Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 200
AÑO LXIV
JULIO-DICIEMBRE 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 -

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA TUTELA NO DISCRIMINATORIA EN LA CONSTITUCION DE 1980

JOSE BIDART HERNANDEZ
Prof. Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción

1. ANTECEDENTES DEL ESTABLECIMIENTO DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Si bien la Constitución introdujo diversas e importantes innovaciones a nuestro decálogo de derechos y garantías, que han sido abordadas por la doctrina y la jurisprudencia, aún no se habían detenido suficientemente éstas en la importancia y trascendencia del derecho contemplado en el inciso 2 del Nro. 2 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado que expresa que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

La igualdad en este sentido ha de considerarse estrechamente vinculada a la dignidad humana, base de todos los derechos fundamentales, para evitar la desigualdad, discriminación o diferenciación arbitraria en el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales.

Esta limitación a las diferencias o discriminaciones que la ley, o mejor dicho el derecho, normalmente establece representa una novedad en nuestro ordenamiento jurídico y según ha expresado la doctrina nacional la intención de los comisionados fue impedir diferencias contrarias al bien común o de carácter o naturaleza irracional. (Véase Luz Bulnes Aldunate. "La igualdad ante la Ley". *Gaceta Jurídica* Nº. 49, julio de 1984, pág. 4).

La jurisprudencia ha ido reconociendo paulatinamente lo anterior en diversos fallos, abriéndose un espacio de discusión jurídica interesante para diversos conflictos que hasta ahora habían sido resueltos con un enfoque diverso.

Recordemos que esta normativa tuvo su origen en la discusión que se

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

generó en la sesión Nº. 93 de la llamada Comisión de Estudios para una Nueva Constitución de fecha 5 de diciembre de 1974. En esa oportunidad don Alejandro Silva Bascuñán, mostrando su profundidad acostumbrada, vislumbró la importancia descrita con anterioridad al manifestar:

"En este aspecto relativo a las igualdades, quiere manifestar desde la partida, para empezar el debate, una preocupación respecto de su consagración, que ya ha expresado en más de una ocasión. Le parece que la igualdad puede considerarse en dos aspectos. Uno de ellos sería que por ningún motivo sociológico –por decir así– se haga distinción entre las personas. En ese sentido se ha sostenido clásicamente la igualdad ante la ley, en cuanto a que, ante el Derecho, todas las personas tengan, en razón de su situación de raza, sexo, estirpe, condición u otras, un mismo trato.

Pero a su juicio hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido sustancialmente en el principio básico de la igualdad ante la ley, que es el de que, incluso, sobre la base de respetarla en el primer sentido, ninguna autoridad, ni siquiera el legislador haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias. Si la igualdad ante la ley se refiere –como hasta el momento lo ha entendido hasta la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema– nada más que al hecho de que frente a la ley todas las personas tienen igual naturaleza y que no pueden hacerse diferencias a su respecto en cuanto a raza, clase social, sexo, etcétera, le parece que no queda suficientemente resguardada, aun cuando estima básico e indispensable mantener esto último. La igualdad ante la ley debe ser concretada por el constituyente para que ninguna autoridad ni persona que convive dentro de la sociedad política pueda actuar estableciendo discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional, porque el legislador no puede estimarse absolutamente soberano para implantarlas.

La Constitución debe defender el principio de que ninguna autoridad –ni siquiera el legislado– crea cumplir la igualdad ante la ley sólo con respetar otros aspectos sociológicos de la persona, sino que debe evitar, también, que se haga discriminación racial alguna manifiesta e indiscutiblemente arbitraria, que se hagan distinciones que no tengan una indiscutible o, por lo menos, una seria base en el bien común, como podría ser el ejemplo que ha dado.

Le atribuye a esto una trascendencia enorme, no sólo en nuestra jurisprudencia.

Estuvieron de acuerdo con esta proposición el comisionado Ortúzar, Evans, Guzmán, Ovalle con diversos matices.

El señor Evans precisó que haciendo una revisión de los textos sobre derecho constitucional chileno, desde mediados del siglo pasado hasta ahora, sin incluir al profesor Silva Bascuñán, esto es, don José Victorino Lastarria, Jorge Hunneus, Alcibíades Roldán, Guillermo Guerra, Carlos Estévez, Gabriel Amunátegui, Mario Bernaschina, ¿qué encontrará? Que en todos los autores antes del señor Silva Bascuñán, la constancia de sus obras es que el precepto relativo a la igualdad ante la ley prohíbe toda discriminación por razón de raza, sexos –algunos lo dicen, otros no–, origen, posición social, fortuna, domicilio,

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

etcétera. Pero ninguno de ellos, salvo el señor Silva Bascuñán ha tocado el tema de que también impide una distinción que haga el legislador y que sea arbitraria, que no esté asentada en una razón de justicia o de protección del bien común, que sea una distinción porque sí, porque una conveniencia política del momento o un arreglo de pasillos la impuso y determinó cierto requisito para ejercer tal derecho respecto de tales y cuales personas".

Como complemento a lo expuesto desde el punto de vista doctrinario el tratadista argentino Linares Quintana en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* en el Tomo 4 pág. 263 expresa que "la igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; por lo que no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea contraria ni responda a un principio de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo".

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia ha reconocido la aplicación de este principio constitucional en diversas sentencias, que en forma meramente enunciativa trataremos a continuación. Ello a través de la incorporación al análisis de la existencia o no de la arbitrariedad, según la naturaleza de las diferencias establecidas por el legislador o la autoridad.

Adelantamos también que en nuestra opinión este conjunto de fallos se ha transformado, como veremos más adelante, en una verdadera tutela jurisdiccional de la no discriminación en el ejercicio del derecho constitucional de la igualdad ante la ley.

Finalmente, de la jurisprudencia existente durante la vigencia de la Constitución de 1925 se puede establecer que nuestros tribunales, atendida la normativa constitucional existente, consideraron básicamente a la igualdad ante la ley mirada desde el punto de vista sociológico y también como expresión del principio de generalidad.

a) Un recurso de protección acogido publicado en *Gaceta Jurídica* Nº. 82 págs. 66 y sgtes. fallado por la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda es importante, porque técnicamente rechaza el recurso de protección interpuesto por una presunta transgresión al artículo 19 Nº. 13 y se lo acoge sólo en cuanto se funda en la diferencia arbitraria impuesta a los recurrentes con respecto a otras personas por el acto de autoridad impugnado, por importar una transgresión al derecho contemplado en el Nº. 2 del artículo 19.

Se expresa, asimismo, que de acuerdo con la acepción de arbitrario contenida en el *Diccionario de la Real Academia Española*, el acto de autoridad no establece una diferencia arbitraria ante la ley cuando la suspensión del derecho se funda en hechos que la hacen procedente y cuando la limitación que se impone a su ejercicio, guarda relación o proporcionalidad con el hecho que la motiva. La Corte, luego de analizar los antecedentes allegados y aceptando

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que los recurrentes incurrieron en desórdenes dentro del recinto de detención, estima que esta falta de compostura no autoriza una suspensión tan prolongada del derecho de visita que a éstos corresponde, ya que la prohibición establece una diferencia, que en este caso resulta arbitraria ante la ley, al no mantener una proporcionalidad con el hecho en que se funda, por lo que es preciso adoptar las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados.

b) Otra sentencia acogiendo una acción constitucional de protección dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y confirmada por la Excma. Corte Suprema, publicada en *Gaceta Jurídica* N°. 114 pp. 40 y sgtes., expresa que dictámenes de la Contraloría General de la República en materias de su competencia son obligatorios para la autoridad administrativa y su inobservancia constituye una omisión arbitraria. En el caso de autos, se vulnera la igualdad ante la ley al desconocer a un establecimiento su condición de cooperador de la función educacional del Estado.

c) Un tercer fallo que acoge el recurso de protección interpuesto, dictado por la I. Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda y confirmado por la Excma. Corte Suprema publicado en *Gaceta Jurídica* N°. 107, pp. 16 y sgtes., resolvió que la igualdad ante la ley que supone la carencia de privilegios y que obliga a que la autoridad no establezca diferencias arbitrarias, no puede estar conculcada con un decreto que persigue el cumplimiento de la ley en un caso particular, aunque se utilice un procedimiento incorrecto.

Existe un voto disidente a destacar que expresa: "La garantía de igualdad ante la ley asegura que ésta no contiene ni puede contener privilegios, discriminaciones o preferencias, pues la voluntad de la ley es pareja, igual para todos. Vulnera este principio el acto de autoridad que, en un asunto bajo su inmediata potestad, pero que en todo caso le interesaba, eliminó la vía del derecho y estableció una diferencia arbitraria de solución, que la ley no permite.

d) Otra sentencia acogiendo un recurso de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicada en *Gaceta Jurídica* N°. 114, pp. 40 y sgtes., estableció que vulnera en forma ilegal y arbitraria la garantía establecida en el N°. 2 del artículo 19 de la Constitución, la expulsión de un alumno sin seguirse el procedimiento que para casos similares establece el estatuto reglamentario del establecimiento educacional. Un hito trascendental en esta materia lo constituye el fallo dictado con fecha 20 de marzo de 1986 por la I. Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 20 de marzo de 1995 que acogió un recurso de protección interpuesto por decenas de alumnos que fueron expulsados por el rector de la Universidad de Concepción don Guillermo Clericus Etchegoyen y cuyo fundamento fue precisamente la infracción del artículo 19 N°. 2 inciso 2°.

e) Otra situación a destacar dice relación con un médico cirujano que recurre de protección en contra de la resolución dictada por el Ministro de Salud que no solamente ponía término a su contrato de trabajo, sino que además le prohibía desempeñarse como profesor universitario de medicina. Esta acción fue acogida y confirmada por la Excma. Corte Suprema precisamente, porque

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

constituye una diferencia arbitraria impedir al médico labores universitarias, por la sola circunstancia de no tener contrato de trabajo. (Corte Pedro Aguirre Cerda de fecha 8 de octubre de 1985, publicada en *Fallos del Mes* Nº. 323 pág. 681).

f) Un interesante fallo favorable a las pretensiones del recurrente fue dictado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 6 de enero de 1993, redactada por quien fuera un destacado ministro de ese Tribunal, don Víctor Hernández Rioseco. Se refiere a la situación acontecida a un profesional cirujano dentista jefe de la Unidad de Radiología Máxilo-Facial del Hospital Regional de Concepción, quien, a raíz de una evaluación arbitraria e ilegal, interpuso, basado en el Nº. 2 del artículo 19, un recurso de protección en contra de la Comisión Calificadora del Servicio de Salud Concepción-Arauco establecida en la Ley Nº. 15.076. En todo caso, dicha calificación había sido apelada ante el director del Servicio de Salud Concepción-Arauco, reclamando de los mismos vicios en que se fundó el recurso.

En el considerando Nº. 7 se sentó la doctrina basal de la tutela no discriminatoria en la jurisdicción de protección al señalar que en el art. 19 Nº. 2 de la Carta Fundamental se advierten dos aspectos a destacar: "la igualdad ante la ley" y la "discriminación arbitraria".

De acuerdo al primer enunciado, lo que la ley precisa al establecer la "igualdad ante la ley" es que ella no permite que se haga diferenciación alguna entre personas o grupos, favorables o adversas, que tengan como basamentos razones de orden racial, religiosa, nacionalidad, sexo, profesión, actividad u oficio.

Respecto a la "discriminación arbitraria" este concepto comprende toda "diferenciación o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, en otros términos que no tenga justificación racional o razonable".

En un fallo posterior la I. Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de 14 de julio de 1995 y que fuera confirmado por la Excma. Corte Suprema el mismo recurrente, a raíz de una nueva calificación, recurrió de protección solicitando se le evaluara nuevamente por una Comisión no inhabilitada al efecto, debido a que existe una persecución sistemática en su contra. Sin embargo, la sentencia del tribunal aquo como del superior aceptaron la tesis –que no compartimos–, cual es que, en el caso de autos, sólo en sede administrativa existía la posibilidad de reclamar con ocasión de un proceso de calificación no ajustado a derecho, no encontrándose vulnerados los derechos esgrimidos dentro de los cuales se hallaba la igualdad ante la ley y la existencia de diferenciación arbitraria. El argumento básico para su rechazo fue que existe un procedimiento establecido en la ley 15.076, para los profesionales allí señalados, evitando pronunciarse sobre el fondo del recurso. Más aún, la I. Corte sostuvo que al hacerlo podría ser usado para influir ante el director del Servicio de Salud Concepción-Arauco que conoce de la apelación pendiente en sede administrativa.

No compartimos el criterio anterior, pues el sujeto pasivo de la acción de protección es la Corte de Apelaciones que por mandato de la Constitución

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

conoce de ésta y resolverá si debe dar o no debida protección al afectado. Este tribunal debe siempre analizar debidamente la pretensión y no renunciar al análisis de ésta, argumentando que existe un procedimiento específico, pues se trata de derechos constitucionales estimados vulnerados por el recurrente. Esto, sin entrar a un mayor análisis, está también relacionado con los requisitos de la sentencia de protección contenidos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y en el autoacordado de 30 de septiembre de 1920 sobre la forma de las sentencias.

3. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA NO DISCRIMINATORIA

La jurisprudencia anterior demuestra la riqueza del derecho analizado. De tal manera que la aplicación del inciso 2°. del N°. 2 del artículo 19 ha creado una vertiente jurídica impulsada fuertemente en el derecho comparado que se le ha denominado tutela anti o no discriminatoria.

Tal cual ya lo estableciéramos, la novedad de la normativa nos lleva a recordar que bajo la vigencia de la Constitución de 1925 la norma constitucional que establecía la igualdad ante la ley se interpretó por la jurisprudencia de nuestros tribunales como concreción del principio de la generalidad, entendida básicamente desde el punto de vista sociológico en cuanto a la prohibición común existente también en el derecho comparado, de no hacer discriminación por razón de raza, sexo, condición social, nacionalidad, etc.

Por su parte, la Constitución de 1980 recoge la concepción clásica de la igualdad en el artículo 19 N°. 2 inciso primero al expresar: La Constitución asegura a todas las personas: la igualdad ante la ley. Esto significa que la ley y las normas jurídicas deben aplicarse por igual a todos quienes se encuentran en las situaciones descritas en su texto. (Véase Luz Bulnes Aldunate ob. cit. p. 4).

No debe olvidarse el artículo 1°. inciso 4°. del texto de la Constitución de 1980, pues el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Hay que recordar también el mismo N°. 2 del artículo 19, cuando reza que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados.

Debe considerarse para la adecuada interpretación constitucional el N°. 26 del artículo 19 que asegura 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 imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Esta norma establece, para los efectos que nos ocupa, que la esencia se encuentra en la prohibición debidamente sancionada, de establecer discriminaciones arbitrarias.

La judicatura según sea la acción legal ejercida definirá cuándo el legislador o la autoridad ha actuado legítimamente o no lo ha hecho. En este sentido el principio de la igualdad implica en general para el legislador y la autoridad la

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

posibilidad de establecer diferencias, pero éstas no pueden ser arbitrarias.

El concepto de discriminación o diferenciación, es en nuestro ordenamiento constitucional una manifestación específica del principio de la igualdad y debe vincularse con la idea esencial que impone paridad de trato, evitando o suprimiendo ciertas diferencias inaceptables para el ordenamiento constitucional y legal chileno.

La paridad se transforma en un instrumento básico para asegurar la igualdad entre las personas. Debe tenerse a la vista que discriminación e igualdad tienen así un distinto alcance. La igualdad desea eliminar la arbitrariedad, pero no impone la paridad. En cambio la ausencia de discriminación implica eliminar los márgenes de diferenciación improcedentes y, por lo tanto, no requiere sólo un tratamiento proporcional o razonable, sino que anhela una uniformidad de trato.

Recordemos un conocido fallo de un recurso de inaplicabilidad publicado en *Rev. de Der. y Jurisprudencia*. Tomo 89, 1991, 2ª. parte, sección 5ª., pp. 182 que precisa el concepto de arbitrariedad. En el N°. 4 se expresa:

"Que por 'discriminación arbitraria' ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga una justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias". Véase también en similar sentido Enrique Evans De la Cuadra *Los Derechos Constitucionales* Tomo I, Ed. Jur. de Chile, 1986, p. 15.

4. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA NO DISCRIMINATORIA Y EL DERECHO DEL TRABAJO

En esta área del derecho puede considerarse a la discriminación por diversos factores como un fenómeno social a concretarse en relación con el hombre, la mujer y también en el seno de las organizaciones productivas.

El propósito es poner a cubierto a los trabajadores de discriminaciones que favorezcan a algunos o perjudiquen a otros, en el acceso a cargos laborales por razones políticas, religiosas, ideológicas que no digan relación con la capacidad o idoneidad para esa tarea específica. (Véase fallo publicado en *Gaceta Jurídica* N°. 78 p. 39 de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 19 de diciembre de 1986).

Incluso se ha estudiado el impacto que los fenómenos discriminatorios tienen en el mercado del trabajo. (Véase "Principio de Igualdad y Derecho del Trabajo". Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, publicado en el Tomo II sobre el *Principio de Igualdad en la Constitución Española,* pp. 1069 y sgtes., 1991).

El artículo 19 N°. 16 de la Constitución de 1980 reconoce la libertad de trabajo y su protección; y también contiene una serie de regulaciones relativas a las diferenciaciones o discriminaciones en el acceso al trabajo. Es necesario conjugar la norma constitucional del artículo 19 N°. 2 que permitiría al legislador y a

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la autoridad efectuar diferenciaciones siempre que éstas no sean arbitrarias con una regulación más específica contenida en este 19 Nº. 16, entendida en los términos siguientes:

a) La prohibición establecida por la Constitución para el legislador y la autoridad de efectuar o establecer diferencias arbitrarias, es más amplia, pues se refiere también a los particulares, ya que el texto habla de "se prohíbe discriminar", sin especificar como ocurre en el caso del artículo 19 Nº. 2 inciso 2º. (Véase Luz Bulnes Aldunate, trabajo citado, p. 9).

b) En el caso de la libertad de trabajo y su protección existe el principio general que las discriminaciones no pueden ser arbitrarias y además como el texto claramente lo señala, las discriminaciones sólo pueden basarse en la capacidad o idoneidad personal, salvo que la ley exija la nacionalidad chilena o límites de edad para ciertos casos.

Por lo tanto, la norma constitucional en análisis en el área laboral contiene una prohibición de diferenciación o discriminación arbitraria *erga omnes*, más limitada, pues en el artículo 19 Nº. 2 el legislador sólo tiene el límite de la arbitrariedad.

En cambio en el Nº. 16 referido al trabajo tiene los límites precisados y, como hemos dicho, vincula no sólo a los diversos órganos del Estado, tanto en lo que se refiere a normas legales, como a decisiones administrativas o judiciales, sino también a los particulares. En otros términos, se otorga el derecho absoluto con rango constitucional a no sufrir diferenciaciones arbitrarias en los términos analizados.

5. LA NO DISCRIMINACION ARBITRARIA EN EL TRATO QUE DEBEN DAR EL ESTADO Y SUS ORGANISMOS EN MATERIA ECONOMICA

En el seno de la Comisión de Estudios primó la idea de establecer una norma especial o específica en el ámbito o materia económica como expresión extensiva del principio de la igualdad establecido en el artículo 19 Nº. 2 y que consiste en que las discriminaciones o diferencias para un sector, actividad económica o zona geográfica habrán de establecerse por ley, entregándose sólo competencia al legislador. Estas discriminaciones no podrán ser arbitrarias, esto es desproporcionadas, injustas o irracionales.

6. IGUALDAD EN LA LEY Y LA DIFERENCIACION O DISCRIMINACION ARBITRARIA

Se reconoce en los vocablos contenidos en el artículo 19 Nº. 2 inciso 2º.: "Ni la ley... podrán establecer diferencias arbitrarias" aspecto respecto del cual nos detendremos en su análisis por la trascendencia para el ordenamiento jurídico y la actividad jurisdiccional.

Esta prohibición de discriminación es no sólo un límite a la actividad legislativa, pues desde esta nueva perspectiva el principio de igualdad no lo es sólo ante la ley, sino también en la ley.

Esta última se refiere al tratamiento igual por parte de la ley. Supone un

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mandato de tratar de modo igual supuestos iguales, salvo que existan razones justificadas que hagan arbitrario e irrazonable un tratamiento diferenciado o desigual. Así, no puede hacerse por la ley un tratamiento diferenciado entre las personas sean naturales o jurídicas cuando la distinción no está justificada por una diferencia objetiva de situación que esté expresada o concordante con el mismo objetivo de la ley.

En este sentido el principio de igualdad trata de tutelar no sólo al acto justo –trata igual a todos los que están sometidos a las mismas reglas– que realiza la seguridad jurídica, sino también la *Regla justa* –trata igualmente a todos aquellos sobre los que no se pueden establecer distinciones justificadas– que eviten la arbitrariedad.

Esta concepción de la igualdad en la regla jurídica implica que ella es un requisito esencial de la norma jurídica que por mandato constitucional incide o se irradia sobre toda la jerarquía normativa. El efecto inmediato y que se exige al intérprete de la ley al momento de la aplicación de esta última es ser consecuente con sus propias regulaciones y en definitiva con el mandato señalado. Ni aún el poder discrecional de la autoridad administrativa puede desvincularse del principio de la igualdad en la ley, pues este último es una exigencia objetiva de la norma constitucional descrita.

Al respecto cabe destacar algunos aspectos de un fallo de fecha 13 de junio de 1995 dictado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción que acogiendo una acción de protección aborda esta materia y que fue confirmado por la Excma. Corte Suprema, en proceso caratulado Ingeniería y Construcción Valmar Limitada contra la Directora de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Talcahuano rol Nº. 262-94.

La acción constitucional tuvo por objeto impugnar la decisión adoptada por la Municipalidad de Talcahuano a través de la Directora de Obras Municipales que había determinado "que no es factible y es inconveniente el desarrollo del loteo habitacional propuesto" por Ingeniería y Construcción Valmar Ltda. a través de la solicitud de Anteproyecto de Loteo de 780 lotes habitacionales destinados a la edificación de viviendas de diversas superficies, adjuntándose además una serie de antecedentes legales y de inversión que se indican. El rechazo definitivo del Anteproyecto se había fundado en que "de acuerdo a los antecedentes que forman parte del expediente urbano de la comuna, el sector interior de los Huertos Obreros presenta, entre otros, serios problemas que hacen del lugar una zona de alto riesgo de contaminación, conflictos de uso de suelo, de transporte de carga y pasajeros, etc.

En razón de lo anterior la Directora de Obras Municipales, ejerciendo la facultad que según dice está contemplada en el artículo 3.1.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones determinó que "no es factible y es inconveniente el desarrollo del loteo habitacional propuesto". De esta manera no formula observaciones o lineamientos para el desarrollo del Proyecto Definitivo, que es a lo que autoriza la Ordenanza (art. 3.1.3 inciso 4) sino que lo rechaza en forma perentoria y taxativa, lo que se sostuvo constituía una conducta ilegal y arbitraria.

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El recurrente fundó su acción sólo en los números 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política. Sin embargo, la sentencia se basa además de los numerales citados, en el N°. 2 del artículo 19. Expresa la resolución que la Dirección de Obras Municipales de Talcahuano debe dar riguroso cumplimiento a lo ordenado en el inciso 4°. del artículo 3.1.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, concediendo a la recurrente autorización para desarrollar el proyecto definitivo, señalando en forma escrita las observaciones y los lineamientos generales a que deberá ajustarse dicho proyecto definitivo.

Reconocimiento de la norma citada se contiene en el considerando N° 12 al señalar que "por lo demás, el actuar de la Dirección de Obras Municipales de Talcahuano, importa una discriminación arbitraria, que viola la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental".

A pesar que no se señala en el fallo en realidad lo que está en discusión es, entre otras materias, precisamente la igualdad en la ley conjuntamente, según se relaciona en el considerando N° 8 del fallo, con la manifestación del principio jerárquico que rige nuestro sistema jurídico, pues el decreto o reglamento debe subordinarse a la ley y ésta a la Carta Fundamental.

Si la norma reglamentaria va más allá de la ley no sólo es ilegal sino además contraria a la Constitución por exceso normativo. (*Rev. de Derecho y Jur.* Tomo 85, sec. 5°. p. 138).

En el considerando N°. 9 agrega: "Que como puede apreciarse, la ley en forma cuidada, va señalando las exigencias para lotear, subdividir y construir poblaciones. Nada deja entregado a la discrecionalidad funcionaria, pues, dicho está, ello sería un factor grave de inseguridad jurídica, impropia de un Estado de Derecho. Como puede apreciarse, no hay norma legal que permita a la Dirección de Obras o a cualquier otra autoridad impedir discrecionalmente un loteo o urbanización si se cumplen las exigencias legales".

Por su parte, en el considerando diez la igualdad ante la ley se trata con claridad meridiana cuando se dice: "Que en todo caso y aún admitiendo que la Dirección de Obras Municipales tuviera las facultades que afirma tener, en modo alguno podría ejercerlas en forma arbitraria y discriminatoria. De tenerlas su ejercicio debe ser legítimo, lo que implica que debe ajustarse a criterios de legalidad constitucional, de proporcionalidad y de legítima lógica".

Ahora bien, creemos que en los casos de falta de precisión o indeterminación de la ley con mayor razón la administración o el ejecutor de la ley tienen el deber de tomar en consideración las situaciones particulares que pudieren afectarse por la diferenciación arbitraria. La administración no podrá entonces en estas condiciones excusarse en la falta de determinación o precisión unívoca de la ley para legitimar una diferenciación arbitraria.

La razón básica radica en que la igualdad en la ley es exigible frente a la ley misma. Por lo tanto, una misma ley no puede tener dos mandatos incompatibles que nacerían de una pugna entre dos normas jurídicas diferentes o intrínsecamente incompatibles provenientes o establecidos simultáneamente en un mismo texto.

Artículo: La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: José Bidart Hernández

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

7. LA DIFERENCIACION ARBITRARIA COMO LIMITE PARA LA AUTORIDAD

Por último, la barrera para la diferenciación arbitraria existe también para las autoridades públicas, cualquiera sea ésta. En este sentido la expresión autoridad comprende a todas las establecidas en la Constitución y en las leyes, a todos quienes ejercen el poder público del Estado, en cualquier grado jerárquico. Los órganos legislativos, de gobierno, jurisdiccionales, administrativos. (Véase *Derecho Constitucional*. Prof. Hernán Molina Guaita. Universidad de Concepción, p. 209).

La Excma. Corte Suprema en un interesante fallo de 16 de mayo de 1991 sobre la materia en análisis, esto es la actuación prohibitiva de la autoridad, precisó: "Séptimo: que a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. (*Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 89, 1991, 2ª. parte, sección 5ª. pp. 125).

Sin embargo, precisándolo aún más, creemos que el concepto de autoridad, puede entenderse como referido a potestad o facultad relativa al poder público que tiene un órgano o titular de éste sobre otro órgano, persona natural o jurídica, grupo intermedio, que le está subordinada o afectada por su actuar, mando o magistratura y que tienen como fundamento de su acción a la Constitución y a la ley.

8. ACCIONES LEGALES QUE PERMITEN EL EJERCICIO DE LA TUTELA NO DISCRIMINATORIA

En primer término, si es el legislador quien incurre en la discriminación, será posible interponer el recurso de inaplicabilidad considerando las normas contenidas en los arts. 19 Nº 2 y 26 del texto fundamental.

En segundo lugar, si la discriminación es realizada por la autoridad pública o administrativa puede entablarse el recurso de protección con el objeto de proteger los derechos precisamente señalados en el artículo 20 de la Constitución como también en su caso el recurso de amparo en el caso de afectarse la libertad personal y la seguridad individual.

En conformidad a lo establecido en los artículos 38, 6, 7 y 73 de la Constitución podría demandarse también la nulidad del acto administrativo y en el caso que el acto discriminatorio sea a la vez un ilícito civil, se podrá accionar por los perjuicios causados.