

INFORME EN DERECHO SOBRE LA INCORPORACION
DE LA IGUALDAD JURIDICA DEL HOMBRE Y LA
MUJER AL TEXTO DE LA CONSTITUCION

HUMBERTO NOGUEIRA A. (*)

- (*) Doctor en Derecho constitucional, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Profesor Derecho Constitucional y Derecho Político, Universidad de Valparaíso, Universidades Diego Portales, Central y Nacional Andrés Bello de Santiago.

INTRODUCCION

El presente informe en derecho solicitado por la señora Directora Ministro del Servicio Nacional de la Mujer, tiene por objeto considerar la factibilidad y conveniencia de incorporar al texto de la Constitución chilena, constitución en un sentido formal y no sólo en la constitución en sentido material, una norma que establezca la igualdad jurídica del hombre y la mujer.

Para evaluar dicha conveniencia hemos considerado conveniente dividir el informe en diferente acápite.

En el primero de ellos consideraremos el alcance jurídico del artículo 5° inciso 2° de la Constitución en lo referente a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, considerando su jerarquía normativa en nuestro ordenamiento jurídico y su carácter vinculante según la norma en ellos establecida.

En un segundo acápite analizamos la disposición constitucional que asegura la igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 y las normas referidas al tema en los tratados o convenciones de derechos humanos referidos al tema de la igualdad jurídica del hombre y la mujer y los criterios de aplicación práctica de tales disposiciones ajustados a la interpretación constitucional y de los tratados.

En un tercer acápite se considera las obligaciones del Estado chileno de concretar los compromisos adquiridos por los tratados internacionales en materia de establecer constitucionalmente la igualdad jurídica del hombre y la mujer, teniendo en consideración los antecedentes de la historia fidedigna de la Constitución y las normas del derecho constitucional comparado latinoamericano más reciente.

Finalmente, el informe termina con un párrafo de conclusiones y sugerencias.

I EL ARTICULO 5º DE LA CONSTITUCION Y LA JERARQUIA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

A) La Concepción armónica y finalista que se desprende de la Constitución para asegurar los Derechos Humanos Naturales

El artículo 5º de la Constitución de 1980, reformado en 1989 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un reforzamiento en la defensa de los derechos humanos, como asimismo, una alteración en la jerarquía normativa, al menos, en lo que se refiere a los tratados en materia de derechos humanos.

Esta perspectiva ha generado un fuerte debate en el ámbito de la cátedra de derecho constitucional sobre el sentido y alcance de la reforma del artículo 5º inciso 2º de la Constitución. En las próximas páginas desarrollaremos nuestro punto de vista sobre la materia, la que compartimos con otros académicos especialistas en la materia.

Una primera afirmación que puede realizarse es que el constituyente estableció como fundamentos normativos en materia de derechos humanos los siguientes:

- 1.- Recoge la afirmación contenida en todos las convenciones sobre derechos humanos en el artículo primero inciso primero de la Constitución de que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".
- 2.- Establece en el inciso cuarto del artículo primero que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común". Dicha promoción debe realizarse establece la misma disposición "con pleno respeto a los derechos y garantías de esta constitución establece".
- 3.- Asume que el ejercicio de la soberanía, es decir, la potestad pública, incluido el poder constituyente derivado tiene límites y ellos son "los derechos esenciales de la naturaleza humana". Esta disposición establecida por el constituyente de 1980 fue reforzada en 1989, al establecer, el inciso segundo del artículo quinto, en su oración final: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

- 4.- A su vez, el artículo 19 inciso primero señala "La constitución asegura a todas las personas" los derechos que en tal disposición se enumeran; asimismo, el numeral 26 de dicho artículo expresa: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni promover condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio".

El constituyente, a través de estas disposiciones, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano, por tanto, el constituyente solo se limita a reconocer tales derechos y a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos.

A su vez, si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el solo hecho de ser persona, y por tanto, tales derechos tienen las características de ser universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en su sesión 203 de mayo de 1976: "la protección constitucional se refiere no solo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana", como asimismo, se reconoció que tales derechos no son solo los enumerados en el texto de la constitución, en los capítulos segundo y tercero, "sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana.

Así la constitución establece en el artículo 5º inciso 2º, en forma expresa dos modalidades de institucionalización de derechos naturales, la propia norma constitucional y el tratado internacional; siendo esta última la modalidad que permite incorporar a la constitución material los derechos naturales que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la constitución.

La primera modalidad implica la introducción de nuevos derechos o fortalecimientos de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma constitucional del capítulo XIV de la Constitución.

B) Consecuencias de Institucionalización de Derechos Humanos Mediante Tratados Internacionales

Habiéndose ratificado un Tratado Internacional en materia de derechos humanos, previa aprobación del Congreso, y siempre que el Tratado se encuentra vigente en el ámbito internacional y nacional, ello produce las siguientes consecuencias en el ordenamiento jurídico nacional:

1. De acuerdo al propio artículo 59 inciso 2º de la Constitución, los derechos naturales asegurados en el tratado se incorpora al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia; validez y eficacia jurídicas. No pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo, todos ellos, respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.
2. La vulneración de tales derechos humanos introducidos por vía del tratado internacional, constituye una transgresión tanto de la constitución como del tratado internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes.
3. El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecidas por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente derivado del capítulo XIV de la Constitución.
4. Incorporado el derecho o su protección por medio del tratado, éste adquiere aplicación inmediata, ya que si fuera necesaria reforma constitucional para ello, no se estaría aprobando el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecido a todos los órganos del Estado, ya que quedaría a voluntad o no de dicho órgano acatar el mandato constitucional.
5. Una reforma constitucional solo podría modificar un tratado en materia de derechos humanos, solo en la medida que implique una mayor protección y garantía de tales derechos, no pudiendo desmejorar su situación jurídica.

C) Características de la Constitucionalización de Derechos Humanos a través de Tratados Internacionales

La institucionalización de derechos humanos mediante tratado es más efectivo y radical que el que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos, ya que no solo puede adicionar o complementar los derechos ya asegurados constitucionalmente, sino que puede incorporar preceptos que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales pre existentes, ya que el criterio para juzgar tales derechos, no es si está éste de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si la norma que introduce el derecho por el tratado produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado solo protegerlos y tutelarlos.

Por tanto, a través del tratado puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, en contradicción con normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos por sobre aquellos que los desconozcan o den menor protección, en virtud de la norma que los derechos humanos naturales constituyen un límite a la soberanía (artículo 5º).

En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente, además, con el tenor literal del artículo 5º, sino aquella que sostiene que el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana que es la que determina el derecho natural, por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que el propio constituyente, dejó constancia en la historia fidedigna del precepto, que el Estado debe asegurar y promover tales derechos garantizándolos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución, ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1º en armonía con artículo 5º inciso 2º, ambos textos constituyen bases esenciales de la institucionalidad).

Por otra parte, el tratado en materia de derechos humanos aparece mucho más vinculado al carácter de universal de los derechos humanos y permite, por ese vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humana.

Ello no significa que los tratados en materia de derechos humanos queden fuera del control de constitucionalidad, sino que el criterio de dicho control debe tener como criterio rector el asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común que es la finalidad de la actuación del Estado (artículo 1º inciso 4º).

Así, un tratado en materia de derechos humanos solo puede ser declarado inconstitucional por atentar o menoscabar la esencia de los derechos (artículo 1º, artículo 5º inciso 2º artículo 19 Nº 26), ya que al introducir un nuevo derecho se puede trasgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado; por deteriorar los derechos ya incorporados a la Constitución, o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente.

Es así, que la voluntad del Constituyente de 1989 fue otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento, jerarquía y modalidad de interpretación distinta a los otros tratados internacionales.

II SITUACION JURIDICA DE LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL

En nuestro ordenamiento jurídico, la Carta Fundamental en su artículo 19 N° 2 establece la igualdad ante la ley, estableciendo que en Chile "no hay personas ni grupos privilegiados". A su vez el inciso 2° de dicha disposición señala que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarios".

Tal disposición establece la igualdad básica de todos los seres humanos ante el ordenamiento jurídico, pero permite la realización de distinciones que tengan un carácter racional, basado en la distinta naturaleza de las cosas. La norma obliga a tratar igual o lo que comparte la misma naturaleza o la misma razón, posibilitando un tratamiento diferenciado producto de la regulación de realidades de naturaleza diferente, siendo inconstitucional dar un trato igual a situaciones desiguales. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias rol N° 28 de fecha 8 de abril de 1985, rol 53 de fecha 5 de abril de 1988, entre otras.

A su vez, el Estado de Chile ha ratificado y se encuentran actualmente vigentes, formando parte de la Constitución en sentido material, los siguientes pactos internacionales en materia de derechos humanos que se refieren a la igualdad ante el ordenamiento jurídico del hombre y la mujer.

- 1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 26 se establece:

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

- 2) Convención americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cual en forma más escueta establece en su artículo 24, la igualdad ante la ley.:

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

3.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, en la que se condenan todas las formas de discriminación contra la mujer en todas sus formas, y los Estados partes se comprometen, según el artículo 2° del tratado, a:

- a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;*
- b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*
- c) *Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*
- d) *Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*
- e) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*
- f) *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*
- g) *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*

A su vez, el artículo 3° de dicha convención prescribe que:

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Además, según el artículo 4° de la Convención existe el compromiso de:

1. *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.*
2. *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria:*

Finalmente, el artículo 5° prescribe que los Estado Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;*
- b) *Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.*

Tales disposiciones al estar incorporadas al ordenamiento jurídico nacional obligan a todos los órganos del Estado y deben ser respetados y promovidos por ellos, según el análisis que consideramos válido en una interpretación finalista y sistemática de la Constitución, entendiéndose que tienen rango constitucional. De ello se deriva que las instancias jurisdiccionales debían rechazar de aplicar las leyes o decretos que violen tales derechos consagrados en los tratados, en la medida que ellos están garantizados por disposiciones directamente aplicables del derecho internacional convencional, los cuales deben considerarse según el principio de la preminencia de las garantías más favorables sobre las garantías menos favorables (artículo 5.2. de los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones

Unidas) y en favor de la aplicación directa, en el orden jurídico interno, de todas las reglas establecidas en los pactos internacionales que se presten, por su espíritu, por su economía o por sus términos, a tal aplicación.

Consideramos que las normas de dichos tratados prevalecen no solo sobre las normas de derecho interno anteriores a la vigencia del tratado, sino también de aquellas que son posteriores, debiendo los jueces rechazar estas últimas, aún si ellas emanan del órgano legislativo si ellas no son compatibles con los derechos normados en los tratados internacionales directamente aplicables.

III LA OBLIGACION DEL ESTADO CHILENO DE INCORPORAR EN LA CONSTITUCION FORMAL LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER

Sin embargo, hay obligaciones internacionales que el Estado chileno debe cumplir que están contenidas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, que no son de aplicación inmediata como el artículo 2° literal a), que constituye una obligación incumplida hasta hoy del Estado chileno, ya que la incorporación en la Constitución formal el principio de igualdad del hombre y de la mujer, requiere de desarrollo normativo y de puesta en acción del poder constituyente derivado.

Si consideramos la historia fidedigna de la Constitución conocida, puede sostenerse que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución tuvo presente y luego de debatir, aprobó un inciso 2° en el Artículo 19 N° 2 de la Constitución que quedó redactado de la siguiente forma:

"El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que se deriven de sus diferencias naturales que establezca el legislador fundado en las características de la familia".

Tal disposición fue considerada y aprobada por el Consejo de Estado en su informe y anteproyecto de Constitución en los mismos términos.

El texto fue eliminado por la Junta de Gobierno en la etapa de aprobación de la Constitución de 1980, desconociéndose los antecedentes que tuvo para hacerlo. El restablecer una norma similar en el artículo 19 N° 2 de la Constitución debiera ser bastante consensual, teniendo en consideración los antecedentes analizado.

A mayor abundamiento, diversas constituciones latinoamericanas que se han establecido desde fines de la década de los años setenta incorporan al texto fundamental, disposiciones que establecen la igualdad entre el hombre y la mujer, a manera ejemplar pueden citarse las siguientes constituciones y normas:

1.- Constitución del Ecuador de 1978 (A)

"Art. 19. Toda persona goza de las siguientes garantías:

"4.- La igualdad ante la ley.

"Se prohíbe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación, opiniones políticas o de

cualquier otra índole, origen social, posición económica o nacimiento.

"La mujer, cualquiera sea su estado civil, tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida pública, privada y familiar especialmente en lo civil, político, económico, social y cultural".

2.- Constitución Política del Perú de 1979

"Artículo 2°. Toda persona tiene derecho

"2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, religión, opinión o idioma.

"El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidad la ley reconoce a la mujer derechos no menores que el varón".

3.- Constitución de Guatemala de 1985

"Artículo 4°. Libertad e igualdad.

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre si".

4.- Constitución de Brasil de 1988

"Artículo 5°. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros, residentes en el país, la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes:

I Hombres y Mujeres son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución.

5.- Proyecto de nueva Constitución del Paraguay (A)

"Artículo 48. Igualdad entre el hombre y la mujer. El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole y deben cumplir iguales obligaciones. Gozan también de las mismas libertades y oportunidades"

A MODO DE CONCLUSION

Consideramos que el Estado de Chile, respetuoso de sus compromisos internacionales debe incorporar al texto de la Constitución la igualdad entre el hombre y la mujer, obligación que deriva de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer en su artículo 2° literal a).

Consideramos que con un criterio de "economía de reformas" que está aplicando como principio el supremo gobierno debería solo incorporarse un inciso nuevo en el artículo 19 N° 2 de la Constitución que se debería ubicar entre el primero y segundo actuales, pasando a ser inciso segundo y el actual inciso segundo pasando a ser tercero.

El contenido del nuevo inciso segundo debiera ser muy claro y directo, como lo son a manera de ejemplo el artículo 19 N° 4 inciso final de la Constitución de Ecuador o el artículo 48 del proyecto de nueva Constitución del Paraguay.

La incorporación de dicha disposición implicará necesariamente la derogación tácita de diversas disposiciones legales de naturaleza civil y penal especialmente, actualmente aplicadas, que son contrarias a tal norma.

Atte

SOLEDAD LARRAIN HEIREMANS
Sub-Directora
SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER

Rosa Rodríguez 1375 - Edificio Amunátegui 333 - 6º Piso
Fonos: 6973021/28 - 6953325 - Fax (56-2) 6971082 - 6970575
Santiago de Chile