Por último, subrayó que el espíritu de las medidas afirmativas no se restringe a las medidas que pudiere adoptar el Ejecutivo, porque la idea es que todos los poderes del Estado promuevan este tipo de acciones para nivelar a los grupos normalmente discriminados.

La **Cientista Política de la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad**, planteó, con la finalidad de evitar la discriminación por la orientación sexual, una alternativa distinta a la ley de cuotas, cual es la consagración de incentivos tributarios que beneficien a los particulares que contraten personas trans u homosexuales.

El **Honorable Senador señor Letelier** consideró que más que generar mecanismos de incentivos sería más apropiado reformar la Constitución Política de la República, tal como lo hiciera Ecuador en que por esa vía pudo imponer la contratación obligatoria de un 4% de personas discapacitadas.

Finalmente, el **Abogado del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual** trajo a colación el caso de Estados Unidos, en que por la vía jurisprudencial se acogió un recurso que versaba sobre discriminación positiva promovida por particulares. En concreto, se

establecía para el ingreso a una universidad una cuota mínima de estudiantes de color. Al respecto, la Corte Suprema de este país señaló que la raza por sí misma no basta para ser considerada como una categoría de discriminación, si no va acompañada de un contexto social que se traduzca en una inequidad de hecho. En el caso de Chile, la discriminación que sufren las personas trans, homosexuales y los discapacitados no requieren acreditar un contexto social de vulneración, puesto que para todos es evidente su trato desigualitario, por lo que estimó que no sería conveniente restringir esta reforma constitucional sólo a las personas discapacitadas y sugirió analizar caso a caso cada una de las categorías de discriminación.

Terminadas las exposiciones, **el Honorable Senador señor Orpis** puso en votación en general el proyecto.

- Puesta en votación la idea de legislar en la materia, fue aprobada por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Lily Pérez San Martín y señores Jaime Orpis y Juan Pablo Letelier.

- - -

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

Durante la discusión en particular, la Comisión analizó las distintas propuestas formuladas al texto de la reforma constitucional aprobado en general, cuyo tenor es el siguiente:

REFORMA CONSTITUCIONAL

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

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

Al iniciar la discusión en particular, el **Honorable Senador señor Orpis** sugirió a la Comisión que, no obstante aprobar el presente proyecto de reforma constitucional en general y en particular, proponer a la Sala su aprobación sólo en general para fijar un plazo de indicaciones que aborde el estudio detallado de las propuestas formuladas a propósito de su discusión en general.

A continuación, **Su Señoría** presentó una indicación para sustituir el inciso tercero, nuevo, por el siguiente:

“Corresponderá especialmente al Estado adoptar las medidas afirmativas que permitan el pleno desarrollo e integración de las personas con discapacidad.”.

A su turno, la Comisión tuvo a la vista la propuesta formulada por la Abogada Soledad Cisternas para reemplazar el referido inciso tercero, nuevo por el siguiente:

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

Por su parte, la **Honorable Senadora señora Pérez** planteó reemplazar el vocablo “persona” del texto aprobado en general por la Comisión por “personas que presenten algún grado de discapacidad física o psíquica”.

Sobre este punto, la **Asesora del Instituto Igualdad** aclaró que la legislación nacional se refiere a las “personas con discapacidad”, en conformidad a la nomenclatura utilizada por los convenios internacionales, por lo que de aprobarse esta referencia se debería realizar una serie de modificaciones a la legislación vigente.

Teniendo presente lo expuesto, la **Honorable Senadora señora Pérez** propuso aprobar la indicación del Honorable Senador Orpis, recogiendo la sugerencia de la Abogada Cisternas en cuanto a que constituye obligación del Estado eliminar los obstáculos que limiten los derechos humanos y libertades fundamentales.

El Honorable Senador señor Orpis manifestó su aprensión respecto a que se pudiera entender que eliminar un obstáculo sería una acción afirmativa y que la misma se haga respecto de todas las libertades fundamentales.

El Honorable Senador señor Letelier aclaró que la primera parte del artículo propuesto es declarativo y, luego, viene el mandato que se apliquen medidas de acción afirmativa a las personas con discapacidad, con lo cual se acota la obligación constitucional del Estado. Además sugirió agregar que las medidas permitan garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes

El Honorable Senador señor Orpis dejó constancia para la historia de la ley, que la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa se limita exclusivamente a las personas con discapacidad y no respecto de todas las libertades fundamentales

La Comisión, luego de analizar los planteamientos formulados durante su discusión, y siendo concordante con los acuerdos internacionales aprobados por nuestro país acordó aprobar el siguiente texto para el inciso tercero, nuevo, del numeral 2°, del artículo 19 de la Constitución Política de la República:

“Constituye una obligación del Estado eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando los derechos humanos y libertades fundamentales, impidan el desarrollo de la persona. Para ello, el Estado deberá adoptar las medidas de acción afirmativa que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

- En votación el texto antes transcrito, fue aprobado por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Pérez San Martín y señores Orpis Bouchon y Letelier Morel.

El Honorable Senador señor Orpis reiteró que no obstante aprobar el presente proyecto de reforma constitucional en general y en particular, se propondrá a la Sala su aprobación sólo en general con el objeto de fijar un plazo de indicaciones para abordar el estudio detallado de las propuestas formuladas durante su discusión en general.

Cabe dejar constancia que, con posterioridad a la aprobación en general y en particular este proyecto de ley, la Comisión recibió a **la Fundación Cpued, representada por su Presidente, señor Jaime Contesse, la Directora, señora Carola Troncoso y los Abogados señora Monserrat Moya y señor Roberto Peralta, además de la señorita Carolina Subiri y el señor Raimundo Parodi, y a la Profesora de la Universidad de Murcia, señora Nuria Illán, especialista en materia de integración de personas con discapacidad a una vida autónoma.**

El señor Contesse informó que la Fundación aborda la integración de las personas Down y sus familias en sociedad, especialmente en la autonomía de los jóvenes de nuestro país, además de colaborar y contribuir en el ámbito internacional. Destacó el aporte interesante que pueden hacer estas personas, en todo ámbito, y participar del goce, desafío y oportunidades que la sociedad debe brindarle.

A su turno, **la Profesora, señora Nuria Illán,** expresó que acompaña a una delegación de personas que está dando los primeros pasos en el ámbito de comprender la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, materia que en España ya está bastante avanzada. Resaltó la importancia de acompañar a las personas con discapacidad en el proceso de conseguir que sus derechos no sean vulnerados como lo es en la actualidad.

Informó que en España, este proceso comenzó en el año 1976, dando importancia a dos aspectos fundamentales: educación y sanidad, pilares de bienestar fundamental de cualquier país, el cual ha dado lugar a una visión diferente de este colectivo de personas con discapacidad. En forma paralela a este proceso y este estado bienestar, explicó que si bien está liderado por los poderes públicos, es articulado por un movimiento asociativo que ha sustentado ese proceso de reconocimiento de derechos, el que es fundamental.

Destacó el significado que tiene el que puedan estar en esta Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, pues lo considera un primer paso para sensibilizar y para buscar los mecanismos y cauces necesarios que permitan integrar y escuchar la voz a quienes van dirigidas las leyes.

La Directora, Carola Troncoso, hizo presente que en la Fundación Cpued estudian 70 jóvenes y colaboran con diversas instituciones del país. Explicó que trabajan para que accedan a desarrollar las habilidades para la autonomía y que el gran temor que tienen es que ellos ya están preparados pero las leyes no se lo permiten.

Hizo presente que estos jóvenes esperan ejercer el derecho a tomar decisiones, a escoger con quien vivir, a votar, a firmar un contrato, entre otros, sin embargo, se enfrentan a políticas que entorpecen estos derechos. En el mismo sentido, criticó el que las familias no puedan cambiarse de isapre por cuanto se le considera como una enfermedad preexistente.

Llamó la atención de Sus Señorías y enfatizó que en sus manos está la posibilidad de que ellos puedan vivir la autonomía, la Fundación los prepara y los legisladores abren las puertas, acotó.

En seguida, señaló que la acompañan Carolina Subiri y Raimundo Parodi, jóvenes que estudian en la Fundación y que están en el proyecto de vida autónoma, preparándose para vivir solos.

La señorita Carolina Subiri tomó la palabra y expresó que es una mujer de 31 años, estudiante de la Fundación y que tiene síndrome de Down y expuso, en su condición de ciudadana, la gran alegría que les produce a todas las personas con síndrome de Down que Chile haya firmado la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, favoreciendo su inclusión social en todos los ámbitos de la sociedad chilena. Instó que se les permita vivir la inclusión social con leyes que les permitan a ellos mismos a decidir el rumbo de sus vidas y enfatizó que quieren elegir oportunidades como un chileno más de esta hermosa tierra.

El Honorable Senador señor Orpis agradeció la visita de la Fundación Cpued, y manifestó la disposición de los integrantes de la Comisión para estudiar las modificaciones legales que posibiliten la inclusión en la sociedad de las personas con síndrome Down, que más que discapacitados, son personas que tienen condiciones especiales.

Luego, les informó que la Comisión aprobó una reforma constitucional de gran trascendencia, que obliga al Estado a realizar acciones afirmativas a favor de la discapacidad para eliminar los obstáculos que se le presentan a nivel de la sociedad. Precisó que esta norma no se agota en la disposición constitucional sino que requiere de normas legales y reglamentarias, para lo cual solicitó la colaboración de la Fundación.

El Honorable Senador señor Letelier recordó que el Senado tiene experiencia en el tema de la discapacidad y que incluso tuvo una Comisión Especial de Discapacidad y Adulto Mayor durante un tiempo prolongado. Hizo presente que, más allá de la norma genérica, en materia de discapacidad el país tiene una legislación de segunda generación. Primero fue la ley general y luego una reforma que generan ciertas obligaciones iniciales del Estado. Hoy, se aprobó esta reforma constitucional que apunta a las personas con discapacidad, recogiendo el modelo

ecuatoriano, país que está más avanzado en esta materia. Entiende que algunos de los temas que se han planteado no son nuevos. Hay varias fundaciones que trabajan con personas con síndrome Down, pero no existe la capacidad de agruparlas, precisó que sólo en su región hay más de cuatro organizaciones que apuntan a derivar los obstáculos que la sociedad genera. Algunos no requieren de ley y citó que el caso de las isapres es inconstitucional de conformidad a la ley de antidiscriminación. En otros, mencionó la situación de las mujeres casadas bajo el régimen de sociedad conyugal, las cuales también se les considera interdictas, lo cual incumple el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que termina con esta institución.

De este modo, manifestó, sería de gran utilidad que se les hiciera llegar las propuestas específicas en estas materias, toda vez que en su gran mayoría no requieren recursos, salvo los subsidios para educación de niños mayores de 24 años. Por otra parte, abogó por que las organizaciones intermedias hagan las articulaciones que sean necesarias.

- - -

TEXTO DEL PROYECTO

En conformidad con los acuerdos anteriormente expresados, vuestra Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía tiene el honor de proponer a la Sala aprobar, en general, el proyecto de reforma constitucional, en los siguientes términos:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

“Artículo único.- Agrégase en el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución Política de la República, el siguiente inciso tercero, nuevo:

“Constituye una obligación del Estado eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando los derechos humanos y libertades fundamentales, impidan el desarrollo de la persona. Para ello, el Estado deberá adoptar las medidas de acción afirmativa que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 15 de mayo, 12 de junio, 7 y 28 de agosto de 2013, con asistencia de los Honorables Senadores señor Jaime Orpis Bouchon (Presidente) (Gonzalo Uriarte Herrera), señora Lily Pérez San Martín y señores José Antonio Gómez Urrutia, Juan Pablo Letelier Morel y Mariano Ruiz-Esquide Jara.

Sala de la Comisión, a 3 de septiembre de 2013.

XIMENA BELMAR STEGMANN
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE QUE EL ESTADO DEBE ELIMINAR LOS OBSTÁCULOS QUE, DE HECHO, IMPIDAN EL PLENO DESARROLLO DE LAS PERSONAS (BOLETÍN N° 8.871-07)

- I. PRINCIPAL OBJETIVO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** consagrar en la Carta Fundamental la obligación del Estado de eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando los derechos humanos y libertades fundamentales, impidan el desarrollo de la persona. Para ello, el Estado deberá adoptar las medidas de acción afirmativa que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales.
- II. ACUERDOS:** aprobado en general y en particular (3x0).
- III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL APROBADO POR LA COMISIÓN:** consta de un artículo único.
- IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** el artículo único del proyecto de reforma constitucional al recaer sobre una norma del Capítulo III de la Carta Fundamental, requiere para su aprobación de las dos terceras partes de los Senadores en ejercicio, de conformidad al artículo 127 de la Constitución Política de la República.
- V. URGENCIA:** no tiene.
- VI. ORIGEN INICIATIVA:** Senado. Moción de los Honorables Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia, Juan Pablo Letelier Morel y Patricio Walker Prieto.
- VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** primer trámite.
- VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 9 de abril 2013.
- IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO:** primer informe.

X. LEYES QUE MODIFICA O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- 1.- Constitución Política de la República, en especial sus artículos 1°, 19 numerales 1°, 2°, 3°, 16°, 17° y 22°.
- 2.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 3.- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- 4.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".
- 5.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.
- 6.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- 7.- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- 8.- Convención Sobre los Derechos del Niño.
- 9.- Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión de personas con discapacidad.
- 10.- Ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad.
- 11.- El Código del Trabajo.
- 12.- Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.
- 13.- Ley N° 20.530, que creó el Ministerio de Desarrollo Social.

Valparaíso, a 3 de septiembre de 2013.

XIMENA BELMAR STEGMANN
Secretario

ANEXO

A continuación se transcribe la opinión del **Abogado experto en Derecho Constitucional, señor Miguel Ángel Fernández y de la Doctora en Derecho, señora Alejandra Zúñiga Fajuri**, quienes la manifestaron por escrito en los siguientes términos:

1.- Del Abogado experto en Derecho Constitucional, señor Miguel Ángel Fernández:

“1. Materia: Agradezco la invitación de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado para dar mi opinión en Derecho acerca de la reforma constitucional –contenida en el Boletín N° 8.871- presentada por los Senadores Juan Pablo Letelier, José Antonio Gómez y Patricio Walker que propone agregar, al artículo 19 N° 2° de la Constitución un inciso tercero nuevo:

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

2. Fundamentación: Para sostener su proposición, la moción expone que las acciones afirmativas, dentro del principio de igualdad ante la ley, encuentran sustento en los antecedentes de la actual Constitución, así como en algunas leyes que la han recogido (v. gr., en el Código del Trabajo, en la ley N° 20.422 que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad y en la ley N° 20.530 que creó el Ministerio de Desarrollo Social), en la doctrina, a propósito de lo cual cita a la profesora Cecilia Medina y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema.

3. El Derecho a la Igualdad Ante la Ley: No hay duda, en la doctrina y en la jurisprudencia, acerca del sentido y alcance del derecho asegurado a todas las personas en el artículo 19 N° 2° de la Constitución, en cuanto a que excluye las discriminaciones, es decir, prohíbe las diferencias arbitrarias porque son injustas, carentes de razonabilidad o motivación, prejucias, excesivas, desproporcionadas con relación al fin o adoptadas sobre la base del capricho o el favoritismo¹, tal y como también quedan vedadas las igualaciones que sean irracionales².

¹ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 5 de abril de 1988, Rol N° 53.

² Considerando 22° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 4 de octubre de 2007, Rol N° 807.

Por eso, el respeto de la igualdad ante la ley no se reduce a emplear enunciados generales ni mantener a salvo sólo los factores sociológicos que la determinan, como la raza, la nacionalidad, el credo, el sexo o la edad, sino que es necesario el respeto *sustantivo* de la igualdad, es decir, la que admite diferencias, pero sólo cuando se hallan fundadas en consideraciones razonables, *proporcionadas* a los fines perseguidos, lógicas y, en todo caso, motivadas.

En esta perspectiva, “el principio de igualdad opera (...) impidiendo (al legislador) configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, *desde todos los puntos de vista* legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien *no guardan relación alguna con el sentido de la regulación* que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”³.

El principio de igualdad exige, en consecuencia, evaluar, caso a caso, en qué dos personas, actividades, situaciones, circunstancias, normas o estatutos jurídicos deben ser tratados de la misma manera, para que sea justa la igualdad entre ellos, y, en cuáles de esas hipótesis, deben ser tratados en forma desigual, para que también resulte razonable la diferencia normativamente trazada⁴, como ha señalado el Tribunal Constitucional:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias (como el hecho –agrego- de ser partícipes en el proceso de contratación de seguros para créditos hipotecarios) y que *no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones* a unos (los que otorgan el crédito y proveen los clientes) que no beneficien o graven a otros (las compañías de seguros) que se hallen en condiciones similares. ‘No se trata, por consiguiente, de *una igualdad absoluta* sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la *distinción razonable* entre quienes *no se encuentran en la misma condición*; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación *no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad* contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo

³ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de España, Rol N° 144 de 1988, FRANCISCO RUBIO LLORENTE *et al*, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)* (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) p. 111.

⁴ NORBERTO BOBBIO: *Igualdad y Libertad* (Barcelona, Ed. Paidós, 1993) p. 62.

(Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo IV, p. 263)⁵.

Es preciso, asimismo, recordar que el principio de igualdad ante la ley, en los términos ya explicados, aparece reiteradamente asegurado en la Constitución, tal y como ocurre, por ejemplo, en su artículo 19 N° 22° inciso 1°, porque allí se garantiza a todas las personas “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”, o en materia de acceso a la justicia, libertad de trabajo y tributos y cargas públicas, en los numerales 3°, 16° y 20°, respectivamente.

4. Las Acciones Afirmativas: Se trata de “todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad (...) sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”⁶; o, más ampliamente, “son programas que comprenden el sistema tendiente a remediar las consecuencias de anteriores prácticas discriminatorias o el establecimiento de métodos destinados a prevenir discriminaciones futuras, como ser, la contratación en el trabajo de personas pertenecientes a grupos minoritarios; los factores que tienen en cuenta son la raza, el color, el sexo, la edad y las creencias religiosas”⁷.

El trato que se dispensa mediante estas acciones no se reduce a reparar una desigualdad estableciendo una diferencia razonable, sino que persigue removerla. Por ello, en estos casos, la diversidad en el tratamiento, más que equiparar, desiguala, porque sólo así quien resulta legítimamente beneficiado puede situarse en condiciones similares respecto de aquel que carece de esa ventaja válidamente concedida, pero que, por circunstancias de hecho, ha resultado tradicionalmente favorecido.

He sostenido⁸ que estas acciones se ajustan a la Constitución⁹ porque es consistente con la igualdad protegida en su artículo 19 N° 2°, pero también porque así se cumple con el deber impuesto al Estado en el artículo 1° inciso 5° y, adicionalmente, se promueven los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de acuerdo con el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental¹⁰.

⁵ Considerando 72° de la sentencia citada en *supra* nota 1.

⁶ FERNANDO REY MARTÍNEZ: *El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo* (Madrid, Ed. MacGraw-Hill, 1995) p. 85.

⁷ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: *Selección de Fallos Sobre Derecho Constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos* (Washington, Secretaría General, 1986), pp. 2.6, 27.

⁸ MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: “Constitucionalidad de las Acciones Positivas”, *Gaceta Jurídica* N° 201 (marzo 1997) pp. 9-20.

⁹ Sobre el particular, FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: “Derechos Humanos e Igualdad: El Principio de Discriminación Compensatoria”, *XXV Jornadas de Derecho Público* (Valparaiso, EDEVAL, 1994) pp. 165-195.

4.1. Primer Fundamento: Igualdad de Oportunidades: Esas acciones encuentran justificación en el artículo 1º inciso 5º de la Constitución, donde se contempla, como uno de los cinco deberes matrices del Estado, asegurar el derecho de las personas –naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras- a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Es del caso que la igualdad de oportunidades lleva explícito el reconocimiento de que en la sociedad existen discriminaciones que deben ser erradicadas, empleando los diversos instrumentos de que dispone el Estado, entre otros las acciones positivas, las cuales puede y debe impulsar y, en algunos casos, ejecutar directamente, aunque sin perder de vista su rol subsidiario.

¿Cómo proceder, en concreto, a igualar en las oportunidades, o sea, en las alternativas o en las posibilidades?: "(...) Por una parte, podemos entenderla como igualación de las probabilidades de éxito en la carrera hacia las posiciones sociales y, por otra parte, podemos restringirla a una igualdad de los medios necesarios para obtener dicho éxito (...)"¹¹.

En nuestra Constitución, la noción de igualdad de oportunidades ha sido concebida como el deber de situar a todos en el mismo punto de partida¹², para que cada individuo, contando con medios suficientes, pueda desarrollar sus habilidades y capacidades en condiciones objetivamente similares, y no, por el contrario, igualar en los resultados¹³, sin perjuicio de las medidas que deban adoptarse entre el comienzo y el final de ese proceso¹⁴.

4.2. Segundo Fundamento: Promoción de los Derechos Esenciales: Confirmando que las acciones de promoción encuentran sustento en la Constitución, el artículo 5º inciso 2º impone, como deber de los órganos del Estado, respetar y *promover* los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

¹⁰ Así ha ocurrido, por ejemplo, sin cuestionamiento de constitucionalidad alguno, con lo dispuesto en la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; además de las leyes citadas en la moción que analizo.

¹¹ ANGEL PUYOL GONZÁLEZ: "La Inestabilidad del Igualitarismo Político", MANUEL REYES MATE (ed.): *Pensar la Igualdad y la Diferencia* (Madrid, Fundación Argentina, 1995) p. 48.

¹² A partir de las conclusiones de ARTURO FONTAINE TALAVERA: "Punto de Partida y Punto de Llegada Dispar", ESTUDIOS PÚBLICOS citados en supra nota 25, pp. 221 y 236-238.

¹³ Considerando 72º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 18 de julio de 1985, LXXXII *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2 p., S. 5, p. 183.

¹⁴ Un ejemplo práctico, que permite visualizar cómo se despliega la igualdad de oportunidades en Chile, puede encontrarse en IGNACIO IRARRÁZABAL: "Habilitación. Pobreza y Política Social", *Estudios Públicos* N° 59 (1995) pp. 99-165. en el cual se analizaron las percepciones, conductas y esfuerzos que hacen las familias pobres por surgir.

Con ello, las entidades estatales no sólo deben asumir una actitud pasiva ante los derechos de las personas, absteniéndose de lesionarlos; sino que han de llevar adelante una labor activa en el perfeccionamiento de los derechos humanos, pudiendo ser las acciones positivas un instrumento idóneo para la consecución de ese objetivo.

Como ha señalado NORBERTO BOBBIO: “Las desigualdades naturales existen y si algunas se pueden corregir, la mayor parte de ellas no se puede eliminar. Las desigualdades sociales también existen y, si algunas se pueden corregir e incluso eliminar, muchas, especialmente aquéllas de las cuales los mismos individuos son responsables, sólo se pueden no fomentar”¹⁵.

Así, la jurisprudencia alemana ha justificado estas acciones afirmando, acertadamente, que el legislador, en principio, no puede conformarse con aceptar sin más las diferencias de hecho existentes; si son incompatibles con las exigencias de la justicia, tiene que eliminarlas”¹⁶. (29)

4.3. Tercer Fundamento: Principio Constitucional de Igualdad: Finalmente, las acciones de promoción encuentran sustento en el actual texto del artículo 19 N° 2º de la Carta Fundamental, como en numerosos otros preceptos contemplados a lo largo de su texto y contexto.

Más aún, el criterio, en concreto, para verificar si una determinada y precisa acción positiva se ajusta o no al Código Político pasa, en definitiva, por determinar que dicha acción no constituya una discriminación, es decir, una diferencia arbitraria, por cuanto beneficia a un grupo o sector que ha sido, históricamente, y continúa siendo discriminado, sin que se lo exima de cumplir los requisitos o condiciones mínimas que sea dable exigir en el ámbito de que se trate.

Ello, sin perjuicio que, cualquiera que sea la acción concreta que tenga por objeto corregir la desventaja de facto, histórica e injustificada, debe ser establecida y regulada por la ley, al tenor del artículo 19 N° 26 de la Constitución.

En suma, una acción de promoción concreta, como instrumento de política pública autorizado y regulado por el legislador, encuentra amparo constitucional en el texto hoy vigente, en tanto respete el principio constitucional de igualdad, pues constituye una manifestación del deber asignado al Estado en orden a asegurar y promover el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

5. Conclusión: Hoy la Constitución admite las acciones afirmativas. Más todavía, las exige, conforme a sus artículos 1º

¹⁵ NORBERTO BOBBIO: *Derecha e Izquierda* {Madrid, Ed. Taurus, 1995) p. 143.

¹⁶ BVerfGE 3, 58 (158).

inciso 5º, 5º inciso 2º y 19 Nº 2º, sin que el suscrito visualice la necesidad de incorporar una cláusula como la propuesta en la moción. Máxime si las normas constitucionales vigentes son amplias, flexibles y han sido modeladas acertadamente por la doctrina y la jurisprudencia para admitir, entre otras, esa especie de acciones.”.

2.- De la Doctora en Derecho, señora Alejandra

Zúñiga Fajuri:

“El proyecto en comento busca incorporar en el artículo 19, número 2 de la Constitución Política del Estado, el siguiente inciso tercero nuevo: "Constituye una obligación del Estado eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona. Para ello deberá promover medidas de acción afirmativa para garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales que se encuentren vigentes y estén ratificados por Chile, por esta Constitución y las leyes". Dicha iniciativa resulta apropiada por dos fundamentales razones: Primero, legítima medidas que son obligatorias desde el punto de vista del principio de igualdad reconocido en la Constitución y en la legislación internacional. Segundo, facilita la incorporación de normativas que siguen la ruta marcada por la experiencia comparada e internacional en materia de leyes de cuotas de género en diversos ámbitos, políticos, laborales, educativos, etc.

Sobre el primer punto, debemos recordar que el principio de igualdad contiene dos subprincipios que es necesario aplicar a cada caso para alcanzar la verdadera igualdad. El principio de *igualdad por equiparación* y el principio de *igualdad por diferenciación*. El primero nos exige ignorar, para los efectos de asignar consecuencias normativas, las diferencias entre las personas. En el segundo caso, en cambio, se nos pide considerar esas diferencias como relevantes para la asignación de consecuencias normativas. El proyecto en comento, hace efectivo y posible la aplicación del segundo subprincipio de igualdad: aquel que exige "discriminar" para "igualar".

El derecho de igualdad ante la ley prohíbe, en principio, todo trato discriminatorio, pues la regla general es la igualdad por equiparación, es decir, la no discriminación. Con todo, para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables. Como ha señalado la Corte Interamericana, las diferencias en el trato en circunstancias que son, por lo demás, similares no son necesariamente discriminatorias. Una distinción basada en "criterios razonables y objetivos" -como las que hace obligatorias para el Estado el proyecto de reforma constitucional analizado- puede servir un interés legítimo. Es más, puede de hecho ser necesaria para alcanzar la igualdad y para proteger a las personas que requieren de la aplicación de medidas

especiales. "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia...".

Una distinción basada en criterios razonables y objetivos es aquella que tiene un objetivo legítimo y emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue. En otras palabras, se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento".

Recordemos, además, que el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer proporciona una importante pauta para comprender la base jurídica para la adopción de medidas especiales de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer. En la parte pertinente, reza así: *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.*

Este artículo reconoce que, aun en los casos en que se otorga igualdad a la mujer como una cuestión de derecho, esto no equivale a una garantía de igualdad de oportunidad y trato. Por ello se requiere la adopción *de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho* mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidad. El proyecto de reforma constitucional que se ha presentado va en la misma línea, por lo que es una normativa que debiera ser aprobada en el parlamento. Desde el punto de vista del principio de igualdad, estas medidas *no constituyen*, como una cuestión de derecho, *discriminación*.

En segundo lugar, el proyecto propone una redacción similar al de la Constitución italiana o a la contenida en el artículo 3 de la Constitución Alemana: "(1) Todas las personas son iguales ante la ley. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes".

A su turno, la Directiva 76/207 de la Comunidad Europea, que pretende garantizar la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y la promoción profesional, dispone en el apartado 1 del artículo 2 que el principio de igualdad de trato supone "la ausencia de toda

discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar". El apartado 4 del mismo artículo dispone que la Directiva no obstará a "las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres". Este apartado tiene como finalidad *autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir entre hombres y mujeres.*

En Europa, Bélgica, España y Francia poseen, tanto cuotas de partidos como cuotas por ley. A su turno, Alemania, Austria, Holanda, Italia, Noruega y Suecia, poseen solo cuotas de partido. Luego, no existe ningún país que tenga una participación equitativa de mujeres en sus parlamentos, sin cuotas electorales.

Dos efectos indirectos de las cuotas electorales que puede mencionarse son:

1) Ofrecer modelos de rol más igualitarios: simbolizar y visibilizar la ruptura del "techo de cristal" y servir de estímulo y modelo de igualdad para otras esferas.

2) Facilitar reformas legales efectivas (transversalidad): contra la violencia de género, frente al desigual reparto de roles privados y contra la infra-representación histórica en otros puestos de relevancia social, especialmente en la esfera privada.

Por todo lo anterior, considero que se trata de un buen proyecto que debiera recibir el apoyo del congreso nacional."