cual se procura que las perspectivas jurídicas, sociales y políticas del interés público adquieran un papel relevante. Asimismo, dichos foros se vinculan dinámicamente a las preocupaciones prácticas de la otra área que desarrolla el Programa, esto es, las clínicas jurídicas de litigación en interés público existentes en cada una de las universidades integrantes del Programa. Bajo esta nueva modalidad de trabajo constituida, como se acaba de decir, por los foros, se han ampliado los vínculos de las instituciones que pertenecen al Programa con otras entidades de la sociedad civil, así como se ha potenciado el trabajo que las mencionadas clínicas de interés público llevan adelante en los tres países.

El énfasis en las temáticas de igualdad y libertad de expresión y su relación con el interés público viene dado, por una parte, por su pertinencia en el contexto actual de los países en los que se lleva adelante el Programa. De hecho, se trata de materias que han sido objeto de casos que se han litigado o se litigan actualmente por las clínicas jurídicas del Programa y que han sido objeto de extensos análisis en los foros.

Por otra parte, dicho énfasis está dado también por la centralidad que, desde el punto de vista conceptual, estos temas poseen dentro de la amplia gama de problemas que abarcan las acciones de interés público. Así, la igualdad y la no-discriminación aparecen como ejes o principios rectores en el tratamiento de los derechos humanos, con el consiguiente impacto en las acciones de interés público, al tiempo que la libertad de expresión desempeña un papel crucial no solo por sí misma sino por lo que ella representa para la protección de otros derechos y para la efectiva vigencia del régimen democrático.

Se trata, en uno y otro caso, de principios centrales en la organización del Estado y de la sociedad, relevantes también desde el punto de vista de las formas y la calidad de la participación ciudadana y de la transparencia del quehacer de los actores en la arena política y económica.

Consecuentemente, a través de la presente edición, ofrecemos a la comunidad académica y profesional del derecho y, en general, a las organizaciones ciudadanas y público interesad, una selección de la reflexión habida en el Programa Sudamericano de Acciones de Interés Público durante el último período, con la pretensión de contribuir a la producción de nuevas miradas y formas de acción que permitan, de cara al nuevo siglo, constituir una práctica legal y constitucional enraizada en la participación y los derechos ciudadanos.

**IGNALDAD Y DISCRIMINACIÓN**

**RODOLFO FIGUEROA G.**

**PRESENTACIÓN**

Este trabajo ha sido elaborado para el Programa de Acciones de Interés Público, que se está ejecutando actualmente en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

El encargo fue producir un trabajo que se refiriera al tema “desigualdad y discriminación”, aportando categorías analíticas y conceptos que pudieran utilizarse en instancias de diálogo y debate, propiciadas y organizadas por el Programa de Acciones de Interés Público, acerca del tema de la discriminación en nuestro país.

Así, pues, este trabajo no constituye una descripción de la situación de la discriminación en Chile; lejos de ello, este trabajo es más bien conceptual. La razón es sencilla: habitualmente, cuando hablamos de igualdad y de discriminación, solemos entender cosas distintas; en una situación así, claramente no es posible iniciar un diálogo fructífero. Por ello, se estimó útil disponer de un texto que pudiera operar como una suerte de base para contribuir a generar un lenguaje común que nos permitiera avanzar en una reflexión, de suyo compleja, como es la relativa a temas de discriminación en nuestro país.

* Abogado. Miembro del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Profesor de pregrado en la misma Facultad y profesor en el Diplomado sobre Recurso de Protección que se dicta en la misma Facultad.
En el trabajo se expondrán varias razones de la complejidad conceptual del tema, como por ejemplo, la existencia de diversas “concepciones” de igualdad. Es posible que para algunos un caso constituya una discriminación y que para otros no lo sea, si es que utilizan o adhieren a diversas concepciones de igualdad. Quiero decirlo de otra forma: cuando discrepamos con personas acerca de si un determinado caso puede o no considerarse una discriminación, no siempre la discrepancia se explica porque el otro Derechamente no esté a favor de la igualdad y pretenda apoyar una discriminación; con frecuencia, suele suceder que las personas suscriben diversas “concepciones” de igualdad. Este tema se trata en el capítulo “Concepto y concepciones de igualdad”.

Sin embargo, no solamente las concepciones de igualdad pueden variar, sino también lo que puede denominarse “modelos” de igualdad. Es decir, puede ocurrir que personas compartan la misma “concepción” de igualdad, pero ello no es garantía de que emitan un veredicto concordante a la hora de identificar situaciones de discriminación. La razón: es posible que suscriban diversos “modelos” de igualdad, como la igualdad de oportunidades o la igualdad en los recursos. En este trabajo se mencionan esos modelos y la relevancia práctica de la multiplicidad de modelos de igualdad.

Estos y otros temas se abordan en la primera parte del trabajo que, por ello, se intitula “Precisiones conceptuales”. En dicha parte se enfrenta, además, el tema de la “arbitrariedad”; esto es, qué se quiere decir cuando se dice que una cierta conducta es arbitraria (tema relevante para analizar la discriminación).

Por último, se presenta, porque no es más que eso, el controvertido tema de la discriminación positiva para iniciar un debate acerca de ella, bajo la convicción de que ya está siendo un tema en la agenda pública en nuestro país.

La segunda parte de este trabajo lleva por título “Dógmatica constitucional”. Dicha oscura expresión, habitual en el medio de los abogados y jueces, denota un estudio de reglas jurídicas vigentes. En este trabajo, esas reglas son las que reconocen la igualdad en la Constitución Política de la República. Cabe aclarar que en este trabajo, más que un estudio de tales reglas, ellas se enuncian y se explica por qué ellas representan manifestaciones de la igualdad y en qué medida recogen una u otra dimensión de la igualdad. Por otra parte, en esta sección de dogmática constitucional se abordan categorías relevantes de la igualdad en un sentido “jurídico” o “legal” como son la igualdad “en la ley” y “ante la ley”.

Se cierra esta sección, y con ello el trabajo, con un excursus, quizá algo extenso, sobre el tema del precedente. Probablemente la única razón por la cual se ha dado un tratamiento tan distendido al tema del precedente, que imagino no es de interés de gran parte de los lectores de este trabajo, es que en Chile no existe un sistema de precedente obligatorio y, como se argumenta en este trabajo, esto constituye una severa lesión de un derecho constitucional de los ciudadanos: la igualdad ante la ley.

Finalmente, para poner fin a esta presentación, me interesa decir que he intentado escribir este trabajo utilizando un lenguaje medianamente comprensible para personas que no sean abogados ni estudiantes de derecho. Por ello, he intentado, no sé con qué éxito, evitar oscuridades y giros que habitualmente empleamos cuando conversamos solo entre abogados. Aunque un amigo solía decir que si un informe está escrito para ser comprendido por un abogado, entonces puede ser comprendido por cualquier persona.

**PRIMERA PARTE**

**PRECISIONES CONCEPTUALES**

I. Discriminación y desigualdad

1. Igualdad y desigualdad

En general, hablaré más de igualdad que de desigualdad. La palabra “igualdad” se puede emplear en varios sentidos referenciales:

a) Igualdad como identidad.

Se puede decir que A es igual a B (A=B). Se trata de un sentido aritmético, propio de la lógica formal.

b) Igualdad como semejanza.

Alguien puede decir que A es igual a B queriendo significar que A y B son semejantes, no idénticos pero muy parecidos. Por ejemplo, un transeúnte que va pasando por un barrio de casas de cierto estilo puede decir que son iguales, queriendo significar no que son idénticas sino muy parecidas o semejantes (porque es imposible que sean idénticas).

c) Igualdad como analogía.

En el campo del derecho, se emplea la expresión “analogía” en un cierto sentido de igualdad; la analogía implica algún grado de seme-
janza, de equivalencia, lo que, ciertamente, será predicable solo respecto de ciertos aspectos que se consideran relevantes. Por ejemplo, cuando se dice que A es análogo a B claramente no se quiere significar que son idénticos sino semejantes en cuanto a ciertos aspectos relevantes.

2. Discriminación

La expresión discriminación se suele emplear en dos sentidos, uno que podemos llamar "neutral" y el otro "no neutral" en términos morales o valorativos.

El sentido neutral:

Un primer sentido, que, como dije, podemos denominar "neutral" consiste en separar o distinguir. Es posible emplear la palabra "discriminación" en el sentido de separar o distinguir sin implicar nada acerca de si tal separación o distinción es correcta o incorrecta, cualquiera que sea el punto de vista. Es por esto que sugiero considerar "neutral" a este sentido de la expresión discriminación.

El sentido no neutral:

Un segundo sentido se puede considerar no neutral en la medida que se asigne a la discriminación un valor o disvalor moral. Normalmente, se trata de un disvalor: discriminar habitualmente implica efectuar una distinción que se considera "incorrecta", por supuesto, desde determinado punto de vista. Por ejemplo, cuando se dice que en cierta época los blancos discriminaban a los negros, no solamente se quería decir que se efectuaba una diferenciación o separación sino, fundamentalmente, que esa separación era incorrecta.

Sin embargo, es posible que la expresión discriminación tenga una connotación moral positiva, aunque en un sentido bastante débil. En efecto, al hablar de distinguir o separar es posible aludir a una capacidad o aptitud intelectiva que, en cuanto tal, es deseable tener en vez de carecer de ella. Así, se puede decir que alguien discrimina en el sentido de que es capaz de distinguir, en comparación con alguna otra persona que no posee la habilidad de separar o distinguir en términos cognitivamente correctos. Una persona puede ser capaz de discriminar matices en los colores, dimensiones de algún concepto.

en fin. Lo mismo se puede aplicar respecto de un instrumento metodológico: se puede decir que una encuesta está mal diseñada porque no permite discriminar, asumiendo que lo que es deseable en un instrumento metodológico de ese tipo es que permita discriminar información respecto de cierta variable.

De estos sentidos, el que me parece se utiliza más frecuentemente es el negativo: discriminar suele significar separar o distinguir no debiendo hacerlo; efectuar una distinción incorrecta en términos valorativos. Se puede decir, también, que discriminar implica atentar contra la igualdad, lo que tiene una significación negativa. En efecto, dado que se da por supuesto que la igualdad es algo deseable, atentar contra ella debe considerarse algo "negativo."

Pues bien, en este sentido moralmente negativo emplearé en general la expresión "discriminación" en este trabajo, salvo que se especifique lo contrario.

Discriminación arbitraria.

A partir de las sugerencias precedentes, la expresión "discriminación arbitraria", que se utilizará con frecuencia, tendría pleno sentido en la medida que emplea la palabra "discriminación" en sentido neutral. De lo contrario, sería redundante y bastaría con hablar de discriminación a secas.

3. Diferencias entre discriminación y desigualdad

Sugiero que las expresiones "discriminación" y "desigualdad" no deben ser consideradas sinónimas. Revisemos un ejemplo:

Si se advierte que algunas personas tienen mejor salud física que otras o mayores capacidades intelectuales, se puede decir, con algún rasgo de metáfora, que la naturaleza no las ha dotado de manera igualitaria; es decir, se podría sostener que en ese caso existe una desigualdad. Sin embargo, es parecería forzado afirmar que en ese caso existe una discriminación.

La palabra "igualdad" o "desigualdad" no está necesariamente orientada a la conducta de los individuos, como sí lo está la expresión "discriminación". La expresión "discriminación" está conductualmente transida; no así la palabra igualdad. Discriminar consiste en una acción u omisión, sea en sentido neutral o no neutral; es decir, en una conducta. La igualdad-desigualdad no necesariamente tiene pleno sentido en relación con una conducta.

---

1 La diferencia entre el sentido c) y el b) es que el sentido c) es normativo, puesto que subyace a él una valoración de aspectos relevantes. El anterior no necesariamente lo es.
4. Igualdad y principio de igualdad.

Un último punto. No es lo mismo hablar de “igualdad” que del *principio de igualdad*. Este último tiene que ver con una directriz de conducta, a diferencia de la igualdad que no tiene necesariamente un sentido conductualmente tematizado. Por lo mismo, cuando se habla de “discriminación” se plantea un contexto discursivo que, como tal, se encuentra conceptualmente vinculado con el “principio de igualdad” y no con la “igualdad” a secas.

Así la cosas, para hablar de “discriminación” hay que hablar del “principio de igualdad”.

De manera preliminar se puede afirmar que “discriminación” es aquella situación en la cual se transgrede el principio de igualdad. Esta afirmación no dice mucho todavía porque no se ha precisado qué significa el principio de igualdad, qué exige ese principio y, en esa virtud, qué es lo que prohíbe o cuándo debe estimarse infringido. Por esta razón, gran parte de la sección conceptual de este trabajo estará referida al “principio de igualdad”.

II. Principio de igualdad

1. El principio de igualdad como equiparación y como diferenciación

En alguna literatura de fácil acceso sobre el tema del principio de igualdad –Bobbio, Peces-Barba, etc.– es posible constatar una distinción entre igualdad formal e igualdad material. Estos autores aclaran que cuando las constituciones de los países del mundo occidental reconocen la igualdad (léase principio de igualdad) lo hacen solo en su dimensión formal. Acto seguido, algunos autores distinguen dimensiones al interior de la igualdad formal, como la igualdad como generalidad, la igualdad por equiparación, la igualdad por diferenciación, la igualdad procesal, en fin. En lo que sigue de este trabajo, aludiré a la igualdad (entiéndase, principio de igualdad) en su dimensión formal.

El principio de igualdad exige conferir un estatuto jurídico que se traduzca en una *igualdad de trato* de las personas en el derecho y ante el derecho. El principio de igualdad exige tratar a las personas como iguales, dice Dworkin; esto es, con igual consideración y respeto.⁴️

¿Cómo se debe dar aplicación a la exigencia de igualdad de trato? Me parece que una buena respuesta está dada por una categoría decisiva del principio de igualdad: igualdad por equiparación e igualdad por diferenciación.

**Igualdad por equiparación:**

“La equiparación como manifestación de la igualdad ante la ley supone un *trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas*, que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa.”⁵️

**Igualdad por diferenciación:**

“La diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor igualdad ante la ley. Se trata de una *diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes* respecto a los efectos de las normas. Esta diferenciación potencia, y no dificulta, la igualdad ante la ley, y es un elemento de conexión con la igualdad material, puesto que en el establecimiento de los datos relevantes se puede, en ocasiones, tener en cuenta criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades...”⁶️

A partir de esta categoría, se puede comprender que el principio de igualdad exigirá en ciertos casos *obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar* personas y/o situaciones distintas, con el objetivo de otorgar una igualdad de trato (*igualdad por equiparación*). En otras ocasiones, y por el contrario, el principio de igualdad exigirá *recoger diferencias fácticas existentes* para efectos de diseñar un estatuto diferenciado,

---

⁶ Ibd.
porque solo de esa manera se puede garantizar la igualdad de trato (igualdad por diferenciación).

Ejemplos

Consideremos algunos ejemplos muy sencillos:

i) Ricos y pobres

No cabe duda que ricos y pobres son diferentes, al menos, en cuanto a sus posibilidades económicas. Supongamos que la tarea que se tiene por delante es establecer derechos políticos. ¿Cómo debe procederse? La noción del principio de igualdad que se ha presentado exige que las diferencias económicas se obvien y se conceda el mismo estatuto de derechos políticos, equiparándose en un mismo estatuto jurídico a las personas (que claramente son diferentes y que están en situaciones diferentes) (igualdad por equiparación).

Supongamos, ahora, que lo que debe hacerse es diseñar un sistema tributario. ¿Cómo ha de procederse? En este caso, las diferencias de rentas entre ricos y pobre sí deben considerarse relevantes y, por ello, deben ser recogidas y debe diseñarse un estatuto diferenciado conforme el cual unos deban pagar más que otros, porque —como se dijo— esa manera se cumple con la exigencia de igualdad de trato (igualdad por diferenciación).

ii) Mujeres y hombres

Mujeres y hombres difieren, al menos, en cuanto al género. Supongamos que se trata de asignar derechos civiles y políticos. La diferencia de género no debe considerarse relevante, de modo que ambos géneros deben ser “equiparados” en la asignación de derechos civiles y políticos (igualdad por equiparación).

Lo que debe quedar claro es que en unos casos el principio de igualdad exige equiparar, de modo que no hacerlo (no equiparar) se traduciría en una infracción a ese principio, como sería si a los hombres se les conceden menos derechos políticos que a las mujeres (es decir, diferenciando en ese caso constituiría una discriminación).

En otros casos, el mismo principio exige diferenciar porque tratar del mismo modo (no diferir) implicaría una infracción a la igualdad, como sería si ricos y pobres tuvieran que pagar la misma cantidad de dinero por concepto de impuestos personales (es decir, equiparar en este caso constituiría una discriminación).

Es evidente que la gran discusión consistirá en saber o determinar cuándo debe equipararse y cuándo debe diferenciarse; es decir, cómo sabemos en qué casos las diferencias fácticas deben ser consideradas irrelevantes y cómo saber cuándo sí deben ser recogidas esas diferencias, para efectos de diseñar un estatuto diferenciado conducente a la igualdad de trato.

Este es un problema crucial, pero es un tema de teoría de la justicia, no un problema conceptual del principio de igualdad. Quiero detenerme para justificar este punto. Supongamos que estamos frente a una situación en que las normas legales no concedan los mismos derechos civiles a hombres y mujeres (como era la situación en Chile hasta hace poco tiempo) o a blancos y negros (como ha sido el caso en otros países). ¿Qué diríamos frente a esa situación? Sin duda, debiéramos decir que se trata de una discriminación, de una arbitrariedad y deberíamos sugerirle corregir dicha situación. ¿Por qué? Creo que el alegato de fondo sería que discriminar a la mujer o a los negros o a cualquier grupo es injusto. En el caso de la ley de filiación en Chile —tema al cual me referiré expresamente un poco más adelante—, lo que se argumentó fue una elemental exigencia de justicia: no es correcto que unos hijos tengan más derechos que otros; eso es injusto.

Así las cosas, la pregunta “cuándo debe equipararse y cuándo debe diferenciarse” es una pregunta por la justicia. Retomando los ejemplos anteriores, sería “injusto” que los pobres no tuvieran los mismos derechos civiles y políticos que los ricos, o que tuvieran que pagar la misma cantidad de dinero nominal por concepto de impuestos personales. Por ello, no debe equipararse en el primer caso y diferenciarse en el segundo.

Volveré sobre este tema en una sección titulada “Criterios de relevancia”. Por ahora, me interesa dejar en claro lo conceptual: la equiparación y la diferenciación como categorías de la igualdad tienen por objetivo dar un trato igualitario. Un trato igualitario exigirá equiparar o diferenciar con el objetivo de evitar los privilegios, de evitar perjudicar a una persona o a un sector o grupo de personas.

Deseo concluir este capítulo con una aclaración. Las categorías “igualdad por equiparación” e “igualdad por diferenciación” operan

7 En el sentido de Rawls, es decir, lo correcto tiene que ver con el diseño de las instituciones sociales básicas de una sociedad. Una discusión acerca de lo correcto es una discusión acerca de la justicia de la instituciones sociales.
del mismo modo que la conceptualización que menciona Tomás de Aquino: que las personas sean "iguales bajo ciertos aspectos relevantes". Las personas pueden considerarse "iguales" conforme este punto de vista, únicamente bajo ciertas cualidades o aspectos estimados relevantes, y ciertamente no podrán estimarse iguales bajo determinados otros. Como es fácil advertir, esta conceptualización toma en cuenta disponer de criterios de relevancia para poder apreciar la igualdad, del mismo modo como lo requiere la conceptualización de la igualdad "como equiparación" y "como diferenciación".

Esa concepción toma en cuenta una variante que se ha difundido en nuestro país, que me parece errada, y que relataré a continuación.

2. Una noción errada del principio de igualdad

Creo que es sumamente pertinente revisar una noción del principio de igualdad que estimo errada, y creo que es pertinente hacerlo por dos razones. La primera, porque se trata de una noción bastante difundida en nuestro medio; la segunda, porque su revisión—por contraste—permitirá comprender más cabalmente el principio de igualdad tal como se ha presentado en el N° 1 de esta sección.

La noción del principio de igualdad que comentaré se compone de dos ideas o dos tesis centrales, una referida al tenor del principio de igualdad (qué diría ese principio) y otra referida a la función u objetivo que se asigna a dicho principio.

* Primera tesis (referida al contenido del principio):

El principio de igualdad diría:

"Debe tratarse de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente".

* Segunda tesis (referida a la función del principio de igualdad):

El principio de igualdad:

"Exigiría una igualación fáctica de personas o situaciones.

Es decir, el principio de igualdad exigiría igualar.

Ambas tesis me parecen erradas, como intentaré demostrar brevemente. En mi intento, seguiré autores como Piecez-Barba, Sen, Alexy.

2.1. Revisión de la primera tesis:

"Debe tratarse de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente."

Me interesa la segunda parte de este principio: tratar de manera diferente lo que es diferente. Esta parte me parece errada por una razón muy sencilla: Ninguna persona es igual a otra y ninguna situación es igual a otra.

John Rawls, a propósito de la distribución de los bienes primarios y de las comparaciones interpersonales, señala cuatro clases principales de variaciones entre las personas: a) variaciones en las capacidades y destrezas morales e intelectuales; b) variaciones en las capacidades y destrezas físicas, incluidos los efectos de enfermedades y accidentes sobre las habilidades naturales; c) variaciones en las concepciones del bien que tienen los ciudadanos (el hecho de un pluralismo razonable); d) variaciones en los gustos y preferencias, aunque estas últimas son menos profundas.

Dado que todo y todos son diferentes, la primera parte del principio nunca sería aplicable y siempre habría que diferenciar.

Esto es crucial:

"Estas noción de igualdad conduce a justificar cualquier discriminación."

En efecto, ¿cómo tratar igualmente a quienes son por naturaleza diferentes? Blancos, negros, omarillos son diferentes; hombres y mujeres son diferentes. Entonces, ¡que no todos tengan los mismos derechos civiles!

Por otra parte, esta noción del principio de igualdad que comento parece adherir a una noción de igualdad como identidad en sentido descriptivo. Ya hemos señalado que ese acercamiento al tema no resulta apropiado para comprender el principio de igualdad.

2.2. Ejemplos

Me interesa revisar dos ejemplos de actualidad en los cuales se ha empleado la noción del principio de igualdad que he explicado y que considero errada:

---

i) El proyecto de ley de cultos

El proyecto de ley de libertad de cultos dispone, entre otros aspectos, que todas las iglesias tendrán el mismo estatuto jurídico, a saber, personalidad jurídica de derecho público.

La Iglesia católica, como se sabe, se ha opuesto tenazmente a este proyecto, alegando, entre otras cosas, que transgrediría el principio de igualdad. Además, ha sostenido la misma Iglesia que el reclamo de las otras iglesias de que se las estaría discriminando sería infundado porque habrían “entendido mal” el referido principio. ¿Qué dicen los obispos sobre la igualdad? Que el principio de igualdad:

“...ha sido invocado por algunos (…) en forma equivocada, induciendo a error a algunas personas. El principio exige que se dé trato igual a realidades iguales. (…) En este caso, no se puede afirmar que las realidades que este proyecto de ley quiere reconocer como iglesias (…) sean desde un punto de vista institucional, iguales entre sí. (…) juzgamos que sería contrario al principio de igualdad el que se las igualase a todas, como si fueran realidades institucionales efectivamente iguales”.

Como se puede apreciar, los obispos parecen suscribir aquella noción del principio de igualdad que rezaría: “Tratar de modo igual lo que es igual y de modo diverso lo que es diferente”. Pues bien, empleando esa noción, la Iglesia católica argumenta en el inserto citado que, comé ella no es igual a las demás iglesias, no debe ser sometida al mismo estatuto. En mi opinión, resulta claro como aquella noción sirvió en este ejemplo para justificar un trato privilegiado, esto es, una discriminación; basta citar el aparte final del principio: “tratar de modo diferente lo que es diferente” y reclamar un trato especial.

ii) Ley de filiación

Como se recordará, el Código Civil diferenciaba entre hijos legítimos e ilegítimos y distribuía, sobre esa base, derechos de alimentos y derechos hereditarios, entre otros aspectos. Lo que debemos preguntarnos es lo siguiente: esa diferencia que efectuaba el Código, ¿correspondía a una categoría de la igualdad (igualdad por diferenciación) o a una simple y llana discriminación? (diferenciación arbitraria).

Dicho de otro modo, esa diferenciación legal ¿era una forma de cumplir con el principio de igualdad o una infracción a él?

En mi opinión, fácil es apreciar que se trataba de una discriminación porque la diferencia entre los hijos se traducía en asignar diversos derechos a unos y otros, obteniendo como resultado inevitable que unos quedaran en una situación de privilegio y otros en situación de perjuicio. Es cuestión de aritmética: si debe repartirse una herencia, la cuota de los legítimos es el doble de la que corresponde a los ilegítimos. No puede dudarse que el ilegítimo puede, con razón, alegar que se lo está perjudicando y que conviene más ser legítimo que ilegítimo para efectos hereditarios.

El que unos hijos tuvieran más derechos que otros no tenía como resultado predecible otorgar una igualdad de trato bajo ninguno de los modelos de igualdad que se comentarán más adelante: ni proveer igualdad de recursos, ni garantizar igualdad de oportunidades ni asegurar igualdad en la satisfacción de necesidades.

10 Esta postura apareció en un inserto en el diario El Mercurio, de fecha 27 de mayo de 1999, a nombre de la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal de Chile, titulado “La Iglesia Católica y la Ley de Cultos” (suscriben 27 obispos católicos, 5 arzobispos y el pre vicario apostólico de Aysén). De hecho, el inserto contiene una sección intitulada “Entender bien el principio de igualdad”.

11 Para hacer honor a la verdad, no todos los miembros de la Iglesia católica se opusieron al proyecto. Beltrán Villegas compareció al Parlamento y estuvo a favor del proyecto, lo que le valió una dura replica por los diarios de parte de Crozinho Fuenzalida.
ii) Ley de Cultos

Todo lo dicho en el epígrafe anterior es aplicable a la ley de cultos: que la Iglesia católica tenga personalidad jurídica de derecho público y las otras de derecho privado no es una forma de asegurar igualdad en la asignación de recursos, ni igualdad de oportunidades ni, en general, ningún tipo de igualdad. Solo asegura un privilegio y, por ello, se trata de una discriminación.

Con estos ejemplos se grafica la relevancia práctica de utilizar conceptos precisos.

Un último punto en relación con la tesis que estoy comentando. En mi opinión, no presta mayor utilidad intentar corregir la versión del principio a que me he referido, introduciendo la cláusula "esencialmente", de modo que quede: "Debe tratarse de modo igual lo que esencialmente es igual y de modo diferente lo que esencialmente es diferente".

La razón me parece de Pero Grullo: siempre podrá decirse que ciertas personas o son esencialmente iguales o son esencialmente diferentes. En efecto, se puede decir que todas las personas son esencialmente iguales, incluso al precio de dar como argumento el que estén conformadas por la misma estructura molecular: CHON; un religioso, por su parte, podría decir que todos son esencialmente iguales en cuanto todos son hijos de Dios. Del mismo modo, es posible afirmar que todos son esencialmente diferentes, invocándose la individualidad que caracteriza al ser humano. De esta suerte, el principio, en verdad, resulta inservible.

2.3. Revisión de la segunda tesis

Vayamos ahora a la segunda tesis asignada al principio de igualdad. Como se recordará, esa tesis estaba referida a la función que cabría asignar al principio de igualdad, a saber: la igualación fáctica de personas y/o situaciones.

En mi opinión, esa tesis es incorrecta. Por lo pronto, cabe aclarar que la función del principio de igualdad es directiva y no descriptiva. La función ilocucionaria12 de los enunciados normativos no es la descripción. Los enunciados normativos los distinguimos precisamente por su función normativa, o prescriptiva o directiva13. En efecto, los enunciados normativos –las normas, sean jurídicas, morales o de trato social– tienen por función dirigir la conducta de los individuos; no presentan información acerca de la realidad14.

Revisemos la primera manifestación del principio de igualdad en la Constitución Política, en la primera línea del artículo 1°:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

¿Qué significa el principio de igualdad en esa expresión? ¿Significa acaso que las personas nacen de tal o cual manera? ¿Presenta ese enunciado una función lingüística realizativamente descriptiva? La respuesta claramente es negativa. El enunciado constitucional no pretende proveernos de información acerca del algún acontecimiento generativo, concerniente a la especie humana, cual sería que todas las personas nacen iguales en cuanto a ciertos atributos.

Aclarado que el principio de igualdad, manifestado en aquella expresión del artículo 1° de la Constitución tiene una función prescriptiva y no descriptiva, cabe preguntarse ¿cuál es su función prescriptiva?

La tesis que estoy comentando indicaría que su función sería la igualación fáctica. Incluso puede citarse un fallo de una Corte de Apelaciones en el cual se acoge expresamente esa tesis. Señala la Corte que el principio de igualdad tiene una función de "nivelación social"15.

Con la cita de Rawls en páginas anteriores, quedaron de manifestado los tipos de diferencias fácticas que es posible advertir entre los individuos. Pues bien, ante esas diferencias, podemos preguntarnos

---


13 Ver artículo de Rodolfo Figueroa, "La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad" en Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 31, pág. 358: la igualdad en un contexto descriptivo y en uno normativo.


15 C.T.C. contra Cnet, recurso de protección rol 131-86 (6 de octubre de 1986).
dos cosas: i) ¿es posible la igualación fáctica? (¿es fácticamente posible la igualación fáctica?) ii) de serlo, ¿es deseable?

Para ambas interrogantes yo suscribiría una respuesta negativa.

* En cuanto a la primera, creo que no es posible la igualación fáctica. Por ejemplo, sabemos que los individuos presentan distintos grados de inteligencia. ¿Es posible igualar a las personas en inteligencia? Sabemos también que las personas presentan distintos grados de educación. ¿Es posible igualarlas en educación o conocimiento? Creo que sí es posible intentar reducir desigualdades fácticas, pero no suprimirlas.

Por otra parte, ya hemos visto que el tema de este trabajo, la discriminación, tiene que ver más con el principio de igualdad que con la igualdad. Un ideal de igualación fáctica se encuentra conceptualmente asociado más a la igualdad que al principio de igualdad, como ya se ha visto. Finalmente, cabe recordar que estamos trabajando con la igualdad en su dimensión formal. Pues bien, la igualación fáctica exhibe una directa relación con la igualdad material y no con la formal, como indica Peces-Barba16.

* En relación, ahora, a la segunda interrogante, ¿sería deseable la igualación fáctica? (de ser posible), sugiero apoyarnos en Amartya Sen17. Apunta este autor que la diversidad –la desigualdad–, por sí sola, en las sociedades occidentales, no es considerada como una característica negativa. La pluralidad, la diferencia, más bien, se estima como un rasgo valioso que es deseable preservar (pluralismo). Volvamos sobre las diferencias que mencionó Rawls: variaciones en las capacidades y destrezas morales e intelectuales; variaciones en las capacidades y destrezas físicas; variaciones en las concepciones del bien que tienen los ciudadanos; variaciones en los gustos y preferencias.

No me parece un ideal político digno de ser sustentado18 el procurar que las personas se igualen fácticamente en sus capacidades y habilidades personales, en sus intereses, en sus proyectos de vida, en los rasgos de la personalidad.

En todo caso, esto es un asunto que puede quedar para la discusión, puesto que efectivamente existen desigualdades que las sociedades intentan aminorar, como la pobreza, la falta de salud primaria, etc.

Sugiero dirigir la discusión bajo las siguientes directrices:

* en ciertos casos puede ser deseable y posible “reducir” desigualdades fácticas.

* en tales casos, se tratará de una discusión de políticas públicas focalizadas en los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”.

* esa discusión no está directamente relacionada con el principio de igualdad formal. Los derechos económicos, sociales y culturales no forman parte de la igualdad formal y, por ello –como se verá más adelante–, no son derechos exigibles al Estado19.

III. “Pequeñas” dificultades asociadas al principio de igualdad. Concepto, concepciones y modelos de igualdad

Hemos visto que las categorías de igualdad por equiparación y diferenciación suscitan el problema de los criterios de relevancia. En efecto, para equiparar deben considerarse irrelevantes determinadas diferencias fácticas existentes, y para diferenciar, ciertas diferencias fácticas existentes deben considerarse relevantes20.

Se ha dicho también que la pregunta por la relevancia es una pregunta por la justicia, de modo que pretender saber cuánto equiparar y cuánto diferenciar implica pretender saber qué es lo justo. Pues bien, acerca de lo justo, nos podemos preguntar dos cosas, a lo menos:

i) ¿disponemos de una teoría de la justicia, suficientemente compartida?

ii) ¿disponemos de una teoría de la justicia que habitualmente podemos emplear, al modo de una receta, para resolver problemas de justicia social?

Sobre el particular, obviamente se iniciará una controversia entre escépticos y no escépticos y, respecto de estos últimos, sobre cuál es o son los referentes teóricos que deben seguirse. Por ejemplo, me pare-

16 Los valores superiores. Ob. cit.
18 En esto me sigo apoyando en Sen.
19 Por esa razón, algunos juristas sugieren que tales derechos, en verdad, no son derechos sino, más bien, directrices políticas, que aparecen consagradas en la Constitución.
cen particularmente interesantes los desarrollos del constructivismo moral desarrollados por Rawls, Habermas, Alexy, entre otros, pero acerca de la adhesión que por tales autores existe en nuestro medio, me asaltan dudas. En honor a la verdad, más que el no escepticismo, ha sido el escepticismo metaético el que ha dominado en la filosofía occidental21.

En fin, no me detendré en las dificultades conceptuales que dicen relación con la teoría de la justicia, sino en algunas referidas particularmente a la igualdad22.

1. Concepto y concepción

En primer lugar, se hace necesario recordar la diferencia que existe entre un concepto y una concepción23. Una concepción es una forma de hacer operativo un concepto, de determinar si un concepto se está aplicando o no.

La importancia de recordar esta distinción reside en que muchas discusiones y, sobre todo, muchas discrepancias acerca de la igualdad se explican no porque se suscriban distintos conceptos de igualdad sino, fundamentalmente, distintas concepciones de la igualdad. Por ejemplo, dos personas pueden estar de acuerdo en el concepto de igualdad, incluso -lo que no deja de ser importante- pueden estar de acuerdo en que la igualdad es un valor digno de ser respetado y fomentado pero pueden discrepar acerca de la forma de hacerlo; es decir, pueden tener diferencias en la apreciación de cómo la igualdad debe ser implementada. La discrepancia versará, pues, sobre una concepción de la igualdad. Esto nos lleva al segundo punto.

2. Diversidad de concepciones

Existen diversas teorías o concepciones sobre la igualdad. Cabe distinguir una concepción de igualdad de un modelo de igualdad. Una concepción, como se ha señalado, consiste en un planteamiento teórico destinado a hacer operativo un concepto. A. Sen menciona tres: la igualdad utilitarista, la igualdad del total de utilidad y la igualdad rawlsiana. Se trata de concepciones diferentes de la igualdad porque permiten entender cumplida o no la exigencia de igualdad de una diferente manera. Dicho de otro modo, la igualdad, en la primera, no se consideraría satisfecha desde el punto de vista de la segunda ni de la tercera.

Ahora bien, esas diversas concepciones que Sen describe24 se aplican a través de algún modelo de igualdad: de oportunidades, de recursos, de satisfacción de necesidades; una misma concepción se puede materializar en diversos modelos y un cambio de modelo no implica un cambio de concepción.

Existen, por cierto, otras concepciones de la igualdad. Esta diversidad de concepciones es la que le permite a Calsamiglia25 afirmar que las concepciones de igualdad son contingentes e históricas.

En este punto vale la pena detenerse. Que las concepciones de igualdad sean contingentes o históricas significa no solamente que a través de la historia se han elaborado diversas concepciones de la igualdad, distintas entre sí, sino que en un mismo momento histórico pueden coexistir en una sociedad diferentes concepciones de la igualdad. Piénsese, por ejemplo, en la justicia y pregúntémonos: en Chile, hoy, ¿qué representa una única concepción de la justicia? Ciertamente, la respuesta es negativa, y lo mismo creo que se puede afirmar respecto de concepciones de la igualdad. Consideremos algunos ejemplos muy sencillos para graficar la diversidad de concepciones:

a) Derechos civiles y políticos. En cierto momento histórico –no muy lejano– no se cuestionaba que solo los hombres y no las mujeres tuvieran derecho de sufragio, o que solo ciertas personas lo tuvieran, según sus rentas. En cambio, hoy en día esa concepción es inadmisible. Lo mismo puede decirse en cuanto a los derechos civiles de los negros, por citar otro ejemplo.

b) Estatuto filiatio. Hoy en día, en las sociedades occidentales no se discute (salvo algunas minorías en Chile) que los hijos deban tener el mismo estatuto filiatio, independientemente de las condiciones de su nacimiento o concepción. Sin embargo, ello no se estimaba así en el siglo XIX en los mismos países que hoy día rechazan esa diferenciación.

21 Por ejemplo, puede recordarse aquellas bellas páginas de Kelsen, en su discurso de despedida de la vida académica en Berkeley, titulado ¿Qué es justicia?

22 Ver, en el artículo de Calsamiglia, la pág. 101, segundo párrafo, atinente a A. E. Pérez-Luño.


c) Matrimonio heterosexual. Creo que este puede ser otro buen ejemplo. En nuestros días, no pueden contraer matrimonio dos personas del mismo sexo, y muchos estiman que esa prohibición no puede considerarse una discriminación arbitraria. Sin embargo, nadie puede asegurarnos que en unos años más, o en algunos siglos más, ya no se entienda así y se admita al matrimonio homosexual.

Lo que estos ejemplos revelan es el carácter histórico, variable y contingente de las concepciones de igualdad. En efecto, hoy en día se considera una discriminación que en el siglo pasado no se concediera derechos civiles y políticos a mujeres y hombres, aunque en esa época no se estimara así; tal como hoy en día no se suele considerar una discriminación que los homosexuales no puedan casarse ni adoptar hijos, aunque sea posible que el próximo siglo sí se estime así (es decir, que en el próximo siglo tengamos respecto de la homosexualidad la misma perspectiva que hoy tenemos respecto de la situación de la mujer o los negros, etc.). Esto es lo interesante de las concepciones de igualdad. Las personas de este tiempo, cuando estudian las instituciones de otro tiempo y consideran que eran discriminatorias, pueden sentirse tentadas a pensar que las personas de ese tiempo obraron de mala fe y con la intención explícita de discriminar. Pero lo más probable es que no haya sido así. No es razonable pensar que Andrés Bello haya diseñado un estatuto filiativo con una inspiración que fuera en contra de las concepciones dominantes en su época. Al contrario, de acuerdo con esas concepciones, los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio debían tener distintos derechos. Lo mismo puede decirse hoy en día respecto de los homosexuales.

Sugiero el siguiente ejercicio: Usted, lector, por favor responda las siguientes preguntas:

a) ¿apoya la idea de que los homosexuales puedan casarse y, eventualmente, adoptar niños?

b) Si su respuesta es negativa, i) ¿cree usted estar obrando de mala fe?, ii) ¿cree usted que está siendo discriminatorio?

Evidentemente, las alternativas frente a la pregunta a) son dos, pero consideraré solo una respuesta negativa, para poder pasar a las preguntas bajo la letra b). El punto que deseo probar es que si alguien responde negativamente a la pregunta a), seguramente responderá negativamente a las preguntas bajo la letra b). Cabe la posibilidad de que alguien responda afirmativamente a dichas preguntas, pero asumo que será una minoría. Así, pues, si alguien responde negativamente a tales preguntas, es decir, si cree no estar obrando de mala fe ni siendo discriminatorio, entonces quedará demostrado el carácter histórico y contingente de las concepciones de igualdad, de los estándares que se consideran apropiados para determinar si se han producido infracciones a la igualdad, sea cuando se haya equiparado habiendo debido diferenciarse, sea que se haya diferenciado habiendo debido equipararse.

Por lo tanto, una argumentación destinada a persuadir acerca de qué deba considerarse conforme con el principio de igualdad, qué sea relevante o irrelevante, arbitrario o discriminatorio, será sumamente compleja; no será fácil demostrar, sin recurrir a la contingencia, que determinadas diferencias son arbitrarias, de una manera clara e inequívoca.

3. Diversos modelos de igualdad

No solo existen distintas concepciones de igualdad sino, además, lo que podemos denominar diversos modelos de igualdad. Un modelo de igualdad identifica una variable respecto de la cual se aplica una concepción de la igualdad. Ser la familia "espacio". Los espacios de igualdad son excluyentes entre sí, tal como lo son las diversas concepciones de la igualdad. Respecto de cualquiera de los tres espacios que mencionaré, es posible aplicar alguna determinada concepción. Me referiré solo a tres modelos claramente identificables:

a) Igualdad de recursos;

b) Igualdad de oportunidades;

c) Igualdad en la satisfacción de necesidades.

Apreciar que existen distintos modelos de igualdad es sumamente importante, porque intentar dar un trato igualitario implicará que solo pueda serlo respecto de cierto aspecto, de modo que no será

---

26 Quiero decir que la mayoría no considera que es una discriminación, porque claramente los homosexuales sí lo estiman así; sin embargo mencionar que esa mayoría no es homosexual, lo que cuestiona seriamente su imparcialidad.

27 As, A. Inequality. Ob. cit.

28 Fernando Atria se refiere a este modelo con la denominación “igualdad de resultado”. En mi opinión, es preferible llamarlo igualdad de recursos, para distinguir esta variable de la tercera. En efecto, hablar de igualdad de resultado puede confundirse con la igualdad en la satisfacción de las necesidades. Ver Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional. Editado por Cuadernos de Análisis Jurídico N° 36, UDF, Santiago, 1997.
igualitario respecto de otros. Es decir, el trato igualitario no es universal, es siempre parcial y relativo a determinado respecto.

Dicho de otro modo: cuando se desea otorgar un trato igualitario habrá que elegir o seleccionar determinado aspecto (espacio), porque respecto de los demás ese trato no será igualitario. Dworkin pone un ejemplo, ya famoso, para ilustrar esta situación. Un padre desea hacer su testamento y distribuir la herencia entre sus cinco hijos, y lo anima, por cierto, la intención de ser lo más justo e igualitario posible. ¿Cómo debe proceder? Alternativas:

_Igualdad de recursos_

i) asignar 1/5 a cada hijo. Esta fórmula satisfaría la igualdad de recursos. Se trata de una distribución aritméticamente igualitaria de los recursos existentes.

Sin embargo, es posible que uno de los hijos tenga alguna discapacidad, de modo que para intentar competir en igualdad de oportunidades con sus hermanos (y, en general, con el resto de las personas no discapacitadas) y tener las mismas oportunidades de impulsar su plan de vida, necesite más recursos que sus hermanos. Si se toma en cuenta esta consideración, pasamos a una segunda alternativa:

_Igualdad de oportunidades_

ii) asignar un cierto porcentaje nominalmente igualitario para 4 de los hijos y un porcentaje mayor al hijo discapacitado. Esta alternativa está destinada a satisfacer la igualdad de oportunidades, en mérito a la explicación que se dio en el párrafo inmediatamente precedente.

Ahora bien, la igualdad de oportunidades no es siempre lo más importante que un padre podría considerar al distribuir sus bienes entre sus hijos. Un padre –dice Dworkin– razonablemente puede pretender que sus hijos sean felices, es decir, que satisfagan las necesidades que cada uno considere más relevantes o apremiantes. Ahora bien, dado que las necesidades asociadas al plan de vida de cada uno siempre serán diferentes, el padre deberá asignar cuotas distintas para cada uno. Así, pasamos a la tercera alternativa:

iii) asignar un porcentaje diferente a cada uno. Esta opción está enredada a cumplir con la igualdad en la satisfacción de las necesidades, sobre la base de la explicación provista en el párrafo precedente.

Revisemos estas tres alternativas:

i) 1/5 para cada hijo.

ii) un porcentaje igual para 4 de ellos y un porcentaje mayor para uno de ellos.

iii) porcentajes distintos para cada uno de ellos.

¿Cuál de ellas debe ser escogida? Este es el problema.

El padre pretende otorgar un trato igualitario, pero deberá escoger uno de los modelos de igualdad, lo que implicará no otorgar un trato igualitario respecto de los demás modelos. Este ejemplo prueba que otorgar un trato igualitario es siempre relativo; es decir, será igualitario en atención a cierto aspecto, por ejemplo, los recursos, pero no lo será respecto de las oportunidades ni de la satisfacción de las necesidades.

* Si el padre sigue la primera alternativa, quien considere más importante la segunda o la tercera podrá estimar que no otorga un trato igualitario a todos sus hijos;

* Si sigue la segunda, quien estime que la primera o la tercera son las importantes, podrá alegar una discriminación;

* Finalmente, si el padre escoge la tercera, quien sustente la primera o la segunda podrá sentirse con derecho a reclamar.

_Igualdad de recursos_ implica: _discriminar en:_

- las oportunidades y
- la satisfacción de necesidades.

_Igualdad de oportunidades_ implica: _discriminar en:_

- los recursos y
- la satisfacción de necesidades.

---

30 Citado por Casmiriglia. Ob. cit.
31 Ha alterado un poco el ejemplo de Dworkin para poder cubrir tres modelos de igualdad.
Igualdad en la satisfacción de necesidades: implica: discriminar en:

- los recursos y
- las oportunidades.

IV. Criterios de relevancia

1. Teoría de la justicia

El problema que subyace a este título sobre “Criterios de relevancia” es cómo saber cuándo debe equipararse y cuándo diferenciarse; es decir, cómo dar aplicación al principio de igualdad. Sobre el particular, hemos dicho que esas preguntas son preguntas por la justicia. Y la pregunta por la justicia eleva un problema de argumentación. Cal- samiglia señalaba, en el artículo ya citado, que el problema de la igualdad es un problema de justificación. ¿Cómo argumentamos y desde qué punto de vista?

En teorías morales difundidas en el mundo occidental, así como en teorías relativas a la argumentación que han pasado a formar parte de la filosofía política y moral de las últimas tres décadas, el principio de igualdad se asume como un postulado, como un axioma no argumentable. Tal es el caso de J. Rawls y su teoría de la justicia, donde una situación de igualdad se obtiene merced a un velo de ignorancia hipotético, y cuyo objetivo es constituir la base para la deliberación racional acerca de los principios de justicia social. Con Habermas ocurre lo mismo: en una situación ideal de habla, para conducir una argumentación práctico-moral, la regla de la universalización se traduce en una exigencia de igualdad. En otros autores, como Robert Alexy y Ronald Dworkin, la igual consideración de los intereses de las personas constituye un axioma, un presupuesto.

A mí me parece particularmente relevante la teoría de Rawls, pero ¿hemos de seguir la teoría de la justicia de Rawls? ¿Son todas las personas liberales y en el sentido de Rawls?

2. Formas de reducción de la complejidad argumentativa

Lo que sigue es un relato de dos formas como en la práctica los sistemas jurídicos han intentado reducir la complejidad argumentativa en relación con el principio de igualdad.

a) Normas

En primer lugar, cabe mencionar que en la mayoría de las constituciones políticas del mundo occidental y en varios tratados internacionales se ha optado por consagrar algunos criterios generales que prohíben ciertas discriminaciones. Por ejemplo, discriminaciones basadas en nacimiento, raza o color de piel, sexo o género, opiniones de cualquier tipo (políticas, ideológicas, religiosas), condición o posición económica, etc.

Las constituciones occidentales así como algunos tratados suelen incorporar todos o algunos de estos criterios junto al principio de igualdad. El objetivo es reducir las posibilidades de argumentación. En este trabajo se resalta derecho comparado, con muchas constituciones del mundo occidental así como tratados internacionales. En esa parte, se pueden apreciar las diversas fórmulas empleadas para consagrar la igualdad.

Sin embargo, esta estrategia no elimina todos los problemas, puesto que esos criterios son de aplicación general; existen situaciones en las cuales algunos de esos criterios no se pueden aplicar.

b) Jurisprudencia

En segundo lugar, alguna jurisprudencia comparanda y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido desarrollando algunos criterios, aunque formales, relativos a este problema. Se ha dicho, por ejemplo:

i) Que las diferencias deben ser “razonables”. Este criterio es vago y puede ser objetivo o subjetivo. Sin embargo, no es del todo inútil, como podría pensarse a primera vista. Volveremos sobre él en la sección dedicada al análisis de la expresión “arbitrariedad”.

ii) Se ha elaborado el criterio de la “proporcionalidad”, es decir, una medida debe satisfacer el estándar de la proporcionalidad, para lo cual debe tenerse en vista los fines que se espera obtener con la medida y sopesarlos con la carga o sacrificio que esa
medida significa para el afectado por la misma. Este es un criterio objetivo.

iii) En tercer lugar, se ha señalado que se deben examinar las medidas a la luz del objetivo que las inspira. Dado que este criterio es subjetivo, lo que presenta algún inconveniente, una forma de objetivarlo es intentar dilucidar el objetivo a través de los resultados esperados, e intentar determinar si esos resultados pueden traducirse en ventajas o beneficios para una persona o un grupo o clase de personas, o en desventajas o gravámenes para otra u otras. En tal caso, se verificaría una transgresión del principio de igualdad.

En la jurisprudencia nacional aparecen referencias a estos criterios: se emplean los términos “razonable” y “proporcional”; en relación con este último, aparecen voces como “drástico” o “serio”, que apuntan a graduación de magnitud. También aparecen estos criterios en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

V. Análisis de la expresión “arbitrario”

Un concepto fundamental en relación con el principio de igualdad es el adjetivo “arbitrario”, de modo que cabe detenerse en él. La jurisprudencia y la doctrina nacional han dado algunos parámetros para apreciar cuándo se está frente a una discriminación “arbitraria”. Se ha señalado que arbitrario corresponde a caprichoso, carente de razón, carente de fundamento.

Si se recurre al Diccionario de la Academia Española de la Lengua, la voz “capricho” significa: “determinación que se toma arbitrariamente, inspirada por un antojo, por humor o por deleite en lo extravagante y original”. Esta noción lexicográfica nos permite colegir que caprichoso es arbitrario. Arbitrario, por su parte, es definido por el mismo diccionario como “contrario a la justicia, a la razón o a las leyes”. Si de estos tres parámetros descartamos el primero y el tercero, tendremos que las ideas de capricho y arbitrario conducen a la de “ausencia de razón”. En la sección de jurisprudencia de este trabajo se encontrará fallos que recogen este sentido: actos o decisiones que “carecen de razón”.

Sin embargo, el “antojo”, en muchas situaciones, es una razón para hacer algo, de modo que las nociones lexicográficas no son del todo útiles. ¿Existen diversos tipos de razones? ¿En qué consiste la diferencia? ¿Qué importancia tiene distinguir diversas clases de razones?

Diversos autores distinguen entre razones explicativas y razones justificatorias.

Razones explicativas, como lo sugiere el adjetivo, son aquellas “...a las que se recurre para explicar o predecir un comportamiento, sin valorarlo”. Razones justificatorias corresponden “...a las que se acude para mostrar la corrección o legitimidad de una conducta”.

“Los motivos para actuar están constituidos por el deseo de producir un estado de cosas ulterior al que es relevante para la descripción de la acción respectiva y una creencia de que la acción es un medio adecuado para obtener ese estado de cosas”.

¿Qué utilidad tiene la distinción?

* Permite apreciar que en todo acto o decisión (conducta voluntaria) siempre existen razones; en efecto, no existen actos carentes de razones. El punto es qué tipo de razón.

* La razón que siempre existirá es una razón explicativa, pues siempre existe un motivo para la conducta voluntaria o intencional.

* De modo que no tiene sentido preguntar si un acto se funda en una razón, sino, más bien, preguntar si el acto está amparado en una razón justificatoria. Las razones que siempre están presentes son las explicativas, pero no las justificatorias. Así, pues, cuando se exige una “razón” (a secas), lo que en verdad se está exigiendo es cierto tipo de razón, una razón justificatoria.

* Si no se acepta la distinción entre ambos tipos de razones, entonces jamás podrá considerarse arbitrario un acto o decisión, porque siempre habrá una razón (al menos, la razón explicativa). Un buen ejemplo de ese tipo de error está dado por el fallo en el recurso de protección por la expulsión de Chile de la familia Escobar.

---

36 Ninio, Carlos. Introducción a la filosofía de la acción humana. Sobre la teoría del razonamiento, ver también Joseph Raz. Razonamiento práctico, editado por el P.C.E., y Razón práctica y normas, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, y Carlos Bayón. La normatividad del derecho, editado por el Centro de Estudios Constitucionales.
37 Ninio. Ob. cit., pp. 82-83.
38 Ob. cit., p. 82.
39 Recurso de protección rol 1788-93, de 12 de julio de 1993.
VI. Discriminación positiva

En esta sección me limitaré a presentar una muy breve y somera descripción de la discriminación positiva (d. p.) con el objetivo, básicamente, de tematizarla en relación con el principio de igualdad.

1. **En qué consiste la discriminación positiva**

La discriminación positiva corresponde a una política que se impulsa en un país, en un cierto momento histórico, en conformidad a la cual y en virtud de un cierto diagnóstico, se concluye que ciertos grupos o sectores (v. gr. las mujeres, cierta raza, los indígenas, etc.) han sido históricamente postergados y perjudicados o desventajados.

El diagnóstico indica que, en esas condiciones, para que tal grupo o sector pueda superponerse, no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades, sino que se requiere un impulso mayor, un trato especial o privilegiado.

La justificación de la d. p. reside en la igualdad; esto es importante: en la igualdad en el mediano o largo plazo, es decir, en el futuro (no en el presente). Ejemplos de políticas de d. p. se han hecho famosos en EE.UU, donde actualmente se aplican estas políticas en diversos temas.

Un ejemplo de d. p. es el sistema de cuotas en los mecanismos de selección. Por ejemplo, para ingresar a una universidad o para acceder a cargos públicos. Como se sabe, para acceder a una universidad o resultar electo para un cargo de elección popular se requiere competir, sea por votos, por puntajes, etc.

Esa competición se realiza dentro de un marco de igualdad de oportunidades. Pues bien, ese marco se ve complementado y alterado con un sistema de cuotas que garantice que resultarán seleccionados postulantes que no lo habrían sido merced a la sola competición.

Por ejemplo, se dispone que un cierto porcentaje de las vacantes deben ser cubiertas por integrantes de aquel grupo o sector al cual la política de d. p. quiere apoyar (digamos, los negros en EE.UU.). Esto significa que, independientemente de su puntaje, cierto número de postulantes negros quedarán seleccionados en la universidad que implementa esa política, aunque sus puntajes no se los permitiría.

Supongamos hipotéticamente los siguientes resultados en pruebas de admisión. En ese ejemplo, los postulantes negros obtienen un rendimiento considerablemente más bajo que los postulantes blancos:

<table>
<thead>
<tr>
<th>Nº de vacantes: 10</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Porcentaje d. p.: 20</td>
</tr>
<tr>
<td>Puntajes</td>
</tr>
<tr>
<td>23</td>
</tr>
<tr>
<td>22</td>
</tr>
<tr>
<td>21</td>
</tr>
<tr>
<td>20</td>
</tr>
<tr>
<td>19</td>
</tr>
<tr>
<td>18</td>
</tr>
<tr>
<td>17</td>
</tr>
<tr>
<td>16</td>
</tr>
<tr>
<td>15</td>
</tr>
</tbody>
</table>

Supongamos que la política de d. p. indica que al menos el 20% de las vacantes deben ser llenadas con postulantes negros. Eso significa que al menos dos seleccionados deben ser negros (pueden ser más). La lista de seleccionados quedará de la siguiente manera:

<table>
<thead>
<tr>
<th>Blancos seleccionados</th>
<th>Negros seleccionados</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>23</td>
<td>19</td>
</tr>
<tr>
<td>22</td>
<td>18</td>
</tr>
<tr>
<td>21</td>
<td>17</td>
</tr>
<tr>
<td>20</td>
<td>16</td>
</tr>
</tbody>
</table>

---

40 Se asumen emplear como sinónimos discriminación positiva y discriminación inversa (affirmative action o reverse discrimination, en el mundo angloamericano).

41 En rigor, no existe igualdad de oportunidades y por eso se justifica la política de d. p., pero no discutiré eso ahora. Simplemente creo que es posible llamar igualdad de oportunidades formal a aquel sistema en virtud del cual para ingresar a la universidad, todos, sin distinción, deben ser sometidos al mismo tipo de examen y evaluaciones con los mismos criterios.

En consecuencia, desde un punto de vista formal, todos tienen las mismas oportunidades, ya que el sistema no clausura ni dificulta la postulación de ningún grupo o sector, ni aplica criterios de evaluación diversos según de quién se trate, etc. Como quiera que sea, esta discusión no altera lo dicho sobre el tema de fondo.
¿Qué es relevante retener para efectos de analizar la d. p. a la luz del principio de igualdad?

De este ejemplo –simplificado– es posible apreciar que dos postulantes negros serán seleccionados, aunque sus puntajes son inferiores a 7 postulantes blancos que no resultan seleccionados.

Una ordenación por puntajes y sin d. p. habría cortado la admisión en 14 puntos. Con d. p. se corta en 16 puntos para los blancos y permite que ingresen postulantes negros con 9 y 8 puntos, quedando fuera postulantes blancos con 8, 9, 13, 14 y 15 puntos.

Dado el rendimiento en este ejemplo, para que un blanco pueda quedar seleccionado debe obtener al menos 16 puntos. En cambio, para que un negro quede seleccionado debe obtener al menos 8 puntos.

La pregunta en este caso es: ¿satisface la política de d. p. el principio de igualdad?

Mi planteamiento es que la d. p. no es compatible con el principio de igualdad, en ninguno de sus modelos o dimensiones. La d. p. es precisamente una discriminación, lo que ocurre es que puede estimarse valiosa, necesaria o justa, pero es una discriminación. El tratamiento diferenciado que permite la d. p. no corresponde a la dimensión igualdad por diferenciación. La igualdad por diferenciación (como la igualdad por equiparación) tiene por objeto garantizar igualdad de trato. En cambio, en casos de d. p., el tratamiento diferenciado tiene por objeto compensar injusticias o desigualdades históricas, las que no resultarían corregidas mediante una fórmula de igualdad de oportunidades. Por ello, se requiere un plus, un tratamiento privilegiado o especial a cierto grupo o sector. La igualdad está presente en la d. p., pero se trata de la igualdad a futuro, sobre la base de no asegurarla en el presente. Precisamente, en el presente, la política de d. p. es desigualitaria para poder en el futuro tender a la igualdad.

La forma más clara de advertir que la d. p. es contraria al principio de igualdad es notar su carácter de privilegio. En el ejemplo puesto, los beneficiados (nótese: “beneficiados”) por la política de d. p. se ven privilegiados al momento de postular a una universidad, porque necesitan un puntaje inferior para que sean seleccionados (8 puntos, mínimo). En cambio, los otros competidores, a los cuales no se les aplica la d. p., requieren un puntaje mucho mayor (al menos, 16 puntos).

De esta suerte, para el solo efecto de postular y ser admitido en una universidad, conviene más ser negro que ser blanco (repito, para ese solo efecto). Esta idea de que al postular conviene más ser negro que blanco revela el carácter privilegiado de los beneficiarios.

No discutiré en esta parte si, en verdad, es justa la política de d. p. En efecto, un blanco puede alegar que él no tiene la culpa de que históricamente los negros hayan sido tradicionalmente postergados, o que hayan sido explotados bajo la esclavitud por sus antepasados blancos, o que hayan tenido una educación de postrera calidad que, objetivamente, no les permite competir en igualdad de oportunidades, etc.

2. ¿Está autorizada la discriminación positiva por la Constitución Política de 1980?

No pretendo zanjar la discusión acerca de si la d. p. está autorizada por la Constitución Política, es decir, si la d. p. contraviene o no el principio de igualdad. En mi opinión, la d. p. no está reconocida por la Constitución Política, no es compatible con ella y creo que si contraviene el principio de igualdad. De todos modos, lo que me parece relevante es explorar las consecuencias de sostener una u otra postura:

La primera:

Asumamos hipotéticamente que la d. p. es incompatible con el principio de igualdad. En esta alternativa, la consecuencia más obvia es que, de implementarse políticas de d. p. en nuestro país, esas políticas podrían ser impugnadas por inconstitucionales, sea por la vía de la acción de inaplicabilidad42, cuando se trate de un precepto legal, sea por la vía de la acción de protección, si se tratare, por ejemplo, de actos de la administración del Estado.

La segunda:

Por el contrario, si se estima que la d. p. no es contraria al principio de igualdad, la obviedad es que no serían inconstitucionales. Sin embargo, en este caso, cabe enfrentar alguna pregunta de bastante interés. ¿Con arreglo a qué parámetros serían controlables leyes o actos de la autoridad administrativa que impulsen la d. p.?

Si la d. p. se estima conforme con el principio de igualdad y, por ende, no es inconstitucional, eso implica que el legislador o una autoridad administrativa podrían adoptar decisiones fundadas en la discriminación positiva. ¿Qué criterios podrían servir para controlar esas

42 Como de hecho ha ocurrido con la ley indígena. En ese caso, la Sala de lo Constitucional de la Ciudad de México declaró la inconstitucionalidad de la ley indígena, pero no se ha dado un resultado final.
políticas y poder evitar que la autoridad administrativa, invocando (como en un acto de magia) la expresión “discriminación positiva” pudiera adoptar cualquier decisión, inmune a la crítica y a la revisión judicial?

SEGUNDA PARTE
DOGmática CONSTITUCIONAL

1. El principio de igualdad en la Constitución Política de 1980

El principio de igualdad aparece reconocido en diversos preceptos de la Carta Fundamental. A continuación, lo que se hará será transcribir varios de los más relevantes, junto con una brevísimas explicación, cuando sea necesario, para aclarar por qué ese precepto constituye una manifestación del principio de igualdad. Me interesa destacar que este no es un análisis en propiedad de la Constitución de 1980. El objetivo de esta sección es mostrar los preceptos más relevantes donde aparece reconocido el principio de igualdad.

ARTÍCULO 1

Inciso 1: “Las personas\(^{43}\) nacen libres e iguales en dignidad y derechos”;

Inciso 4: “...que permitan a todos y a cada uno...”. Explicación: Cada vez que se establece un sujeto imperativo o destinatario de carácter genérico, a través de la fórmula “todos” se consagra una exigencia de igualdad ante la ley. Por eso, el artículo 14 del Código Civil –efectos de la ley en el territorio– es una manifestación de la igualdad ante la ley.

Inciso 5: “...participar con igualdad de oportunidades...”,

ARTÍCULO 6

Inciso 2: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los particulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Explicación: Se aplica lo ya señalado respecto del artículo 1\(^{\circ}\) inc. 4\(^{\circ}\).

\(^{43}\) Recuérdese que este precepto ha sido modificado. Antes decía: “Los hombres nacen libres e iguales...”

ARTÍCULO 15

“...el sufragio será personal, igualitario y secreto”.

ARTÍCULO 18

“...garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos...”

ARTÍCULO 19

“La Constitución asegura a todas las personas”. Explicación: Como se dijo a propósito de artículo 1\(^{\circ}\) inc. 4\(^{\circ}\), la expresión “todas” implica la igualdad de todos ante ese estatuto. Por esta razón, la infracción de cualquier derecho constitucional implica, además, la infracción del principio de igualdad. Por ejemplo, si a una persona se le perturba su derecho de asociación, no solo se infringe ese derecho sino, además, la igualdad ante la ley, porque todas las demás personas pueden gozar de ese derecho, salvo él. Esta idea tiene mucha importancia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en diversas sentencias, ha reconocido que cada vez que un Estado –parte del Convenio– transgrede un derecho garantizado por el mismo, se infringe, además, el artículo 14 (que se refiere al principio de igualdad). Esta idea puede ser capital para el recurso de protección: si se transgrede un derecho no protegido por la acción de protección, de todos modos ese acto puede ser impugnable, puesto que siempre se produce, conjuntamente, una transgresión de la igualdad ante la ley, que sí está protegida por el artículo 20. Esta tesis se sustenta en que, de lo contrario, se entendería que la autoridad (cuando el sujeto activo sea una autoridad estatal) estaría facultada para actuar, en materias que no están recogidas por el artículo 20, transgrediendo la exigencia de igualdad ante la ley. Si se quiere, se trata de una estrategia similar a la que se ha verificado en nuestro país en relación con el derecho de propiedad sobre cosas incorporales; como se tiene propiedad sobre los derechos, cualquier transgresión de los mismos configura una infracción al N° 24, y por esa vía se podría recurrir de protección. Muchos casos de este tipo se dieron en relación con el derecho a la educación. Lo señalado en los párrafos precedentes ha teni-
do algún respaldo en la jurisprudencia nacional (además de claro respaldo en alguna jurisprudencia europea). En efecto, se han acogido recursos en los cuales se ha invocado la garantía del artículo 19 N° 3, y la Corte ha entendido que cuando se priva de defensa jurídica a una persona se produce una situación de desigualdad ante la ley, contraria al N° 2, de modo que acoge el recurso por infracción del N° 2 en relación con el N° 3. Se puede agregar que no se requiere demasiado ingenio para llegar a esa conclusión, puesto que el N° 3 comienza con la frase “La igual protección”. Como se puede apreciar, la referencia a la igualdad es manifiesta, de modo que la conexión del N° 3 con el N° 2 es bastante directa.

ARTÍCULO 19

Número 2° Inc. 1°. “La igualdad ante la ley...” Comentario: La nomenclatura del N° 2 permite entender acogida tanto la igualdad en la ley como la igualdad ante la ley, y no solo esta última.

Inc. 2°: “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”. (...)

Inc. 3°: (...) “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

Inc. 4°: “...la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos...” Explicación: La igualdad se manifiesta en el adjetivo “todos, todas”.

Número 3: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Número 6: “La igualdad ante la ley...” Comentario: La igualdad se manifiesta en el adjetivo “todos, todas”.

Número 7: a) “Toda persona...”
   b) “Nadie...”
   c) “Nadie...”
   d) “Nadie...”


Número 9 inc. 2: “El Estado protege el libre e igualitario acceso...”

Número 12: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa...” Explicación: La libertad de expresión sin censura previa puede entenderse como la consagración de la igualdad en el ejercicio de la palabra (o de cualquier medio de expresión).

Número 15 inc. 5: “Los partidos políticos no podrán... tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana;”

Número 16 inc. 3: Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en...

Número 20: “La igual repartición de los tributos...”

De todos estos preceptos creo sensato referirme, al menos, al artículo 19 N° 2, que es la manifestación más explícita del principio de igualdad.

Dispone ese precepto: “La Constitución asegura a todas las personas:

La igualdad ante la ley (...) En Chile no hay persona ni grupo privilegiados (...) Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Comentarios:

1. Igualdad ante la ley

Se verá pronto que, desde un punto de vista legal, una categoría muy importante es la distinción entre igualdad en la ley e igualdad ante la ley. Pues bien, es perfectamente posible sostener que este precepto recoge ambas dimensiones.

44 Ver artículo de Rodolfo Figueroa, citado, pp. 364-366.

45 Ibid.
2. No hay persona ni grupo privilegiados

Cuando se examina la categoría igualdad por equiparación e igualdad por diferenciación, se vio que ambas categorías tienen como objetivo proveer igualdad de trato. La igualdad de trato se opone a perjudicar o privilegar a alguna persona o algún grupo. Pues bien, este precepto –artículo 19 N° 2– recoge explícitamente la proscripción de privilegios, que es una idea clave en el principio de igualdad.

3. No se podrán establecer diferencias arbitrarias

Esta cláusula es muy importante y sobre ella presentaré varias consideraciones. Por lo pronto cabe decir que ese enunciado puede entenderse como: se podrán establecer diferencias, siempre que no sean arbitrarias.

3.1. Diferencias

A partir de las categorías igualdad por equiparación y por diferenciación, hemos podido apreciar que el principio de igualdad sí permite establecer diferencias, pues en ciertos casos esa es la forma de asegurar la igualdad de trato. El artículo 19 N° 2 recoge claramente esa idea.

3.2. Excepción

Al señalar la Constitución que se podrán establecer diferencias, ¿admite que se pueden efectuar “excepciones” al principio de igualdad?

Esta explicación es casi innecesaria. Si en un caso determinado corresponde establecer diferencias, esa será la forma (digamos, a única forma) de cumplir con el principio de igualdad, no de excepicionar. Como se vio cuando revisamos las categorías equiparación y diferenciación, si lo que corresponde es diferenciar, no hacerlo constituye una infracción al principio de igualdad, de modo que hacerlo jamás puede entenderse como una excepción a ese principio.

Esa es la explicación conceptual a partir de las categorías “equiparación-diferenciación”. Pero es posible presentar otra explicación, quizás más importante:

Si entendemos que el principio de igualdad admite excepciones, entonces desaparece por completo ese principio y no será posible distinguir una excepción al principio de una transgresión al principio.

Por ejemplo, supongamos que la tarea es asignar derechos políticos. Imaginemos que alguien sugiere conceder derechos políticos solo a las mujeres y no a los hombres (como una suerte de venganza histórica). Supongo que más de alguien protestará que esa es una infracción al principio de igualdad. Aquí viene la parte importante: supongamos que el proponente de esta medida aclara que no se trata de una transgresión al principio de igualdad sino, solo de una excepción al mismo.

¿Cómo distinguimos una excepción de una transgresión al principio de igualdad? No conceder derechos a los hombres ¿es una excepción o una transgresión? Si admitimos que puede haber excepciones al principio de igualdad, se deja abierta la puerta para cualquier tipo de discriminación.

3.3. Se “podrán” establecer diferencias

¿Qué significa decir que la ley “podrá” establecer diferencias? Más directamente: ¿se trata de un permiso, de una facultad? Es decir, el legislador, al establecer una ley, ¿tiene la facultad de establecer diferencias si es que lo estima apropiado?, ¿puede no hacerlo?

Dije que la expresión “no podrán establecer diferencias arbitrarias” cabe entenderla como que sí se pueden establecer diferencias, siempre que no sean arbitrarias. Este modo de entender el precepto es correcto. Sin embargo, no debe llevar a pensar que él conlleva una facultad o un permiso. Si nos encontramos frente a una situación en la cual el principio de igualdad se materializa a través de la diferenciación, eso significa que la única forma de proveer igualdad de trato es diferenciando, de suerte que diferenciar en ese caso no es una facultad o un permiso sino una exigencia. En tal caso, será imperativo diferenciar; no es que pueda diferenciar, sino que debe diferenciar.

3.4. “Arbitrariedad”

Dice la Constitución que la diferenciación no debe ser arbitaria. Pues bien, ¿qué ocurre con la equiparación? ¿Puede ser arbitaria? Presentado de otro modo, la cláusula de no arbitrariedad ¿se aplica solamente a la diferenciación y no a la equiparación?

La respuesta es negativa. La no arbitrariedad es aplicable a ambas categorías de la igualdad. Tanto una diferenciación como una equiparación arbitraria infringen la igualdad de trato, que es como cabe interpretar lo que la Constitución proscribe.

Antes de cerrar esta sección 1°, dedicada al principio de igualdad en la Constitución Política de 1980, creo pertinente aclarar que no
todas las manifestaciones del principio de igualdad que hemos visto en los recuadros anteriores son susceptibles de tutela ni de la misma tutela. Más adelante, en este trabajo, se presentará una sección referida especialmente a los medios de tutela. Por ahora baste decir lo siguiente:

i) El recurso de protección, conforme lo establece el artículo 20 de la Constitución, solo es procedente para proteger garantías contempladas en el artículo 19.

En consecuencia, las manifestaciones del principio de igualdad que se reseñaron y que no corresponden al artículo 19 no son susceptibles de la protección que franquea el artículo 20.

ii) Además, la acción de protección, también conforme lo señala el artículo 20, no cubre todas las garantías numeradas en el artículo 19. De modo que la acción de protección será inidónea para proteger aquellas garantías no numeradas, a menos que se suscriba la tesis señalada en esta sección de que una infracción a cualquier garantía es, a la vez, una transgresión de la igualdad ante la ley. Me alegraría mucho que se aceptara esa tesis, pero no lo puedo dar por hecho.

Para aquellas manifestaciones del principio de igualdad que no son tutelables por la vía de la acción de protección, quedarán disponibles, con todas las limitaciones que sean del caso, dos alternativas muy restringidas:

* la acción de inaplicabilidad que reconoce el artículo 80 de la Constitución y

* el control preventivo que realiza el Tribunal Constitucional.

2. Igualdad en la ley y ante la ley

Una categoría básica del principio de igualdad, desde una perspectiva legal, es la denominada igualdad en la ley e igualdad ante la ley.

La igualdad en la ley es una exigencia que está referida a los contenidos de la ley, en el sentido de que ellos deben satisfacer un determinado estándar de igualdad. Si así no ocurre, podrá considerarse que la ley es contraria al principio de igualdad y podrá reclamarse su inconstitucionalidad, cuando esté previsto. Por ello, el principio de igualdad en esta dimensión representa una cláusula que limita el proceder del órgano legislativo.

En cambio, la igualdad ante la ley constituye una exigencia que apunta no a sus contenidos sino a su aplicación, sea por parte de la autoridad administrativa o de cualquier otro agente, en el sentido de que dicha aplicación debe ser igualitaria. Por ello, con frecuencia, se alude a esta dimensión también como igualdad en la aplicación de la ley. Si la aplicación de preceptos legales no es igualitaria, se podrá reclamar contra el acto específico de aplicación de la ley, no contra la ley. Por ello, la igualdad en este sentido constituye una limitación al proceder de la autoridad o de agentes particulares. Dicho de otro modo, la igualdad en la ley consiste en que los criterios legales sean igualitarios; en cambio, la igualdad ante la ley consiste en que los criterios legales sean aplicados igualitariamente.

Esta distinción ha sido recogida tanto por alguna doctrina española, así como por alguna jurisprudencia de tribunales europeos. Pueden citarse como ejemplos el Tribunal Constitucional Español, el Culsamiglia señala que la igualdad en la aplicación de la ley se satisface si a los destinatarios de las normas jurídicas se les aplican igualmente los criterios legales; en cambio, la igualdad en el contenido de la ley se cumple si los criterios que utiliza la ley para distinguir entre clases de individuos están justificados y son razonables. Ver Culsamiglia, citado, p. 101.


La dicotomía igualdad en la ley y ante la ley ha sido recogida por la jurisprudencia constitucional española con otra terminología: lo que hemos entendido por igualdad en la ley corresponde en la jurisprudencia constitucional española a las expresiones igualdad en la ley o ante la ley, y se trata de igualdad normativa, que impide que la discriminación tenga su origen en las normas jurídicas; en cuanto a la igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley la jurisprudencia emplea la misma expresión: igualdad en la aplicación de la ley, y se trata de la igualdad judicial, que impide que la discriminación tenga lugar merced a la aplicación de las normas por parte de los tribunales de justicia. Sobre esta aclaración, consultar Gui M., Tomás. Jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas. Madrid, 1992, p. 127.

Ahora bien, las transgresiones a la igualdad en la ley se discuten como problemas de inconstitucionalidad de preceptos legales. Por ejemplo, en las sentencias 54-83 y 151-85.

La igualdad ante la ley se discute por vía de amparo, por ejemplo, en las sentencias 2-83, fundamento jurídico 4; 63-84, fundamento jurídico Cuarto; 25-87, fundamento jurídico 1; 101-87, fundamento jurídico 6; 624-88, fundamento jurídico 6; 260-88, fundamento jurídico 3; 159-89, fundamento jurídico 2; 82-90, fundamento jurídico 2; 103-90, fundamento jurídico 2; 156-89, fundamento jurídico 2; etc.

66 Ibid., p. 359
Tribunal Constitucional Italiano\textsuperscript{50} y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos\textsuperscript{51, 52, 53}. 

¿Qué importancia presenta esta distinción?\textsuperscript{54}.

Esta distinción es relevante por tres razones:

2.1. Conjunión o disyunción

La distinción entre ambas dimensiones de la igualdad es relevante, porque se puede producir una infracción a la igualdad solo en una de ellas (disyunción) y no necesariamente en las dos, aunque puede ocurrir (conjunión). De modo que se pueden dar 4 posibilidades:

* Caso 1: ni la ley es discriminatoria ni su aplicación lo es. Esas parece ser la situación ideal.

* Caso 2: la ley es discriminatoria, pero su aplicación no lo es. Por ejemplo, supongamos una ley que concede beneficios de cesantía solo a personas cesantes de cierta orientación religiosa. Esa ley es discriminatoria. Supongamos que cada vez que una persona que reúne esas cualidades solicita el beneficio se le concede, y supongamos que jamás se le conceda a alguien que no las reúna. En estos casos, la aplicación de la ley no es discriminatoria.

* Caso 3: la ley no es discriminatoria, pero su aplicación sí lo es. Por ejemplo, supongamos que la ley concediera beneficios de cesantía a todas las personas cesantes, sin discriminación. Supongamos, además, que no siempre se concediera el beneficio a alguien que lo solicita y reúne las condiciones y/o se concediera a veces a quienes no reúnen las condiciones. En estos casos, la aplicación de la ley sería discriminatoria.

* Caso 4: La ley es discriminatoria y su aplicación también lo es. Esta parece ser la peor de las alternativas. Imaginemos el caso N° 2, ley discriminatoria, pero que a veces se conceda el beneficio a personas de otra orientación religiosa y/o a veces no se le conceda a personas de la orientación religiosa que señale la ley.

2.2. Mecanismos de tutela

Los mecanismos de tutela son diversos según se trate de una dimensión u otra del principio de igualdad. Cuando se infringe la igualdad en la ley es la norma legal la que transgreda la igualdad, de modo que estarán disponibles solo los mecanismos que permiten impugnar normas, a saber, el control preventivo que practica el Tribunal Constitucional y la acción de inaplicabilidad ante la Corte Suprema. El recurso de protección, en cambio, no estará disponible. Tales serían los casos 2 y 4 señalados en el número anterior.

Por el contrario, si se transgrede la igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley, es un acto y no una norma el que transgreda la igualdad, de modo que estará disponible el recurso de protección, pero no los otros dos mecanismos señalados. Tal sería el caso de los números 3 y 4.

2.3. Carga de la prueba

Según se trate de una dimensión u otra de la igualdad, habrá diferencias respecto de la carga probatoria. Así, por ejemplo, puesto que la igualdad ante la ley consiste en dar aplicación de la ley según sus "condiciones de aplicación", cualquier desviación en la aplicación de esas condiciones dará lugar a una diferenciación arbi-
traria. Bastará acreditar la ocurrencia de esa irregularidad para estimar configurada una transgresión del principio de igualdad (ante la ley).

Eso es muy importante: no será necesario que el recurrente despliegue ningún tipo de argumentación sustantiva acerca de la igualdad o sus parámetros; no es necesario invocar ninguna teoría de la justicia para alegar la infracción de la igualdad. En la jurisprudencia nacional de recursos de protección hay muchos casos en que esto ocurre así. En cambio, cuando se impugna una ley, es decir, cuando se alega una transgresión a la igualdad en la ley, es necesario desplegar una argumentación destinada a probar la infracción de la igualdad, invocar alguna teoría de la justicia o concepción de la igualdad que fundamenta el reclamo. Ya hemos visto lo difícil que resulta abordar ese punto.

3. Iguanidad ante la ley y precedente judicial

El tema del precedente judicial presenta una relación conceptual directa con la dimensión de igualdad ante la ley. En esta sección se pretenderá ilustrar esa conexión y se argumentará que el principio de igualdad ante la ley obliga a un sistema de precedente obligatorio. Para abordar este tema, será indispensable arrojar algunas ideas acerca de en qué consiste un sistema de precedente obligatorio, cuál es su fundamento y qué funciones cumple el modelo del precedente en un sistema jurídico.

1. Qué es el precedente

Por lo pronto, cuando hablo de precedente, estoy aludiendo a precedente obligatorio, el que cabe distinguir de precedente "fáctico", que se explicará luego.

El modelo de precedente impara en los sistemas anglosajón y angloamericano bajo la regla del stare decisis que significa let the decision stand, "ha de mantenerse la decisión". La idea central de esta regla consiste en la obligación de seguir u observar el precedente. Ciertamente, el modelo del precedente opera para casos análogos; en efecto, solo es posible predicar respecto de un caso que debe ser resuelto según un caso precedente cuando el caso que toca resolver es análogo al preexistente.

El modelo de precedente exige, pues, aplicar a un caso el modo de resolver que ha sido utilizado en un caso previo que constituye su precedente. Sin embargo, este modelo no impide resolver un caso de un modo diverso del utilizado en el precedente. Es posible apartarse del precedente siempre que se justifique la razón del cambio. Por tanto, un caso que presenta un precedente debe ser resuelto del modo como lo ha sido el anterior, a menos que el tribunal justifique una forma distinta de resolver. Es importante destacar que lo que impide el sistema de precedente es apartarse del modo de resolver que pre-existe sin dar razones de ese cambio. Como se advertirá, justificar el apartarse de un precedente puede resultar una tarea sumamente dificultosa. Ello puede explicar la inercia y permanencia que poseen los precedentes.

No he precisado aún qué es exactamente lo obligatorio en el modelo de precedente, en particular, qué significa la expresión "modo de resolver". Prefiero abordar ese punto más adelante.

2. Cuál es el fundamento del precedente

En el sistema angloamericano, el modelo de precedente se considera esencial para que exista the rule of law, parte de lo que en nuestro

---


51 Ejemplos famosos donde estaba involucrado el principio de igualdad los constituyen los casos de segregación racial. En 1954, en el caso Brown vs. Board of Education (347 U.S. 483), la Corte Suprema Federal de E.U.A. impidió la segregación racial, basada en la doctrina "separados pero iguales". Sólo en el año 1954, en el caso Brown vs. Board of Education (347 U.S. 483), la Corte invalidó esa doctrina y ordenó la integración. Como se puede apreciar, tomó más de medio siglo modificar el precedente. Lo mismo cabe decir en otro ejemplo famoso, los casos sobre aborto. En 1973, en el caso Roe vs. Wade (410 U.S. 113), la Corte reconoció que el derecho a la intimidad que la mujer posee le permite decidir acerca de proseguir con su embarazo o abortarlo. En más de una docena de casos se ha solicitado a la Corte revocar ese precedente, pero la Corte lo ha respetado, y rige hasta hoy, después de casi 30 años.
sistema denominamos estado de derecho. En el siguiente párrafo, la Corte Suprema de E.U.A. ha tenido oportunidad de volver sobre el fundamento y la función del stare decisis, en el famoso caso Casey:

"The obligation to follow precedent begins with necessity, and a contrary necessity marks its outer limit. With Cardozo, we recognize that no judicial system could do society's work if it eyed each issue afresh in every case that raised it. See B. Cardozo, The Nature of the Judicial Process 149 (1921). Indeed, the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable. See Powell, State Decisis and Judicial Restraint, 1991 Journal of Supreme Court History 13, 16. At the other extreme, a different necessity would make itself felt if a prior judicial ruling should come to be seen so clearly as error that its enforcement was, for that very reason, doomed."60,61

El fundamento del precedente es una exigencia básica de igualdad: si un caso A es análogo a un caso B, entonces debe ser resuelto del mismo modo. Resolver un caso A de modo distinto a un caso B, siendo análogos, constituye una discriminación. Como digo, se trata de una exigencia básica del principio de igualdad, que en una formulación más general indica: "quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo". Esta es una de las reglas de carga de la argumentación que Alexy plantea en su teoría de la argumentación práctica62. Más aún, Alexy dice que el precedente se funda en el principio de universalidad, el que califica de "...exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual"63.

61 En otra parte de la sentencia citada en la nota anterior, la Corte se refiere a la posibilidad de apartarse de la decisión precedente, tal como fue explicado previamente: "Even when the decision is overruled in a prior case is not, as is the rare, latter instance, virtually foreordained, it is common wisdom that the rule of stare decisis is not an "inevocable command," and certain it is not such in every constitutional case, see Burnet v. Corronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393 (1932) (Brandeis, J., dissenting). See also Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808 (1991) (Souter, J., joined by Kennedy, J., concurring) Arizona v. Rumsey, 467 U.S. 203 (1984). Rather, when this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case." Tomado del caso: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey. Rol 505 U.S. 833, 1992. Sección III A, párrafos 1 y 2, (subrayado agregado).
63 Ibid., p. 262.

No resulta difícil poner ejemplos: casos de nulidad de matrimonio. Estos casos deben estimarse análogos en la medida que el problema jurídico que se plantea en todos ellos es el mismo: la nulidad del vínculo matrimonial por la causal de incompetencia del oficial del Registro Civil. No debiera estimarse relevante el medio probatorio, aunque en todos ellos se trata de declaraciones de testigos. Siendo análogos, todos ellos debieran resolverse del mismo modo.

Otro ejemplo, los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.L 2.695. Prácticamente en todos ellos se inicia un procedimiento ordinario para declarar la nulidad de la inscripción de un bien raíz, que una persona efectuó a su nombre, utilizando el referido D.L. En el juicio de nulidad se interpone la acción de inaplicabilidad, alegándose que el mencionado D.L. es inconstitucional. Las razones de la inconstitucionalidad suelen ser varias, pero en todos los casos se alega que se afecta el derecho de propiedad. Por lo tanto, en estos casos de inaplicabilidad puede afirmarse que el problema jurídico es el mismo: ¿afecta el D.L. 2.695 el derecho de propiedad?

3. Funciones del precedente

El modelo del precedente cumple importantes funciones dentro de un sistema jurídico. Hay que comenzar por la igualdad. Un sistema de precedente asegura la igualdad ante la ley y, de ese modo, evita la discriminación en la aplicación de la ley64. No creo necesario extenderme acerca de la relevancia de que en un sistema jurídico existan instituciones y modelos de resolución que permitan poner límite a la arbitrariedad.

En segundo lugar, cabe destacar la seguridad jurídica. Bajo un modelo de precedente, los ciudadanos pueden tener una razonable seguridad de que los casos que se planteen serán resueltos del modo como lo han sido los casos anteriores, a menos que se justifique un cambio de precedente, lo que ocurre de manera excepcional. De esta suerte, los ciudadanos pueden predecir, con razonable certeza, cómo se comportarán los órganos judiciales frente a casos que presenten precedentes: cómo aplicarán el derecho vigente, cómo lo interpretarán y de qué modo resolverán. Esa posibilidad de predicción es lo que se denomina seguridad jurídica. Post cita un texto de Sprecher, que me parece muy ilustrativo reproducir en esta oportunidad, por cuanto se refiere expresamente a la seguridad jurídica, predictibilidad e igualdad:

64 Debe precisarse que se entiende por "aplicación" de la ley. Esto está conectado directamente con "modo de resolver"; todo lo cual se abordará en conjunto pronto.
La seguridad jurídica reduce la contingencia. Dicho al revés, donde no existe un sistema de precedente la contingencia es muy alta, lo que hace que el sistema sea deseconomómico, y con esto entramos en una tercera función. En efecto, si no existe seguridad acerca de cómo se interpretará el derecho y cómo se comportarán los tribunales, entonces los ciudadanos, ante la incertidumbre, deberán tomar precauciones adicionales y eventualmente cubrir varias alternativas en relación con el cumplimiento de las normas vigentes, probablemente incurriendo en mayores costos que los que hubieran sido necesarios, de existir un modo de proceder uniforme y obligatorio de parte de los órganos judiciales, conocido por todos. Además, resulta deseconomómico un sistema que obliga a considerar cada caso como si fuera un caso nuevo. En los sistemas donde no se reconoce el precedente, cada caso puede ser resuelto de cualquier manera; toda alternativa de solución que se presente será una alternativa disponible, de modo que cada caso puede estimarse como un caso nuevo. Pues bien, estimar cada caso como un caso nuevo es deseconomómico.\(^65\)

---


\(^{66}\) Esto no significa que el tribunal necesariamente va a invertir la misma cantidad de tiempo y recursos que los que ha invertido en casos precedentes. Es posible que se resuelva rápidamente, según la doctrina que el tribunal ya haya asentado. Sin embargo, esa es solo una posibilidad y no un efecto necesario del sistema. Ahí radica el problema.

Podré un ejemplo fuera del sistema judicial, para ilustrar esta idea del "caso nuevo": Acusación constitucional contra un ministro de la Corte Suprema por notable abandono de deberes. Esa situación ya se ha planteado en la década que corre y la discusión fue que se entiende por "notable abandono de deberes." La primera vez que se planteó en esta década hubo discusión, se manejaron al menos dos interpretaciones, se llamo a constitucionalistas reputados para dar su opinión, etc. El asunto se planteó por segunda vez poco tiempo después y se observó el mismo proceder: se discutió cómo debería entenderse esa cláusula, hubo nuevos informes y consultas a algunos constitucionalistas, etc. En consecuencia, si se vuelve a plantear la situación, cabe esperar que se volvió a discutir cómo debe interpretarse esa cláusula, y el resultado puede ser cualquiera. Es decir, cada caso se tomará como un nuevo caso, con un gasto de recursos innecesario. De más está decir que esto no resulta razonable para los ministros de la Corte Suprema; en efecto, ellos no tienen una advertencia clara acerca de en qué consiste la cláusula "notable abandono de deberes" y cómo serán juzgados. Esto genera falta de certeza jurídica.

---

En ocasiones, la Corte Suprema Federal de E.U.A. es casi majadera en indicar que prácticamente ella no innova en doctrina constitucional, sino que siempre existe algún precedente que orienta el fallo; es decir, que no está considerando un caso como "caso nuevo". Por ejemplo, en uno de los casos más famosos de la Corte Suprema -el caso Roe v. Wade (que en opinión de R. Dworkin es incluso más importante que el caso Madison v. Marbury)-, donde se declara el derecho a la privacidad, que no está mencionado en el Bill of Rights, la Corte se empeña en sostener que tal derecho es posible hallarlo y reconstruirlo a partir de fallos anteriores, como el caso Griswold, entre otros.\(^67\)

Una última función del sistema de precedente que deseo comentar es legitimar las decisiones judiciales. Que exista obligación de resolver un caso como ha sido resuelto en otro, precedente, implica suponer que la decisión del caso anterior es la correcta. Si el tribunal considera que no es correcta aquella decisión previa, debe probarlo y justificar el cambio de precedente y de modo de resolver. ¿Qué importancia posee esta función de legitimación? Que provee de legitimidad también a la decisión que se adopte para el caso de que se trate. Imaginemos que el caso 1 es precedente y el caso 2 es el que toca resolver en el momento, ambos análogos. Si el tribunal que debe resolver el caso 2 se aparta del modo de resolver pautado en 1, porque estima que no es correcto, pero no da ninguna justificación del cambio, cabe preguntarse ¿por qué esta nueva decisión es la correcta? Solo si se asume que la decisión precedente es la correcta (a menos que se pruebe lo contrario), la decisión 2 también lo será, sea que se someta al precedente o lo cambie justificadamente. Un sistema que permite el cambio sin justificación proyecta una sombra de duda sobre las decisiones judiciales. No creo que sea necesario extenderme sobre la necesidad de que un sistema judicial goce de legitimidad dentro del sistema social.

4. **Consecuencias para un sistema jurídico en que no existe precedente obligatorio**

Es sencillo iluminar sobre algunas consecuencias, por cierto negativas, que se siguen para un sistema jurídico donde no existe el precedente obligatorio. Por lo pronto, la falta de igualdad ante la ley. En

---

\(^{67}\) La existencia de esta regla en el sistema judicial angloamericano explica el que los fallos de la Corte Suprema correspondan a discursos repletos de citas y números referentes a casos anteriores, donde se indica por qué debe o no debe seguirse lo que en algún determinado caso se ha resuelto. Por lo tanto, la referencia a fallos precedentes es fundamental.
esta parte intentaré probar cómo la exigencia de igualdad ante la ley implica un sistema de precedente obligatorio.

Imaginemos que un tribunal debe resolver tres casos: A, B y C, todos ellos análogos. Supongamos que con ocasión del primer de ellos, hubo discusión acerca de cómo interpretar el derecho vigente aplicable y se manejaron 4 alternativas, i1, i2, i3 e i4 ("i" de interpretación). Asumamos que el tribunal acogió i2.

En un sistema sin precedente, el tribunal puede interpretar el derecho vigente como le plazca y no se encuentra obligado a mantener continuidad o coherencia con modos de razonar y de resolver previos. En consecuencia, asumamos que en el caso B el tribunal rechaza la interpretación i1 y para el caso C el tribunal se arrepiente y vuelve a i2; finalmente, para el caso D el tribunal sigue i4.

Ciertamente, las diversas interpretaciones condujeron a decisiones diferentes, pues el derecho aplicable se interpretó de manera diferente. En A la decisión fue d2, en B fue d1, en C nuevamente d2 y en D fue d4 ("d" de decisión).

La pregunta es: ¿se cumple la exigencia de igualdad de trato, de igualdad ante la ley, cuando casos análogos tienen distintas decisiones?69

Si se llega a presentar otro caso análogo, digamos el caso E, las partes ¿qué deben esperar?: ¿i1, i2, i4 o tal vez i3, que nunca se ha aplicado pero que se discutió en el caso A?

5. **Modo de resolver**

Revisemos en qué consiste un modo de resolver y qué es lo que resulta obligatorio en un modelo de precedente.

Por lo pronto, debe distinguirse la "resolución" del asunto del "modo de resolver" el asunto. Lo primero apunta a lo resuelto y a segundo al fundamento de esa decisión, a las razones justificatorias de ella. Si tomamos la clasificación de las diversas partes que es posible advertir en una sentencia, de acuerdo con el código de procedimiento civil, la resolución corresponde a la parte decisoria o resolutoriva y el modo de resolver a la parte considerativa. En esta parte, se contiene las razones o ratio decidendi del fallo. Ellas comprenden el derecho vigente; el modo como se interpretó ese derecho; si hubo conflictos entre normas; la forma como se resolvió ese conflicto —por ejemplo, piénsese en un recurso de protección en que están aparentemente en conflicto dos derechos, la honra y la libertad de expresión; las concepciones y teorías del derecho que se han utilizado para abordar el problema jurídico— piénsese en materia penal, teoría del delito, etc.69

Lo que resulta obligatorio en un sistema de precedente no es la parte decisoria, que tiene efecto relativo (en Chile y en cualquier país), sino la parte considerativa. En efecto, la parte decisoria puede disponer: "se condena a fulano pagar una suma de dinero", o "se declara culpable a mengano", etc. Ese pronunciamiento produce efectos jurídicos solo respecto de las partes en el juicio, no puede producirlo respecto de nadie más. En cambio, el modo de resolver el asunto sí resulta obligatorio para casos análogos. De esta suerte, si se utilizó una cierta interpretación del derecho vigente, deberá aplicarse esa misma interpretación a casos futuros, a menos que se logre justificar escoger otra para el caso que toque resolver, la que, por su parte, será aplicable a todo futuro caso análogo (a menos que se logre probar la necesidad del cambio).

En el ejemplo dado en párrafos anteriores, si para el caso A se acogió la interpretación i2, para B debe aplicarse la misma interpretación. Solo si se demuestra justificadamente que debe emplearse otra, podrá utilizarse otra, como i1. Si así ocurre, entonces en C también debe aplicarse i1.

Con este sistema, cuando se plantea el caso E, las partes podrán razonablemente confiar que, a menos que se demuestre lo contrario, el derecho vigente se aplicará en el sentido i1 (y no se aplicará en los otros tres sentidos).

El sistema de precedente no exige que la "decisión" sea la misma, necesariamente. Es posible que las decisiones sean diversas, según las circunstancias del caso, pero las decisiones no pueden ser diver-

---

69 Dentro del modo de resolver se encuentran también cuestiones fácticas, interpretadas según cierta teoría o concepción. Un ejemplo en Chile fue una cuestión histórica: si hubo en Chile estado de guerra o no. En una primera oportunidad, la Corte Suprema dijo que sí; luego dijo que no y, en una tercera oportunidad, volvió a su predicamento original. Esta variaciones fueron fundamentales en los respectivos casos: de ellas dependía que se aplicara la jurisdicción militar de tiempo de guerra o que se aplicaran las Convenciones de Ginebra.
sas porque se haya alterado el modo de resolver, sin justificación. Es posible que, no obstante tratarse de casos análogos, algún detalle exija otra decisión (prescribió la acción, hubo pago, o lo que fuere).

El principio de igualdad en su dimensión de igualdad ante la ley (o en la aplicación de la ley) exige resolver casos análogos de manera análoga. De otra forma, sería como si para cada caso hubiera un “derecho” y un “modo de resolver” ad hoc, lo que es ciertamente discriminatorio.

Conviene ahora referirse a los precedentes “fácticos”.

Ciertamente es razonable que, con el correr del tiempo, los tribunales estandaricen modos de resolver para casos análogos. Por ejemplo, como tratar los cheques en garantía en relación con el delito de giro doloso de cheque, o una petición de libertad provisional sin causar el total del monto del cheque, etc. Si así ocurre, puede decirse que existe jurisprudencia “fáctica”. Esto consiste en la posibilidad de verificar jurisprudencia uniforme sobre alguna materia o problema jurídico. Sin embargo, esa jurisprudencia es solo fáctica y no normativa. En consecuencia, esos mismos tribunales, que habitualmente aplican el mismo modo de resolver (y probablemente la misma decisión), saben que no están obligados a hacerlo, de suerte que podrían alterar ese modo de resolver en cualquier momento y para cualquier caso, intempestivamente, sin dar razón del cambio. Así las cosas, los abogados, sabiendo que en cierta materia existe precedente fáctico, habitualmente cuentan con que se mantendrá, pero la confianza que poseen no es mucha porque saben que el tribunal puede alterar cuando quiera y sin dar razón del cambio ese modo de resolver. Es perfectamente posible, y así ha ocurrido, que un tribunal falle un mismo tipo de caso de manera similar durante bastante tiempo, pero justo en el caso en que interese, el tribunal cambie su doctrina. Por ejemplo, puede ocurrir que los casos A, B, C se hayan fallado con i2, pero cuando a un abogado le toque patrocinan el caso D, el tribunal recurra a i1, y luego retome i2, para todos los demás.

Con esto se demuestra la falta de igualdad ante la ley, la discriminación y la arbitrariedad en el proceder del órgano judicial.

Otra consecuencia que se puede extraer de estos ejemplos es la falta de predictibilidad, que ya se ha explicado. Sobre esto último debemos matizar. La falta de predictibilidad es una cuestión de grados y dependerá del tipo de materia o problema jurídico. Si existe precedente fáctico, habrá alguna seguridad jurídica, aunque relativa; en cambio, si no existe, la incertezza será mayor. La deseconomía es otro aspecto negativo que se sigue de un modelo sin precedente.

6. Síntesis en Chile

En nuestra cultura jurídica, más que por nuestras normas, existe la convicción de que el sistema de precedente no se encuentra autorizado. Los tribunales tienen la convicción de que los asuntos que les toca resolver pueden ser resueltos del modo como mejor les parezca, sin tener ninguna obligación de ser coherentes con fallos emitidos por otros tribunales sobre casos análogos, ni siquiera con fallos emitidos por el propio tribunal sobre tales casos.

Esta convicción puede tener varias explicaciones y posiblemente se encuentra emparentada con una cierta interpretación de lo que la independencia judicial significa. Los jueces suelen estar que la independencia del Poder Judicial implica independencia personal de cada juez o cada tribunal. Esa independencia se traduce en que no tiene un juez ninguna obligación de someterse a ninguna directriz existente sobre el modo de ejercer su función, aunque haya sido emitida por él mismo. Independencia significa, de ese modo, desvinculación, inorganicidad del funcionamiento del Poder Judicial.

No comentaré esta interpretación de la independencia del Poder Judicial. Me interesa analizar la norma que habitualmente se dispone como la que impide un sistema de precedente en Chile. Habitualmente se dice que se trata del artículo 3° del Código Civil, en su inciso 2°70. Dispone ese precepto:

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Es decir, para otras causas, la resolución judicial dictada no tiene ninguna fuerza. Reformulado de un modo más general, para cualquier causa, ninguna resolución judicial tiene fuerza obligatoria. Ergo, al fallar, no existe ninguna obligación de someterse a resolución alguna.

Con todo, ese precepto puede ser interpretado de dos maneras, a partir del significado que se le otorgue a la expresión “sentencias judiciales”. Una interpretación restrictiva permitiría advertir tras esa expresión no todas las partes de la sentencia sino tan solo una de ellas, la parte resolutiva. Otra interpretación, “literal”, entendería esa expre-

sión tal como lo indicaría el sentido común, simplemente como “sentencia”, de modo que todas sus partes quedarían comprendidas\footnote{He visto que Streeter suscribe este mismo acercamiento al tema.}.

Es relevante distinguir estas dos posibles interpretaciones porque, siguiendo la primera interpretación, el efecto relativo que dispone el precepto en cuestión sería aplicable a la parte resolutiva y no a la considerativa. En consecuencia, el artículo 3° inc. 2° no se opondría a un sistema de precedente. En cambio, conforme la segunda manera de entender el artículo, si quedaría prohibido el precedente, pues el efecto relativo sería predictable respecto de toda la sentencia.

Streeter se inclina claramente por la primera forma de interpretar el precepto y afirma que: “...estamos entendiendo mal el artículo 3° inciso 2°...”\footnote{Streeter, Ob. cit., p. 99.}

En mi opinión, no iría tan rápido como el profesor Streeter. En verdad yo preferiría interpretar el artículo 3° inc. 2° conforme la primera alternativa, pero no veo muchos argumentos que avalen esa elección. Además, me parece forzado ver, donde dice “sentencia”, solo “una parte” de ella. Ahora bien, la segunda interpretación tiene la ventaja de ser muy de sentido común, pero no resulta conceptualmente muy consistente, puesto que alegar que la expresión “sentencia judicial” cubriría todas las partes de la misma implicaría sostener que se hubiera tenido en mente la posibilidad de que lo considerativo tuviera efectos obligatorios y expresamente se hubiera descartado esa eventualidad, recurriendo a la fórmula “sentencias”. Creo que esa hipótesis no es históricamente probable.

En resumen, la primera alternativa no excluiría el precedente, solo la segunda. De todas maneras, me parece que la doctrina (incluido el artículo de Streeter) no ha reparado en un punto importante: el inciso 1° del artículo 3° Código Civil. Dispone ese precepto:

“Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”.

Un sistema de precedente consiste –dicho rudamente, después de tantas explicaciones– en lo que hace un tribunal es obligatorio para otros tribunales y para el mismo, bajo ciertas condiciones; en particular, en lo que se refiere a la interpretación del derecho, que es la forma como el derecho se aplica a los casos (recuérdese, igualdad en la aplicación de la ley). Pues bien, el artículo 3° inc. 1° dice expresamente que solo el legislador puede interpretar de modo obligatorio el derecho, de lo que se deduce que nadie más puede hacerlo, incluidos los tribunales.

Así, pues, una interpretación del derecho efectuada por los tribunales no puede tener fuerza obligatoria por prohibirlo el precepto en cuestión, de manera explícita.

Por lo tanto, si no excluye el precedente el inciso 2° del artículo 3° (siguiendo la primera interpretación), lo excluiría inevitablemente el inciso 1°.

Hasta aquí he dado mi opinión acerca de cuál sería la norma que en el Código Civil impediría un sistema de precedente obligatorio. Pues bien, ahora viene la parte más relevante: por el hecho de que exista esa norma (sea el inciso 2° o el 1°), ¿cabe concluir entonces que en el ordenamiento jurídico chileno está clausurado el modelo del precedente?

Mi respuesta es negativa, precisamente en virtud del artículo 19 N° 2 de la Constitución. No cabe duda que el Código Civil se opone al precedente, lo que, por lo demás, es perfectamente coherente con la época en que se dictó y con la concepción sobre el Poder Judicial imperante en ese tiempo. Sin embargo, el Código Civil no agota el ordenamiento jurídico. Debe considerarse la Constitución y el principio de igualdad contenido en el citado artículo 19 N° 2 en lo que toca a lo que discutimos, en su dimensión de igualdad ante la ley.

Para entrar en este tema sugiero considerar algunas preguntas:

* El artículo 19 N° 2, ¿contiene alguna regla aplicable al quehacer de los tribunales? Ese precepto, ¿no tiene ninguna relación con la actividad judicial?

* Visto desde otro ángulo, el principio de igualdad rige al legislador, al administrador, a los particulares, ¿pero no a los tribunales?

* La dimensión de igualdad en la aplicación de la ley, ¿para quién puede tener relevancia si no es para los tribunales, que son los aplica- dores del derecho, por excelencia?

Lo que sostengo en este trabajo, y no puedo decir que sea una idea original, es que el principio de igualdad ante la ley implica que los
tribunales deben someterse al sistema de precedente. Dicho sistema, como ha quedado dicho, se funda en la igualdad, de modo que operar de una manera distinta, como esperar haber graficado con los ejemplos, implicaría necesariamente aplicar un modelo que permita ampliamente que exista discriminación. Operar bajo un modelo de precedente, me parece a mí, es la única forma de no infringir el principio de igualdad ante la ley. En Chile, esta exigencia está incluida en la Constitución, artículo 19 N° 2, siendo irrelevante que el Código Civil disponga otra cosa. En este sentido, la cláusula del Código resulta inconstitucional.

Este planteamiento genera varias dificultades:

a) Por lo pronto, suscribo la idea de que el control de constitucionalidad de los preceptos legales está concentrado en la Corte Suprema; no comparto la tesis de que cualquier juez puede, por sí y ante sí, dejar de aplicar normas legales cuando estime, en su opinión, que ellas infringen la Constitución. Así las cosas, que el Código Civil sea inconstitucional no significa que los jueces de fondo puedan dejar de aplicarlo.

b) A partir de lo anterior, la única opción consistiría en preparar la situación a través de una acción de inaplicabilidad, destinada a tornar inaplicable el citado precepto del Código Civil, y que el juez no pudiese refugiarlo en esa norma para eludir un precedente. Sin embargo, esta alternativa no debiera funcionar en la práctica, puesto que la acción de inaplicabilidad solamente es admisible, de acuerdo con el criterio de la Corte Suprema, para preceptos legales directamente aplicables en la solución de la contienda, y el artículo 3° del Código Civil no se aplicaría para resolver la contienda.

c) Si los tribunales no se someten al precedente, ejecutarian una conducta inconstitucional, que consistiría en infringir el artículo 19 N° 2. Así, pues, y en conformidad con las reglas generales, esa conducta podría ser objeto de un recurso de protección. He aquí el problema. ¿Puede interponerse un recurso de protección en contra de una resolución judicial, alegándose que ella es inconstitucional porque al apartarse de un precedente devendría en discriminatoria? Ya sabemos que la procedencia de recursos de protección en contra de resoluciones judiciales es sumamente reducida. En este caso, se estaría impugnando una decisión judicial, no por la vía de la apelación sino por la vía de la protección, solicitándose al tribunal superior que dicte otra de reemplazo, no por ser aquella errónea sino por ser discriminatoria y, en ese sentido, inconstitucional. Tengo la sensación de que resultaría poco probable que la dogmática nacional estuviera dispuesta a aceptar este punto de vista.

Sin embargo, y para concluir esta sección, presentaré sentencias del Tribunal Constitucional español que ha acogido recursos de amparo (el equivalente a la acción de protección en nuestro sistema) en contra de resoluciones judiciales, aceptando precisamente los planteamientos que he vertido en esta sección; que una sentencia que se aparta del precedente sin justificar el cambio incurría en discriminación, violando la igualdad en la aplicación de la ley y, por ello, es inconstitucional. Eso sí, cabe precisar que el sistema de precedente que el Tribunal Constitucional español ha incorporado en la justicia por la vía del principio de igualdad, se extiende solamente respecto del mismo juez. Es decir, un tribunal está obligado a respetar su propio precedente, no el de otros tribunales. Se trata, como se puede apreciar, de una recepción limitada, pero fundamental, del sistema de precedente.

A continuación presentaré extractos de cuatro sentencias de dicho tribunal, para poder apreciar la doctrina que ha sentado sobre el tema que comento:

Sentencias:

1) S. 2-83, Recurso de amparo. F. J. 4.

"El principio de igualdad ante la ley (...) ha sido configurado (...) por la doctrina reiterada de este tribunal (...) como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, (...) de manera que un mismo órgano jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada..."
2) S. 63-84. Recurso de amparo. F. J. 4º, primer párrafo:

“El principio de igualdad en la aplicación de la ley lo que impone es la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal...”

3) S. 101-87. Recurso de amparo. F. J. 6:

“...Se plantea así en este caso una aducida vulneración del principio de igualdad que habrá resuelto un órgano jurisdiccional el caso que se estudia en forma diversa respecto a sus fallos anteriores en casos sustancialmente similares. (...) Se produce esa vulneración cuando un mismo órgano judicial modifica arbitrariamente el sentido de sus resoluciones en casos sustancialmente iguales, sin fundamentar en forma suficiente y razonable el apartamiento de sus precedentes y la separación o modificación de los criterios hasta entonces seguidos”.

4) S. 134-90. Recurso de amparo. F. J. 1º, párrafo 3º:

“Este tribunal, en jurisprudencia tan reiterada que excusa su cita, se ha pronunciado ya acerca de los presupuestos esenciales que han de concurrir para dotar de relevancia constitucional a toda pretensión de amparo que se fundamente en la desigual aplicación de la ley por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Estos requisitos fundamentalmente pueden resumirse en dos: La necesaria aportación de un término hábil de comparación que acredite la igualdad de supuestos de hecho decididos, y la constatación de una modificación arbitraria o injustificada por el mismo órgano judicial respecto de sus decisiones anteriores, y todo ello, con independencia de que la variación de criterio respecto de la doctrina anterior puede efectuarse sin lesión del derecho fundamental que se examina, siempre que el cambio de criterio se motive y fundamentadamente en forma oportuna por el órgano judicial, como también se ha señalado, entre otras, en las SS 125/1986...”

**LA GARANTÍA DE LA NO DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

NICOLÁS ESPEJO YARKIS

“(...) y quienes triunfan gustan de citar el lema nacional: "¡Al último se lo lleva el diablo!", mientras los vagabundos que duermen bajo los puentes y los desempleados se consuelan, sin embargo, con el pensamiento de que tienen los mismos derechos que el resto de los libertarios". ("Cinco fábulas sobre los derechos humanos", Steven Lukes)

I. INTRODUCCIÓN

En las palabras que siguen intento -de acuerdo a lo que el título del presente trabajo sugiere- establecer los presupuestos conceptuales y condiciones de aplicación de una idea de la no-discriminación, a la luz del principio de igualdad. Esta cuestión, aunque ya ampliamente tratada por la filosofía política, por la ética práctica y por la doctrina jurídica de raigambre liberal, requiere -en mi opinión y según intentaré poner de manifiesto- de un enfoque más amplio y comprensivo por parte de quienes hagamos uso de los mecanismos de protección de derechos fundamentales. En este sentido, este trabajo pretende servir de nexo entre algunas de las teorías políticas y morales que me parecen más relevantes en torno al principio de igualdad y el esfuerzo por constituir sociedades justas de los miembros de la sociedad civil involucrados en la lucha en contra de la discriminación. En efecto, las siguientes palabras pretenden contribuir al acervo conceptual y argumental respecto de la idea de no-discriminación y explorar ciertas problemáticas que las tesis aquí resueltas han inten-