

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 20 / 2002



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro, Fernando Quintana Bravo,
Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo
Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del
Anuario de Filosofía Jurídica y Social, este volumen contiene una
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-
presidente de la corporación, Antonio Bascuñán Valdés, con ocasión
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica
y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

ESTUDIOS

“PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION, PRINCIPIO DE
DISCRIMINACION COMPENSATORIA E IGUALDAD
CONSTITUCIONAL”

(Discriminación por Género y por Edad) *

FRANCISCO ZUNIGA URBINA **

I. *Prolegómenos*

En materia de discriminación y principio de igualdad existe un profundo contraste entre dos factores, que por la vía ejemplar desarrollamos en esta ocasión: género y edad. En efecto la “discriminación contra la mujer” o “racial” y la “discriminación compensatoria” tienen un notable desarrollo en el Derecho Internacional Convencional y Comparado, e incipiente en el Derecho nacional.

En cambio, la discriminación por “edad” ha sido un tema prácticamente no abordado por el Derecho Público y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en la medida que los factores

* *Ponencia en Seminario*: “Discriminación por Edad en los distintos campos de la Actividad Social”, Comité Nacional para el Adulto Mayor, Presidencia de la República, 26 y 27 de octubre de 1998.

** Profesor de Derecho Constitucional, Universidad La República y Universidad Central y Profesor de Derecho Procesal Constitucional, Universidad de Chile.

de discriminación relevantes han sido: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". (art. 2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos). Tales factores son repetidos con mayor o menor fortuna en los instrumentos internacionales de naturaleza convencional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de ONU de 1966 (art. 21) y en la Convención Americana de 1969 (art. 1.1, 13.5, 17-4, 24); y también en instrumentos convencionales específicos; a saber: Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza de ONU-UNESCO, de 1960, (art. 1.1), la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer de ONU de 1979 (art. 1º) la Convención sobre los Derechos del Niño de ONU de 1989 (art. 2.1) y los Convenios Nº 100 y 111 de la OIT sobre Igualdad de Remuneración y la Discriminación (Empleo y Ocupación).

De lo expuesto podemos colegir que el principio de igualdad, sus derechos y principios garantistas, como el principio de no discriminación han encontrado en el Derecho Internacional Convencional un notable desarrollo, siendo ilustrativo además la labor del Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en el campo de la discriminación racial, religiosa y sexual o de género. Sin embargo, prácticamente no tiene desarrollo la "discriminación por edad", la que junto a factores como el origen étnico, la condición civil, la orientación sexual y las deficiencias físicas, pueden ser subsumidos como factores de discriminación en la cláusula abierta de "cualquier otra condición" a que se refiere la Declaración Universal de 1948 y el Pacto de 1966. Ciertamente, esta cláusula abierta ("cualquiera otra condición") a otros factores de discriminación, permite subsumir la discriminación por edad, como también los factores de nacionalidad y origen nacional, como lo hace hasta hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana. Pero, el Comité de Derechos Humanos se ha planteado el tema de los "criterios discriminatorios" (O'Donnell) a propósito del art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y chocan con una complicación lingüística, ya que las versiones francesas y española del Pacto hablan

de "condición social" y la versión inglesa de "status", lo que sugiere una condición jurídica más que social.

Según tendremos oportunidad de expresar más adelante, se define como discriminación toda "distinción, exclusión o restricción "basada en un factor o criterio discriminatorio que tenga por objeto o por resultado "menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por... de los derechos humanos y libertades fundamentales...", pero se admiten las medidas de "acción positiva" o discriminación inversa o compensatoria, es decir, diferencias o privilegios subordinados al principio de igualdad".

En suma, planteado el tema de la "discriminación por edad" es perfectamente posible encuadrarlo como criterio discriminatorio (edad) en las definiciones usuales de instrumentos de Derecho Internacional y en la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección, y también es posible encuadrarlo en el principio de no discriminación arbitraria consagrado en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República. Asimismo, es posible introducir a la "discriminación por edad" entre los factores que hacen legítimas las acciones positivas en favor del adulto mayor, bajo la fórmula de discriminación compensatoria o inversa.

II. *Discriminación: principio de no discriminación*

Al "cambio de significado" al que alude la doctrina germana (Leibholz) del valor-principio de igualdad, debemos unir la definición del concepto discriminación, que tiene un sentido descriptivo y prescriptivo o normativo. La doctrina está conteste en aceptar que el uso normal del término discriminación es un uso "valorativamente neutral", luego en especial su sentido prescriptivo o normativo debe ser explícito. Por lo demás, el uso del término "discriminación" en la lengua española e inglesa es un uso neutral. De manera que, en el contexto jurídico-político comienza el uso no neutral del término "discriminación" referido a actitudes o medidas, "que apuntan a efectuar diferencias irrazonables o no justificadas entre personas". En este orden de ideas, Rodríguez y Fernández proponen acudir al mundo anglosajón: "originalmente en el idioma inglés, *to discriminate* y *discrimination* tienen una significación de carácter neutro, en

sentido de percibir, notar o hacer una distinción o diferencia entre objetos, distinción ya sea hecha por la mente o por la acción". La jurisprudencia de la Suprema Corte agrega un nuevo significado: "una consideración peyorativa del término, para trazar la distinción entre dos sentidos diferentes del término, el neutro y originario (discrimination between) y el nuevo y negativo (discrimination against) que hace referencia a una distinción perjudicial injusta contra un individuo o grupo en razón de sus caracteres personales". En suma, en su sentido prescriptivo el concepto de discriminación importa "discriminación injusta", luego, podemos emplear el término discriminación en un sentido descriptivo: unido a un concepto de igualdad relativa (que en sí es una regla o criterio de igualdad), que está fuera de la Constitución, (puesto que, el valor-principio reconocido constitucionalmente no constituye en sí un tertium comparationis).

En consecuencia, la igualdad relativa nos reconduce al principio de igualdad ante la ley, que supone un trato igual a quienes se encuentran en la hipótesis descrita en la ley, y la ley debe tratar igual a quienes se encuentran en igualdad de condiciones fácticas. Este concepto de igualdad relativa (del principio de igualdad ante la ley) autoriza al "legislador" y a la "autoridad" a discriminar o establecer "diferencias". Ciertamente, la Constitución emplea el término discriminación en un sentido descriptivo y prescriptivo (v. g. art. 19 N° 22 - art. 19 N° 16 y art. 98, inciso final C.P.R.), como lo demuestra el uso del adjetivo "arbitraria", y por otra parte, el término "diferencias arbitrarias" (art. 19 N° 2, inciso segundo C.P.R.) es parangonable a "discriminación arbitraria". (Evans), como queda de manifiesto en la historia fidedigna del establecimiento de este precepto.

Particular importancia tiene una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-4/84) que afirma: "No habrá, pues, *discriminación* si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no *conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas*. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que

expresan de modo proporcionado una fundada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Si bien no puede desconocerse que la circunstancia de hecho puede ser más o menos difícil de apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita... partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes". Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1968) afirma: "... la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hechos y de derechos que caractericen la vida de la sociedad en el estado en el que, en calidad de parte contratante, responde de la medida impugnada". (Sentencia del TEDH en caso relativo a régimen lingüístico en Bélgica). En el caso Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen el TEDH (1976), en que se impugna desigualdad de trato en la educación sexual en las escuelas públicas y privadas, circunscribe en el ámbito de protección del principio igualdad: "el Tribunal pone de manifiesto que el art. 14 prohíbe, en el marco de los derechos y libertades garantizadas, un trato discriminatorio que tenga por base o como motivo una *característica personal* por la que las personas o los grupos de personas se distinguen unas de otras". El art. 14 prohíbe la desigualdad de trato por "motivos puramente subjetivos" (J. Suay Rincón).

Los cartabones empleados por la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo no dejan de ser insatisfactorios, ponen en evidencia que en último término los criterios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad son decisiones políticas. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo ejerce y recibe una importante influencia en los Tribunales Constitucionales, de manera que al interpretar el artículo 14 del Convenio de Roma que consagra el "principio de no discriminación", entiende que éste admite "diferenciaciones legítimas", fundadas en justificación "objetiva y razonable", en una finalidad legítima y una razonable relación de proporcionalidad entre medios y fin, y ciertamente, admite diferencias de trato en los casos de apreciación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente diferentes (situación comparable), excluyendo los "motivos puramente subjetivos" al fundar las diferencias de trato.

Por otra parte, las desigualdades de una sociedad moderna compleja no se agotan en desigualdades y privilegios jurídicos, sino en desigualdades sociales muchas veces brutales, que obligan al Estado a discriminar, autorizando por ley beneficios directos o indirectos en favor de algún "sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras", como lo señala el N° 22 del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental. Con ello, la discriminación que autoriza el criterio de igualdad relativa, conecta con el principio de igualdad de oportunidades, que inclusive funda el principio de discriminación compensatoria (Nagel) o inversa (como lo denomina P. Singer) o "affirmative action".

Resulta tópico reafirmar que el concepto de discriminación es dependiente del concepto de igualdad, al igual que el principio de no discriminación es dependiente y garantista del principio de igualdad. El "principio de no discriminación" no es un derecho humano aislado, sino el corolario garantista del derecho a la igual protección ante la ley, un corolario de naturaleza principista-garantista que determina el campo de aplicación de la igualdad, "sin añadir al catálogo ningún nuevo derecho humano" (K. J. Partsch).

Rabossi plantea el principio de igualdad en los términos siguientes: "en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para

no hacerlo". Luego el principio de igualdad supone un tertium comparationis, que generalmente se expresa en la ubicua regla de razonabilidad, de suerte que, toda decisión razonable (o irrazonable) se toma o presupone "valoraciones relevantes", lo que plantea el problema moral de aceptabilidad de los "estándares relevantes". En otros términos el principio de igualdad importa un tratamiento igual diferenciado en atención a "estándares relevantes". De ello derivan dos consecuencias: "la primera es en que el principio de igualdad parece incluir, como parte esencial, el reconocimiento de que los seres humanos pueden ser tratados de manera diferencial en tanto y en cuanto las diferencias en juego sean relevantes desde cierto punto de vista aceptable. La segunda consecuencia es la que más nos interesa en este contexto: se siguen del principio de igualdad, o se derivan o están conectados con él, dos principios importantes". Un primer principio es el principio de no discriminar, que como se suele decir, es algo así como el principio negativo del principio de igualdad, al prohibir diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios o irrazonables. El segundo principio, que se suele llamar principio de protección, está diseñado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina discriminación inversa o acción positiva". (Rabossi).

Con anterioridad se ha sostenido que el término discriminación en su uso normal, es un uso "valorativamente neutral", pero que cambia en el lenguaje y contexto jurídico o político. Así, la Constitución Política de la República emplea el término "discriminación" en forma ambivalente: por una parte, en su acepción positiva se refiere a un trato diferenciado (artículo 19 N° 2 y 22) y por otra parte, en su acepción negativa implica un trato irrazonable o arbitrario (artículo 19 N° 16 y 98 inciso final). En este orden de ideas, nuestro Tribunal Constitucional a definido la *igualdad ante la ley*: "las normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes", es decir, asume un concepto de igualdad relativa (S.T.C. Rol N° 53, de 1988, Cons. 72°); y por otra parte, entiende el *principio de no discriminación arbitraria* como la interdicción de una "diferencia irracional o contraria al bien común" (S.T.C. Rol N° 203, de 1994,

Cons. 11º). Ciertamente, la sobriedad extrema de nuestra doctrina y jurisprudencia en esta materia, nos obliga a incursionar en la doctrina y jurisprudencia comparada.

El principio de no discriminación que es un aspecto del principio de igualdad, encuentra un amplio reconocimiento en el Derecho Internacional. V. gr, Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): artículos 2.1., 2.2., 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): artículo 2º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (1966): artículos 2º, 3º, 20.2., 23.4., 24.1., 26; y Pacto de San José de Costa Rica (1969): artículo 1º, 1.2., 13.5, 17.4 y 24. Los instrumentos citados recogen "estándar de criterios críticos": a) Adquiridos naturalmente (raza, color, sexo); b) Condicionados culturalmente (idioma, religión, nacimiento, origen social y posición económica); c) Condicionado Jurídicamente (nacionalidad), y d) Decididos personalmente (opinión política o de cualquier otra índole). Lo anterior es sin perjuicio de cláusulas abiertas bajo fórmulas que admitan otras condiciones para definir las causas de discriminación.

A partir de 1958 el Convenio Nº 111 O.I.T. sobre La Discriminación (empleo y ocupación) se asume una definición del concepto "discriminación" definición perfeccionada en las Convenciones de Naciones Unidas sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (1965) y sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). A continuación cito la preceptiva más importante:

- A) *Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza. (1960-1971).*

ARTICULO I.

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

- a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c) A reserva de lo previsto en el artículo 2º de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos: o
- d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

2.—A los efectos de la presente Convención, la palabra "enseñanza" se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da.

- B) *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. (1965-1971).*

ARTICULO 1.

1. En la presente Convención la expresión "Discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.
2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.
3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.
4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria-

ría con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

C) *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (1979-1989)*

ARTICULO 1.

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

ARTICULO 4.

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombre y 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 oportunidades 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.

La preceptiva de Derecho Internacional Convencional transcrita recoge una "*estrategia definicional*" (Rabossi) que se traduce en cuatro bandas relevantes: la *primera banda definicional* identifica el *tipo de actos*, es decir, "cuáles son los actos que característicamente

pueden generar actitudes o políticas discriminatorias; la *segunda* denominada "*criterios críticos*" apunta a "aspectos, propiedades o cualidades que juegan un papel fundamental en las actitudes, decisiones, normas, acciones discriminatorias"; la *tercera* está referida a la enumeración de *finalidades u objetivos discriminatorios* que se persiguen, y la *cuarta banda* precisa la *esfera o esferas* que se reconocen como aquéllas en que la discriminación tiene lugar.

Por otra parte, en su fuente consuetudinaria del Derecho de Gentes, el *principio de no discriminación* para algunos autores que ha comprendido en la categoría de *jus cogens*; es decir, "el conjunto de normas imperativas de Derecho Internacional General, que obliga a todo Estado no admitiendo acuerdo en contrario (art. 53, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados): estas normas son, además, imprescriptibles y no dejan de ser oponibles a un Estado, aún cuando éste las proteste" (Medina). De esta manera, el principio de no discriminación, V. gr. racial, sexual y religiosa se suma a la prohibición de la guerra agresiva, piratería, esclavitud, genocidio, crímenes contra la humanidad que integran tal *ius cogens* (Ian Brownlie).

Asimismo, la Reforma Constitucional de 1989, al artículo 5º, inciso segundo de la Constitución Política agrega una interesante norma o cláusula garantista o la regla de incorporación de la fuente de Derecho Internacional: Tratados al Derecho Interno (recepción automática); que obviando el problema de la jerarquía normativa, competencia o aplicabilidad de tales Tratados sobre Derechos Humanos, impone a los órganos del Estado un deber negativo de respeto y un deber positivo de promoción de los Derechos Fundamentales y de los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, lo que modifica el "techo ideológico" de la Constitución agregando al componente liberal uno social.

De suerte que, y por vía ejemplar en materia de género específicamente la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, mediante normas autoejecutivas definen el término discriminación y el principio de discriminación compensatoria (artículo 1º y 4º); por lo que, al tenor del artículo 5º, inciso segundo C. P. R. se configura la obligación para los Estados, en particular para Chile de consagrar el principio de igualdad del

hombre y de la mujer, y la acción positiva. En nuestro medio Cecilia Medina comenta: "Además de esto, una elaboración más refinada de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos ha traído como consecuencia el establecer que los Estados no sólo no deben discriminar, sino que, además, deben adoptar medidas especiales con el fin exclusivo de acelerar la igualdad de facto de ciertos grupos. Esto es lo que se denomina por algunos tratadistas, "discriminación positiva", aún cuando la expresión no puede considerarse apropiada, ya que en el Derecho Internacional la palabra "discriminación" se usa corrientemente como equivalente de "diferenciación arbitraria" y las medidas positivas que se adoptan en favor de sectores sociales postergados de hecho y de derecho, tales como las mujeres y las minorías raciales o religiosas en ciertos países, no constituyen una diferenciación arbitraria, sino que, por el contrario, el cabal cumplimiento de las obligaciones del Estado.

III. *El principio de discriminación compensatoria ante el valor principio de igualdad.*

El principio de discriminación compensatoria, está unido a dos problemas que están en su base: la razonabilidad de la norma que establece "diferencias" y el principio de igualdad de oportunidades. La razonabilidad de la norma emanada del "legislador" o de la "autoridad" es la regla o cartabón para "medir" la arbitrariedad que está prohibida constitucionalmente. Rubio Llorente nos recuerda que el problema es si "la razonabilidad requiere o no prueba y, en caso afirmativo, quién tiene la carga de ésta", cuestión crucial en los controles jurisdiccionales de constitucionalidad de la ley y en el control jurisdiccional de los derechos fundamentales. En cuanto a la ley, si la desigualdad resulta de una distinción establecida por el legislador y cuya validez se impugna, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia (o discriminación) corresponde a quien defiende la ley, y si la ley ignora diferencias relevantes, quien impugna la validez de la ley debe "aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias. Por otra parte, el principio de igualdad de oportunidades autoriza a dar un paso adelante al autorizar discriminar, hacer diferencias, constituir privilegios en favor

de categorías sociales o minorías étnicas marginadas o desfavorecidas.

El principio de igualdad de oportunidades tiene dos sentidos: *acceso igual*, es decir, igual reconocimiento a igual mérito, y *comienzo igual* o punto de partida iguales, es decir, condiciones materiales iniciales iguales para el acceso a las oportunidades. Para Sartori: "el *acceso igual* equivale, en esencia, a la no discriminación en la entrada o promoción; el acceso se equipara a capacidades iguales (no acceso para todos), y si la capacidad desigual es el resultado de la naturaleza o del hecho de haberla cultivado no es algo que esta fórmula se plantee o pueda plantearse" (...) "la noción del *punto de partida igual* plantea un problema totalmente distinto y previo, a saber, el cómo desenvolver igualitariamente las potencialidades individuales... una vez que a cada persona se le ha facilitado el punto de partida más ecuánime posible (permitiendo que todas sus potencialidades afloren), cabe inferir congruentemente que a partir de ese momento hay que dejar que cada individuo ascienda a tenor con sus méritos y capacidades". Luego, lógicamente la "igualdad de comienzo igual", precede a la "igualdad de acceso igual", aunque en la realidad esta relación se invierta, pues "los medios para conseguir el acceso igual son infinitamente menos dificultosos y menos costosos que los medios para igualar las condiciones de partida".

Igualdad relativa y principio de igualdad de oportunidades, se transforman en la base de un criterio de igualación (regla de igualdad) que denominamos *principio de discriminación compensatoria* que autoriza a acciones o satisfactores sociales conducentes a promover y generalizar la justicia distributiva, en razón de tradicionales situaciones de discriminación de categorías sociales o de minorías étnicas. Para Sartori este criterio de igualación es un criterio de acción "afirmativa-discriminatoria" que consiste en que "las diferencias relevantes de "raza" y/o de "sexo" deberían gozar de beneficios desiguales y, consecuentemente, las cargas desiguales recaerían sobre los grupos que no son racial o sexualmente relevantes". El problema es a la larga "el porqué esas diferencias y no otras (del mismo tipo) tienen que considerarse relevantes", problema que en definitiva nos remite al ámbito de lo político condicionado por elementos de consenso y de fuerza.

Un tema de actual importancia es el relativo a la igualdad hombre-mujer, que ha tenido en instrumentos internacionales extraordinario desarrollo. Verbigratia la Declaración sobre Eliminación de Discriminación con la Mujer (1967) considera la discriminación contra mujer como incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad, impide su participación en la vida política, social, económica y cultural de sus países en condiciones de igualdad con el hombre, favoreciendo la igualdad jurídico-política y social. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), define el término "*discriminación contra la mujer*": "denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (artículo 1º). Por otra parte, esta Convención exceptúa del concepto discriminación, el principio de *discriminación compensatoria*, al prescribir: "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 oportunidades y de 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".

Estos preceptos de la Convención de 1979 interpretados conforme a la Constitución, nos permiten establecer respecto del Estado y los derechos de la mujer, los asertos provisionales siguientes.

a) La Convención de 1979 está inspirada en los principios de igualdad jurídica, política, social y de oportunidades, de suerte que la definición de discriminación contra la mujer empleada en sentido descriptivo y prescriptivo prohíbe distinciones, exclusiones o restricciones basadas en el sexo que tenga por objeto o resultado me-

noscar o anular el reconocimiento goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y libertades fundamentales.

b) La definición de "discriminación contra la mujer" no excluye el principio de discriminación compensatoria (criterio o regla de igualdad), resultado de un concepto de igualdad relativa y un principio de igualdad de oportunidades.

c) El reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos por la mujer, puede exigir acción positiva (principio de discriminación compensatoria) temporal y especial destinada a acelerar la igualdad de facto.

d) Los artículos 1º y 4º citados son, normas autoejecutivas, que a la luz del artículo 5º, inciso segundo C. P. R., importan para el Estado deberes de respeto y promoción de los derechos humanos de una categoría social (o "género"): la mujer, o de una minoría étnica.

e) Consecuencialmente, el valor-principio de igualdad, corregido por los criterios o reglas de igualdad relativa y el principio de igualdad de oportunidades hacen posible constitucionalmente un *principio de discriminación compensatoria*. Luego, la determinación de la razonabilidad de una norma que recoja este criterio de igualdad, es un complemento necesario desde el punto de vista de la argumentación jurídica, para admitir la acción positiva del Estado.

Ahora bien, *reconocer como constitucionalmente lícito el principio de discriminación compensatoria, nos permite soslayar la eventual contradicción con el principio de igualdad*. En este punto caben dos argumentaciones para el operador jurídico, en especial para la Jurisdicción Constitucional; a saber:

a) El principio de interdicción de las discriminaciones arbitrarias (artículo 19 N° 2, inciso segundo C. P. R.), por la vía de la regla de razonabilidad permite aceptar como constitucionalmente válido hacer diferencias y fijar privilegios en razón de factores como el sexo, la edad, o la etnia, para categorías sociales desfavorecidas o marginadas.

b) El principio de igualdad jurídico-político y social (artículo 19 N° 2, inciso primero C. P. R.) excluye la existencia de personas o grupos privilegiados. Más aún puede sostenerse que sexo, edad o etnia son criterios que constitucionalmente no autorizan a discrimi-

nar sin grave detrimento del principio-derecho de igualdad ante la ley.

En la primera argumentación la regla de la razonabilidad, resulta en la práctica insuficiente, puesto que la "justificación de la razonabilidad de la decisión resulta, sin embargo, especialmente difícil, tanto para el Legislador como para el Juez, mediante la apelación a la "conciencia jurídica de la comunidad", pues, como fácilmente se entiende, situaciones de este género sólo pueden producirse cuando la conciencia social está escindida, de manera que, en tanto que una parte de la sociedad actúa de modo discriminatorio, otra parte intenta corregir, mediante el uso del poder, los efectos de tal discriminación". Luego, lógicamente la regla de razonabilidad es un complemento necesario de un principio de discriminación compensatoria.

Para concluir parece prudente destacar un elemento de análisis: el valor-principio de igualdad y derechos fundamentales de igualdad, configuran una unidad en que las "igualdades" (principios y derechos) son acumulables y conciliables con el valor-principio de libertad. Ciertamente, a los principios de igualdad social y de oportunidades subyace un concepto de igualdad material, y a los principios de igualdad jurídica y política un concepto de igualdad formal. Pero para que esta distinción no nos confunda o parezca un recurso a categorías trivializadas en el lenguaje vulgar o político-ideológico, me parece correcta la matización de Sartori en orden a que la "*forma jurídica*" se refiere a la condición misma del orden jurídico: la forma de ley, la naturaleza formal de la ley constituyen características propias de una ley, más aún sólo las normas son "formuladas formalmente", pues los destinatarios de los mandatos contenidos en esas normas son tratados como sujetos libres". La igualdad jurídica, la igualdad política y la igualdad de acceso son igualdades formales en estos sentidos técnicos del término. Denominarlas formales no quiere decir que nos dejen indefensos ante la desigualdad del privilegio, o que se trata de apariencias vacías de igualdad. El método es el formal, no el resultado". Las *igualdades formales* no son *irreales*, son presupuesto necesario de igualdades "*reales*". De lo contrario incurrimos en una confusión o reduccionismo, de consecuencias no neutrales en lo ideológico.

Para lograr una *acumulabilidad de las igualdades*, Sartori propone equilibrar mejor y más plenamente las desigualdades: "el problema de la igualdad no se soluciona pars pro tota, es decir, proclamando una igualdad parcial como si fuese la Igualdad total, tampoco se solventa mediante la adición de tantas igualdades como sea preciso para conseguir que básicamente todos sean iguales en todos los aspectos. El problema de la igualdad es siempre establecer un sistema eficaz de compensaciones recíprocas entre las desigualdades, o sea, un sistema de fuerzas contrapuestas en el que cada desigualdad tienda a compensar otra desigualdad. Globalmente, por lo tanto, la igualdad resulta del juego de acciones y reacciones de un sistema de libertades-igualdades diseñado para compensar o neutralizar las disparidades entre sí".

IV *Igualdad constitucional: antecedentes de derecho comparado*

En "Liberación e Ilustración" el jurista alemán Martin Kriele nos recuerda que para la Ilustración política la idea igualitaria consiste en que "cada uno tiene igual" derecho a la libertad y la dignidad, luego el concepto antitético de igualdad es el de "privilegios", esto es, "ventajas que derivan de un derecho positivo, el cual no puede justificarse con los criterios de la Ilustración, y a menudo comporta la falta de libertad para otros". Kriele con agudeza se hace cargo del axioma: a mayor libertad menor igualdad; y a la inversa: cuanto más aumenta la igualdad más disminuye la libertad (Leibholz), tópico que permea en la idea de la "cuadratura del círculo", que lleva a la conclusión ideológica de que un sistema político de libertad lleva a "una desigualdad social". Para Kriele en la alternativa libertad o igualdad "late una conclusión engañosa en doble sentido":

"1) Si la *libertad* extrema conduce a una extrema desigualdad, a la dependencia y opresión, quiere decir que equivale justamente a la falta de libertad, o lo que es lo mismo a existencia de dependientes y oprimidos...".

"2) Y al revés: si el establecimiento de la *igualdad* tiene que hacerse a costa de la libertad, quiere decirse que no existe igualdad sino una desigualdad entre los dueños del poder que quieren imponer la igualdad y quienes están sometidos a su poder...".

La conclusión de Kriele es que la disyuntiva "libertad o igualdad" no pasa de ser una "alternativa puramente abstracto-teórico", sin correspondencia en la realidad. La falsa "alternativa", no responde a la intuición ilustrada de que las "exigencias de libertad e igualdad no son exigencias contrapuestas sino idénticas", que en términos kantianos Kriele resume: "el derecho a la libertad es un derecho que asiste por igual a todos", para terminar (no sin contradicciones ante el evidente antijacobinismo de Kriele): la igualdad "formal" ante la ley es "condición necesaria pero no suficiente. Quien vive en pobreza y miseria no es libre, sino que es forzado a buscar de forma constante y exclusiva el sostenimiento de sus bases vitales". (...) "Libertad significa más que un rechazo de las intervenciones estatales; significa también el desarrollo, el establecimiento de unas condiciones sociales para el desarrollo de la personalidad de cada uno" (...) "Por eso se requieren los derechos humanos, económicos, culturales y sociales. Estos proporcionan a cada uno igual derecho a una participación en los bienes de este mundo, en la educación, la salud, la protección contra la dependencia no sólo del poder estatal sino también de los poderes sociales. En tal sentido los derechos de participación son asimismo derechos de libertad individuales".

No deja de ser una paradoja que Kriele nos reconduzca a una ambigua, pero sugestiva distinción teórico-práctica: igualdad formal e igualdad material, que con las debidas matizaciones nos permite hablar de una "libertad igualitaria" (Peces-Barba), y redimensionar el principio de no discriminación y el principio de discriminación compensatoria.

En Derecho Comparado creo útil citar como casos paradigmáticos el de Italia y España acerca del valor-principio de igualdad y derechos de igualdad; a la luz de esta distinción entre igualdad formal e igualdad material. La Constitución italiana de 1947 en su artículo 3º consagra el principio de igualdad, en la conocida cláusula Lelio Basso: "es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". Sin embargo, el artículo 3º consagra una amplia "igualdad formal" que implica consecuencias principales:

"1) Igual sujeción de las leyes y a la justicia del Estado...".

"2) Igual goce de derechos privados y públicos cuando subsistan los necesarios requisitos de capacidad (incluido el derecho de acceso), para "todos los ciudadanos de uno u otro sexo"... "a los cargos políticos y a los electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley", su armonía con el artículo 51 de la Constitución"; y

"3) Igual sujeción a los deberes públicos, especialmente de prestaciones personales... y prestaciones reales..." (Biscaretti di Ruffia). En cuanto, al principio de igualdad en su sentido material o sustancial, en palabras de Biscaretti di Ruffia éste ha impulsado a la "emanación de numerosas normas de ejecución encaminadas a conseguir una suficiente igualdad de los puntos de partida entre todos los ciudadanos como a asegurarles mediante múltiples intervenciones del Estado, un nivel mínimo de bienestar, pese a cualquier infortunio de la vida... Y esto también porque se considera que las diferencias sociales exageradas entre los ciudadanos obstruyen el funcionamiento democrático del Estado, mientras que, por otra parte, resulta muy oportuno, para tales últimas finalidades, un fácil y continuo trasiego de las clases dirigentes, mediante la oportunidad dada a los ciudadanos más merecedores de asumir funciones importantes en la sociedad".

La Constitución española de 1978, (influida para Ley Fundamental de Bonn y en cuanto al valor-principio de igualdad por la Constitución italiana), consagra la igualdad en tres sentidos distintos (García Morillo), a saber: a) La norma "portada" de la Constitución artículo 1.1. consagra la igualdad como uno de los "valores superiores" del ordenamiento (Peces-Barba), con sus finalidades fundadora, orientadora y crítica (Pérez Luño), configurador del Estado social y democrático de Derecho. b) La igualdad formal, consagrada en el artículo 14 que conecta con el principio de no discriminación, que prohíbe la discriminación ante la ley basada en razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y el artículo 139.1 que excluye discriminaciones por pertenencia a Comunidad Autónoma. De esta manera, el concepto discriminación evoluciona (al igual que en el Derecho Internacional) de una imprecisa desigualdad de trato, en

palabras de Fernández Segado, a un "sentido más específico y concreto, relativo sólo a desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres".

De esta manera, el principio de no discriminación que es expresión del valor-principio de igualdad, entronca con sus dos dimensiones formal y material, por lo que la "igualdad de trato" es un principio que prohíbe las diferencias de trato que no se funden en una "base objetiva y razonable", que para el Juez Constitucional se expresa en ciertos presupuestos y reglas: situaciones subjetivas comparables (STC 76/1986), juicio de igualdad basado en "tertium comparationis" (STC 14/1985); las diferenciaciones deben perseguir determinada finalidad legítima (justificada objetiva y razonablemente) (STC 75/1983); sometimiento a un juicio de racionalidad (medio-fin); y el respeto a una "razonable relación de proporcionalidad" medios-fin. Además, el principio de no discriminación, al contemplar "supuestos de discriminación" expresamente prohíbe diferenciaciones históricamente arraigadas (Fernández Segado), proyectada a los "poderes públicos" y relaciones entre particulares. Por ello, los "poderes públicos" al enfrentar las desigualdades deben adoptar medidas de "acción positiva", de lo contrario los actos que mantengan tal desigualdad serán inconstitucionales (STC 16/1991). c) La igualdad es un "objetivo político" (García Morillo) que debe ser perseguido por los "poderes públicos". V. gr. igualdad de oportunidades en la educación (artículo 27); igualdad y progresividad tributaria, y los preceptos del artículo 3º que llenan de contenido la noción de "Estado Social". Consecuencialmente, la discriminación compensatoria ("favorable") es resultado coherente del valor-principio de igualdad (formal-material) y del principio no discriminación.

De esta manera, la doctrina del "cambio de significado" de la igualdad se han universalizado, a partir de la ambigua distinción entre igualdad formal y material. La igualdad jurídica formal prohíben cualquier medida en contradicción con ella, tanto en el campo legislativo como administrativo, y la igualdad jurídica sustantiva que exige aplicar el mismo criterio de derechos y deberes para los hombres, considerando las facultades y diferencias prácticas que deben ser respetadas por todos los operadores jurídicos (G. Leibholz). Luego, la

igualdad (valor-principio), derechos de igualdad y principios de no discriminación y de discriminación compensatoria, devienen de limitaciones al ejercicio del poder, en verdaderas directrices obligatorias para los poderes públicos, incluso bajo la forma de "norma de competencia, que tiene especial influjo en la formación de la "Constitución Económica" y de la "Constitución Social".

V. A modo de conclusión

El principio de igualdad y sus concreciones los derechos de igualdad (art. 19 Nº 2, 3, 17, 21) y sus garantías, entre las que contamos el principio de no discriminación arbitraria y el principio de discriminación compensatoria, tienen una estrecha ligazón con la forma política del Estado: la democracia constitucional, en la medida que la prohibición de discriminaciones fundadas en factores como la raza, color, religión, edad, orientación sexual, origen étnico o nacional, condición jurídica, entre otros, sin respaldo en "estándares razonables", hacen al pluralismo social y a la tolerancia, notas esenciales del orden democrático contemporáneo. Además, el principio de discriminación compensatoria o inversa, al permitir acciones positivas en favor de un grupo discriminado de iure o de facto, en razón de una igualdad material y formal, hace al Estado Social y Democrático de Derecho, forma jurídico-política que adopta hoy la democracia constitucional.

En este orden de ideas, la interdicción de las discriminaciones asentadas en factores como el género o la edad por la vía ejemplar por imperativo constitucional en nuestro ordenamiento jurídico; lo mismo que la adopción de "acciones positivas" para corregir desigualdades de iure o de facto que pugnan con el principio de igualdad (material y formal) y los derechos de igualdad.

Finalmente, cabe agregar en este contexto al igual que en los sumarios antecedentes citados de Derecho Internacional y de Derecho Comparado y como hemos sostenido en otro lugar, el valor-principio de igualdad (formal-material) y el principio de no discriminación arbitraria consagrado en nuestra Constitución Política, admiten o hacen constitucionalmente legítimo el principio de discriminación compensatoria consagrado en Convenciones internacionales, partes in-

tegrantes del derecho interno, y más aún, tratándose de Convenciones sobre derechos humanos, que en virtud del artículo 5º, inciso 2º de la Carta Política imponen a los órganos del Estado un deber negativo de respeto y un deber positivo de promoción de derechos fundamentales y derechos humanos. Tales derechos incluyen las igualdades tradicionales y los derechos económicos, sociales y culturales, que nos permiten sostener un cambio en el "techo ideológico" de la Carta que configura al Estado como un Estado Social y Democrático de Derecho. En la referida apertura del "techo ideológico" de la Constitución debemos concebir la trilogía: principio de igualdad, derechos de igualdad y garantías, como el principio de no discriminación arbitraria y de discriminación compensatoria o inversa.

B I B L I O G R A F I A

- RABOSI, Eduardo: Derechos Humanos: "El Principio de Igualdad y la Discriminación". En Revista del Centro de Estudios Constitucionales Nº 7, Madrid, 1990. Págs. 175-192.
- RODRIGUEZ, Miguel y FERNANDEZ, María F.: "Igualdad y Discriminación", Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1986. Págs. 86 y ss.
- JIMENEZ CAMPO, Javier: "De Igualdad Jurídica como Límite al Legislador". En Revista Española de Derecho Constitucional Nº 9, Madrid, 1983. Págs. 78 y ss. También José Suay Rincón: "El Principio de Igualdad en la Justicia Constitucional", IEAL, Madrid, 1985.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique: "Los Derechos Constitucionales" (2 tomos), Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1986. Tomo II, págs. 14-15.
- COHEN, M.; NAGEL, Th.: "Equality and Preferential Treatment", Princeton University Press, 1977.
- SINGER, Peter: "Ética Práctica" (trad. M. Guastavino), Edit. Ariel S.A., 2ª edición, Madrid, 1988, Págs. 58 y ss.
- RABOSI, Eduardo: Ob. cit.
- PARTSCH, Carl Josef: "Principios fundamentales de los derechos humanos; centro de determinación, igualdad y no discriminación". En libro de V.V.A.A.: "Las dimensiones internacionales de los derechos humanos" Serbal-Unesco, Barcelona, 1994 (3 vol.), Tomo I, Págs. 100-135.

- MEDINA, Cecilia: Estudio Preliminar en...: "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales", Edit. Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993. También: Daniel O'Donnell: "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Fundación F. Naumann - IIDH, Comisión Andina de Juristas, 2ª edit., Lima 1989, págs. 369 y ss.
- MEDINA, Cecilia: Ob. cit. Págs. 19-20.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando: "Dworkin, La Libertad y La Igualdad: Algunas consideraciones". En Revista de Ciencias Sociales Nº 38, Universidad de Valparaíso, Edeval, 1993. Págs. 439-458. Idem: Memoria de Prueba de F. Atria: "El Concepto Constitucional de Igualdad", Universidad de Chile, 1991.
- SARTORI, Giovanni: "Teoría de la Democracia" (2 tomos). Alianza Editorial S.A., (trad. G. Sánchez G.), Madrid, 1988. Tomo II. Pág. 423.
- LILLICH, Richard B. and NEWMAN, Frank C.: "International Human Rights: Problems of Law and Policy". Little Brown and Co., Boston-Toronto, Edit. Advisory Board, 1979. Págs. 125-181.
- ZUÑIGA, Francisco: "Derechos Humanos e Igualdad: El Principio de Discriminación Compensatoria". En XXV Jornadas de Derecho Público, Edit. 1994. Idem: "Constitución y Derecho Indígena" R. O., Santiago, 1994.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: "La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción". En libro: "La Forma del Poder" Edit. CEC, Madrid, 1993, Pág. 663.
- SARTORI, G.: Ob. cit. Pág. 433.
- SARTORI, G.: Ob. cit. Págs. 435-436.
- KRIELE, Martín: "Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos" (trad. C. Gancho), Editorial Herder S.A., Barcelona, 1982, Pág. 58. Idem: "Introducción a la Teoría del Estado" (trad. E. Bulygin), Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980. Idem: "Recht und Praktische Vernunft", Gotinga, 1979.
- KRIELE, M.: Ob. cit. Pág. 65.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: "Derecho Constitucional" (Prólogo, notas y trad. P. Lucas Verdú), Edit. Tecnos S.A., Madrid,

1ª ed., reimp. 1965-1973, 1973, Pág. 680. También consultar: "Leciones de Derecho Constitucional" (trad. J Jiménez C.), Edit. C.E.C., Madrid, 1984, (2 tomos), en especial Tomo I.
 ESTEBAN, Jorge De; LOPEZ GUERRA L.; GARCIA MORILLO, J. y PEREZ TREMPES: "El Régimen Constitucional Español" (2 tomos), Edit. Labor S.A., Barcelona, 1980, Tomo I, 133 y ss.
 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "El Sistema Constitucional Español", Edit. Dykinson S.L., Madrid, 1992, Pág. 201. Consultar Págs. 190-210.

EL CORREO EN LOS TIEMPOS DE INTERNET

INIGO DE LA MAZA GAZMURI *

Cada tecnología engendra sus propios monstruos, y el correo electrónico no es la excepción.

Kenneth Amaditz

No existe una definición canónica de "spam". Ni siquiera existe demasiada claridad respecto al origen de la expresión (¹). Desde luego actualmente existe consenso en el hecho que la expresión incluye el correo electrónico no deseado; esta acepción es la que interesa examinar en las páginas siguientes.

El tema dista de ser un capricho propio de la euforia jurídico-tecnológica que últimamente ha impregnado la actividad de algunos abogados y académicos. El envío de correos electrónicos no solicitados posee costos relevantes que se radican mayoritariamente en los usuarios y en los proveedores de servicios de Internet (²). Se trata además de una práctica que se difunde con bastante indiferencia de las fronteras territoriales. De esta manera la distinción entre países tecnológicamente avanzados y atrasados pierde vigor. Finalmente, el

* Profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Agradezco a Gonzalo Angeli sus explicaciones técnicas. Sin ellas, este texto contendría bastantes más errores de los que probablemente posee. Estos últimos, por supuesto, me pertenecen.