

LA TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL EN CHILE: RECONSTRUCCIÓN DE UN LENTO DESPERTAR

[The Historical Trajectory of Constitutional Equality in Chile:
Reconstruction of a Slow Awakening]

Alberto CODDOU MC MANUS* 
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Este artículo realiza una descripción panorámica de la trayectoria del principio de igualdad en la historia constitucional chilena, destacando tanto las diversas formas en que se articuló en los textos constitucionales así como las prácticas que afectaron su comprensión. Para ello, el artículo recurre a fuentes primarias y secundarias, intentando reconstruir, desde una mirada integral, las formas en que el principio de igualdad se fue dotando de contenido, abandonando concepciones puramente formales. De acuerdo con este enfoque, el artículo se presenta como una reconstrucción del lento y, a ratos, paradójico despertar de un principio que ha estado presente desde los inicios de la república chilena y que forma parte de lo que se de-

ABSTRACT

This article provides a panoramic description of the trajectory of the principle of equality within Chilean constitutional history, highlighting both the various ways in which it was articulated in constitutional texts as well as the practices that affected its understanding. In that regard, the article uses primary and secondary sources, trying to reconstruct, from a comprehensive perspective, the ways in which the principle of equality was filled with substantive content, abandoning purely formal conceptions. According to this approach, the article is presented as a chronicle of the slow and, at times, paradoxical awakening of a principle that has been present since the beginning of the Chilean republic and that is part of what is known, although from different

ENVIADO el 30 de mayo de 2023 y ACEPTADO el 20 de noviembre de 2024

* Doctor en Derecho, University College of London. Profesor College/Escuela de Gobierno, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: acoddou@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11220370, del cual el autor es investigador responsable.  <http://orcid.org/0000-0003-2041-2304>

nomina, desde diversas perspectivas, como la tradición constitucional chilena.

perspectives, as the constitutional tradition of the country.

PALABRAS CLAVE

KEY WORDS

Derecho a la igualdad ante la ley – historia constitucional chilena – igualdad formal y sustantiva – igualdad y no discriminación – principio de igualdad.

Chilean constitutional history – equality and non-discrimination – formal and substantive equality – principle of equality – right to equality before the law.

INTRODUCCIÓN

Desde el surgimiento de las repúblicas independientes en la región latinoamericana a comienzos del siglo XIX, casi todas las constituciones reconocieron, en formas ligeramente diferentes, un principio o un derecho a la igualdad ante la ley¹. En sus orígenes, el principio de igualdad no cuestionó las calificaciones realizadas por el legislador, permitiendo las más groseras desigualdades e injusticias, y sin implicar mandato o acción de parte del Estado por lograr alguna igualdad sustantiva². Posteriormente, con el surgimiento de la *cuestión social* hacia fines del siglo XIX y el incipiente desarrollo del *Estado Social* a comienzos del siglo XX, hubo presiones para cuestionar la supuesta neutralidad del Estado ante cuestiones sociales y económicas. En países como Argentina y Brasil, esta variante implicó adoptar una versión latinoamericana del *populismo* a mediados del siglo XX, generando cierta protección de clases populares y el surgimiento de una clase media trabajadora, formada principalmente por trabajadores públicos y de una industria en ciernes. Sin embargo, como muestra la historia constitucional de la región, el surgimiento de una *cuestión social* y el temprano reconocimiento de los derechos sociales, reconocidos desde la Constitución mexicana de 1917, no cambiaron la comprensión jurídica del principio de igualdad en su versión clásica, entendida como mera garantía de igualdad formal y neutralidad del Estado.

Hacia fines de la década de los 80s, la *tercera ola* de la democracia en América Latina trajo consigo el fin de las dictaduras, el lento retorno de las demo-

¹ Aunque existen varias diferencias analíticas entre un derecho y un principio, entenderé estos términos como sinónimos. En general, me referiré a un principio o derecho a la igualdad en tanto protección jurídica de un interés a ser tratado como igual, con todas las ambigüedades y cuestionamientos que esta idea invita, y cualesquiera que sean las implicaciones concretas para arreglos institucionales particulares.

² Si bien existen diferentes formas de definir qué se entiende por igualdad sustantiva, ya sea a través de los conceptos de dignidad, igualdad de oportunidades, de resultados o de otro tipo de bien o criterio, existe cierto consenso en la doctrina en que la igualdad no puede reducirse a la mera constatación del respeto por las formas. En este sentido, en este artículo voy a defender la idea de que la igualdad, para tener sustancia, requiere cierta comprensión acerca de qué es aquello respecto de lo cual haremos el juicio de igualdad, sin intentar definir en detalle o de manera precisa esa sustancia. Para una revisión de este debate, véase FREDMAN, Sandra, *Substantive equality revisited*, en *International Journal of Constitutional Law* 14 (2016) 712-738.

cracias y la aceleración progresiva de la globalización, que se manifestó en diversas dimensiones. Según algunos críticos, esto derivó en el surgimiento de un “Estado neoliberal” en clave latinoamericana, que promovió libertades individuales, marcadas por el consumo, y que dejó de cuestionar las desigualdades sociales con el fin de integrar a los países de la región al mercado global³. Sin embargo, al mismo tiempo, dos factores impulsaron una nueva comprensión jurídica del principio de igualdad en diversos países de la región: por un lado, nuevas constituciones o reformas constitucionales que incorporaron de maneras más o menos directa al derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales y, por otra, cláusulas constitucionales de igualdad más robustas, ya sea incorporando prohibiciones de discriminación en base a diversas categorías protegidas o mandatos estatales de hacer algo porque la igualdad sea real y efectiva. Estos dos factores abrieron estructuras de oportunidad que redundaron en procesos de judicialización que, lentamente, motivaron la resignificación de la igualdad constitucional. En este nuevo escenario constitucional, se incrementó la acción del Estado y se generaron nuevas políticas sociales diseñadas específicamente para los grupos desfavorecidos, con el fin de lograr una igualdad real o efectiva de oportunidades. El principio de igualdad, de ahora en adelante, debía entenderse como un desafío a la razonabilidad de las distinciones, clasificaciones o criterios utilizados por las autoridades, que permitieron a varios litigantes lograr victorias judiciales que generaron un profundo impacto en los sistemas jurídicos de la región⁴. La recepción de doctrinas extranjeras permitió la proliferación de discursos basados en el principio de proporcionalidad, el efecto horizontal de derechos fundamentales o la aplicación directa de los textos constitucionales en la resolución de conflictos. Mas allá de las críticas al fenómeno de esta importación,⁵ ello permitió el cuestionamiento de diversas leyes, consideradas como el resabio de épocas marcadas por la omnipotencia del legislador. Para lo que nos interesa aquí, ello implicó el cuestionamiento de leyes por la desigualdad de tratamiento, ya sea en términos formales o por el impacto desproporcionado que su aplicación genera para ciertos grupos.

Esta visión panorámica de la trayectoria histórica de la igualdad constitucional en América Latina es lo que yo llamo como el lento despertar. En efecto, con distintos lapsos de tiempo, varios países de la región observaron más o menos

³ MORENO, Miguel, “El agotamiento paradigmático del Estado neoliberal en América Latina: explorando la gobernanza para el desarrollo sostenible”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia* 69 (2017) 41-72.

⁴ Un ejemplo ilustrativo de victorias judiciales que generaron impacto a nivel regional fueron las movilizaciones de minorías sexuales que interpusieron acciones constitucionales de tutela ante la Corte Constitucional colombiana. En la segunda mitad de la década de los noventa, las estrategias de litigio de estos grupos se replicaban en toda la región, con diversas intensidades. Véase UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA, Mauricio, *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, en de Sousa Santos, Boaventura (editor), *Emancipación social y violencia en Colombia* (México: FCE, 2004) 255-291.

⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Kelsen, Hart y Dworkin en Hispanoamérica: condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho*, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (México: UNAM, 2017) 417-452.

las mismas etapas en el desarrollo de este principio: desde cláusulas formales de igualdad que implicaban nada más que la neutralidad del Estado, hasta cláusulas sustantivas que implicaban al menos alguna acción del Estado para enfrentar los problemas más graves y las distinciones más odiosas o irrazonables que perjudican a algunos grupos⁶. En este artículo pretendo reconstruir la trayectoria de este principio o derecho a la igualdad en la historia constitucional chilena. Para ello, me apoyaré en las ideas políticas y filosóficas que rodearon el debate sobre la igualdad en el siglo XIX, en el desarrollo de los enfoques jurídicos y constitucionales sobre la igualdad en la historia republicana de Chile, y en diversas tendencias jurisprudenciales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación.

Metodológicamente, el ejercicio que pretendo hacer aquí supone estudiar el surgimiento de los conceptos y términos asociados a la idea de que la igualdad es un principio constitutivo de la república chilena, aunque con diferentes concepciones y entendimientos de lo que implica este principio en diferentes contextos⁷. A este respecto, el enfoque histórico que propongo aquí, para abordar la pregunta por la variante chilena del principio de igualdad, implica hacerse cargo de las tensiones y desafíos entre la interpretación social y jurídica de la igualdad, que se manifiestan en diversas preguntas. ¿De qué manera los usos y entendimientos sociales y políticos de la igualdad llegaron al discurso jurídico? ¿Cómo se asoció el principio de igualdad con la lucha contra la discriminación? ¿Cuándo el principio de igualdad implicó el reconocimiento de la diferencia o acciones positivas hacia el avance de la igualdad material o económica? Estas y otras preguntas orientarán y guiarán esta panorámica de la historia constitucional del principio de igualdad a través del estudio de los usos y entendimientos constitucionales de este principio y su contraste con el contexto social más amplio, en donde este principio estuvo presente en el vocabulario sociopolítico⁸. Los conceptos constitucionales, especialmente aquellos que son lo suficientemente amplios para cubrir diferentes interpretaciones o concepciones, siempre están sujetos a disputa. No son fácilmente proclives a la interpretación o aplicación jurídica, y constituyen el lugar de la disputa política, especialmente cuando son tan fundamentales como

⁶ CODDOU McMANUS, Alberto, *A transformative approach to Anti-Discrimination Law in Latin America* (Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University College London, 2018) 55-82.

⁷ En este sentido, este trabajo se distingue de la obra de otros autores, como Jaime Arancibia Mattar, quienes han realizado un valioso aporte a la trayectoria de los términos que han aparecido en los textos constitucionales a lo largo de la historia chilena. Citando a Julio Heisse, ARANCIBIA MATTAR, Jaime, *Constitución política de la República de Chile, edición histórica: Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy* (Santiago: El Mercurio, 2020) 15, es consciente de que la historia constitucional va más allá de la “historia normativa de las fuentes”. En este escenario, considero que mi trabajo puede verse como un complemento de los esfuerzos realizados por trabajos como el de Arancibia Mattar.

⁸ Para una historia intelectual y conceptual de la discriminación en Chile, ver MUÑOZ, Fernando, *Linajes del concepto de discriminación: de su ausencia a su emergencia y su recepción en la Constitución de la República*, en *Revista Humanidades* 42 (2021) 77-105. Además, en este mismo sentido sigo la idea de una perspectiva doctrinal y no meramente institucional de la historia constitucional, tal como la distingue SUANZES-CARPEGNA, Joaquin Varela, “Constitutional history: some methodological reflections”, *Historia Constitucional*, 15, (2014) 529-541.

para definir la inclusión o exclusión en la comunidad política⁹. En tal sentido, la reconstrucción que ofrezco aquí es de carácter exploratorio y, ojalá, una contribución a una empresa colectiva más amplia, aquello que algunos autores llaman la tradición constitucional chilena¹⁰.

Siguiendo estas ideas, el marco teórico que guiará esta indagación histórica se basa en dos grandes tensiones, mutuamente relacionada. En primer lugar, las tensiones entre las concepciones formales y sustantivas de la igualdad, en las progresivas luchas por llenar, con alguna sustancia, una cláusula que de otro modo estaría vacía. Ello supone indagar en el grado de responsividad del derecho, donde un orden jurídico incorpora sus críticas y, a través de ellas, “sus propias fuentes de elaboración y cambio”, y así elaborar una narrativa sobre el lento despertar y la gradual expansión de la comprensión de lo que significa la igualdad constitucional para los chilenos¹¹. Aunque durante gran parte de la historia republicana las autoridades chilenas entendieron la igualdad en términos puramente formales, de vez en cuando, este derecho expuso la autoridad de la ley a desafíos sustantivos. Para Axel Honneth, el derecho a la igualdad está afectado por su “apertura estructural”, una indeterminación sobre lo que cuenta como titularidad jurídica para poder acceder a la ‘igualdad de derechos’, abriendo formas de reconocimiento expuestas a la impugnación y, así, a la inclusión de grupos previamente excluidos o discriminados¹². Históricamente, la conexión entre las luchas contra la discriminación y las cláusulas constitucionales de igualdad se

⁹ ATRIA, Fernando, *La forma del derecho* (Barcelona: Marcial Pons, 2016) 267-300.

¹⁰ El debate sobre qué significa o qué comprende la “tradición constitucional chilena” ha sido revitalizado con ocasión de los procesos constituyentes que se gañaron a partir del estallido social de 2019. En términos doctrinales, autores como Pablo Ruiz-Tagle, han señalado que esta se compondría de una concepción republicana que, aunque imperfectamente materializada en los diferentes momentos y textos constitucionales, supone un piso mínimo de respeto al orden jurídico y al mecanismo democrático-electoral como forma de abordar las tensiones sociales y políticas propias de cada tiempo. *Vid.* CRISTI, Renato – RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago: Editorial LOM, 2006) 79-80. Para Juan Luis Ossa, en cambio, la tradición constitucional chilena se caracteriza por ser un mecanismo institucional e histórico de reforma gradualista, el cual, desde el presente, es deferente con el pasado, considerándolo y readaptándolo, no cortándolo de raíz; *vid.* OSSA, Juan Luis, *Chile constitucional* (Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2020). En otra arista del debate, el criterio determinante serían los aportes intelectuales de la doctrina constitucional en diferentes momentos históricos: así, mientras Ruiz-Tagle ubicaría los aportes a la tradición constitucional chilena en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, autores como José Francisco García buscan ampliar la pluralidad de aportes que han ido dando forma a esta tradición o derechamente abogan por una multiplicidad de tradiciones. *Vid.* GARCÍA, José, *La tradición constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago, Ediciones PUC, 2017). Por último, para otros autores como Felipe Westermeyer, la pregunta por la tradición constitucional chilena supone esfuerzos historiográficos más importantes que aun no tienen el nivel de desarrollo que se observa en otras latitudes; *vid.* WESTERMAYER, Felipe, “Entre la historia del derecho y la tradición constitucional”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 41 (2019) 467-501.

¹¹ NONET, Philippe, *Administrative justice: advocacy and change in a government agency* (New York: Russel Sage Foundation, 1969) 251.

¹² HONNETH, Alex, *The struggle for recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts* (Cambridge Massachusetts: MIT Press, 1995) 110.

deriva del hecho de que los grupos que luchan por el reconocimiento político o la emancipación suelen utilizar las cláusulas constitucionales existentes como base para sus reclamos por incorporarse como miembros plenos de la comunidad política¹³. En términos concretos, estos grupos se refieren a valores o derechos constitucionales de igualdad actualmente existentes para reclamar su pertenencia a una comunidad de iguales aún por realizar¹⁴. Las cláusulas de igualdad constitucional, entonces, observan una tensión entre la consagración de valores fundamentales consolidados (igualdad ante la ley) y aspiraciones que son vistas como un punto de partida para el cambio social (igualdad sustantiva)¹⁵. Por tanto, aun reconociendo que la igualdad formal implicó un cambio radical con respecto a la estructura social colonial, debemos ser capaces de entender cómo la igualdad constitucional responde a cambios más amplios en las relaciones sociales¹⁶. Estos cambios en las relaciones sociales más amplias derivaron tanto de procesos de modernización que se produjeron periódicamente en la historia chilena como de los resultados de luchas sociales y políticas concretas que tuvieron impacto en la esfera pública. Por ejemplo, al analizar la evolución de las luchas de las mujeres por su derecho al sufragio, Javiera Errázuriz sostiene que más que “una concesión del mundo político masculino” o de otros cambios sociales, el sufragio femenino surgió como “un derecho que deviene de la calidad ciudadana que tenían las mujeres y de la igualdad de los géneros, establecida en la Constitución”¹⁷.

En segundo lugar, las tensiones que surgen acerca del remedio que el derecho puede ofrecer para las desigualdades sociales, ya sea negando esas desigualdades en la distribución o adjudicación de derechos o visibilizando las diferencias o, en algunos casos, identidades que son determinantes de la justicia. Esta tensión, a ratos llamada como la tensión entre la igualdad o la diferencia, se manifiesta con particular fuerza en la historia constitucional reciente, marcada por la creciente demanda por reconocer derechos o regímenes específicos para grupos vulnerables, cuya exclusión parece remitir a una deuda histórica del constitucionalismo latinoamericano. Más allá de esta tensión, que en otras latitudes adquiere tonalidades ideológicas marcadas, partiré reconociendo el valor intrínseco que la igualdad formal tiene para el Estado de Derecho, para la idea de sujetar nuestras relaciones políticas a formas jurídicas. De hecho, al observar la trayectoria histórica del principio de igualdad constitucional, en muchos se observa que la estrategia de los grupos que presionan actualmente por el reconocimiento de su

¹³ IRVING, Helen, “More Than Rights”, en Williams, Susan (editor), *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law* (New York: Cambridge University Press, 2009) 86.

¹⁴ LACEY, Nicola, “Normative Reconstruction”, *Social & Legal Studies*, 5, 2 (1996) 144.

¹⁵ Para una historia de estas tensiones, presentes en la cláusula de igual protección en Estados Unidos, véase DORF, Michael, “The aspirational Constitution”, *The George Washington Law Review*, 77 (2009) 1631-1671.

¹⁶ THOMPSON, E.P., *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act* (London: Breviary Stuff Publications, 1975) 266.

¹⁷ ERRÁZURIZ, Javiera, “Discursos en torno al sufragio femenino en Chile 1865-1949”, *Historia*, 38, II (2005) 257-286.

diferencia puede ser la consolidación de la igualdad formal mañana¹⁸. Un análisis más integral de la trayectoria histórica de las cláusulas de igualdad nos enseñaría que las demandas de reconocimiento no siempre impulsan la consolidación de la diferencia, lo que implica concebir a la igualdad constitucional como un repositorio de diversos remedios¹⁹. Como señaló la jueza estadounidense Sonia Sotomayor en un reciente fallo (Schuette) de la Corte Suprema de aquel país, a veces “la forma de poner fin a la discriminación por motivos de raza es hablar abiertamente y con franqueza sobre el tema de la raza, y aplicar la Constitución con los ojos abiertos a los desafortunados efectos de siglos de discriminación racial”²⁰. Por un lado, la igualdad obligaría al derecho a ser ciego a las diferencias, que sólo podrían terminar erosionando nuestra igual ciudadanía; por otra, la igualdad obligaría al derecho a estar con los ojos abiertos al modo en que las diferencias afectan nuestra igual ciudadanía. En este sentido, argumentaré a favor de un enfoque más flexible hacia los diferentes usos, demandas y remedios que sustenta la igualdad constitucional.

La estructura de este trabajo es la siguiente: en primer lugar, describiré los orígenes del principio de igualdad en la época republicana temprana y el impacto que tuvo en los diferentes textos constitucionales que se redactaron, aprobaron y reformaron en aquellos tiempos; luego, abordaré la pregunta de por qué el principio de igualdad no implicó cuestionar las diferentes clasificaciones, distinciones y exclusiones utilizadas y aplicadas tanto por actores públicos como privados que reproducían la jerarquía social, sexual y racial que podría rastrear hasta la época colonial. En la última sección, intentaré describir el principio de igualdad en Chile como una “cláusula latente” que tuvo un reciente resurgimiento desencadenado por cambios sociales y procesos de movilización, que dieron contenido y significado a este principio.

I. LA IGUALDAD EN LOS INICIOS DE LA ERA REPUBLICANA: ¿MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY?

Durante los inicios del siglo XIX en Hispanoamérica, la idea de la igualdad se planteó como uno de los principales motores de las revoluciones que rompieron con la monarquía española y sirvieron de base para el surgimiento de las primeras repúblicas. En el caso de Chile, existe amplia evidencia de cómo las ideas de la

¹⁸ FRASER, Nancy, “Social justice in the age of identity politics”, *The Tanner lectures on human values, Stanford University* (1996). [Disponible en: <https://tannerlectures.utah.edu/>].

¹⁹ Las preguntas que han surgido en el marco de las demandas del movimiento LGBTI podrían ayudarnos a construir este enfoque: ¿qué es aquello que deberían perseguir sus miembros: el matrimonio igualitario (considerando la orientación sexual como una barrera al derecho al matrimonio) o, por otra parte, la desvinculación de los beneficios del matrimonio heterosexual y su asignación a individuos? ¿Deben concentrar sus luchas en lograr la igualdad formal o en intentar superar formas culturales de menosprecio que se enfrentan mejor interviniendo en los ámbitos sociales o privados? ¿Debería ser su objetivo principal el dominio cultural, que intenta desafiar los horizontes de valor dominantes, o la esfera y las instituciones jurídicas, que otorgan la base social para una distribución igualitaria de la autoestima?

²⁰ Supreme Court of Justice (USA), *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291 (2014).

tradición ilustrada arribaron principalmente por los puertos, con escritos de pensadores como Thomas Paine o Jean Jacques Rousseau, por citar sólo a dos destacados filósofos que reflexionaron sobre la realidad de las implicaciones políticas y sociales de la idea básica de que todos somos iguales por naturaleza²¹. A pesar del amplio conocimiento de las ideas de la Ilustración entre las pocas personas que sabían leer y escribir en esos días, los líderes del movimiento criollo no fueron más allá de una comprensión general del principio de igualdad, que supuso la redacción y aplicación general de las leyes entre los sujetos de la comunidad política. Este nuevo escenario político significó algo radical para el contexto político global: “en el momento en que la mayor parte del mundo occidental, con la conspicua excepción de los Estados Unidos, avalaba la monarquía, Hispanoamérica optaba por la república”²². La noción de ciudadanía política que se importó a América Latina en los primeros años de la independencia intentó reemplazar la noción de “los pueblos, las comunidades, el súbdito, el vecino (o residente)” con la idea de ciudadanos iguales de una sola nación²³. Desde un principio, la igualdad se consideró como demasiado abstracta para los contextos de la región, pero “ganó un favor cada vez mayor entre las élites revolucionarias ascendentes y encontró su camino en las primeras constituciones”²⁴. Aparte de eso, la idea de igualdad fue utilizada en conjunción con la idea de “pueblo chileno” por la élite revolucionaria, pero como una mera abstracción para legitimar el reemplazo de los derechos divinos de los gobernantes de la Monarquía por el poder gobernante de los aristócratas locales²⁵. En ese sentido, el término “pueblo” era una mera abstracción, una “ficción democrática” que no incluía a la multitud, a los sectores populares ni refería a algún sentido de inclusión de los que pertenecían a las clases bajas (bajo pueblo)²⁶. En general, quienes eran iguales ante la ley eran los “ciudadanos”, los aristócratas locales y los intelectuales criollos que eran lo suficientemente ilustrados como para exhibir una razón autónoma y la capacidad de ser los “líderes naturales” que ejercerían la soberanía del pueblo. El resto de los miembros de la comunidad debían ser tratados de acuerdo con las jerarquías sociales legadas por la Colonia²⁷. En palabras de Simon Collier, “la revolución chilena era aristocrática;

²¹ COLLIER, Simón, *Ideas y política de la independencia chilena 1808-1833* (trad. Iván Jaksic y Juan Luis Ossa, Santiago de Chile: FCE, 2012) 63-70.

²² SÁBATO, Hilda, “On Political Citizenship in Nineteenth-Century Latin America”, *The American Historical Review*, 106, 4 (2001) 1291.

²³ SÁBATO, cit. (n. 22) 1292.

²⁴ SÁBATO, cit. (n. 22) 1292.

²⁵ PINTO, Julio – VALDIVIA, Verónica, *¿Chilenos todos? La construcción social de la nación (1810-1840)* (Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2009) 21-50.

²⁶ GUERRA, François-Xavier, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas* (Madrid: Mapfre, 1992) 362.

²⁷ *Gazeta Ministerial de Chile*, Santiago, 19 de junio de 1819, en ESTEFANE, Andrés, *Cuando íbamos a ser libres. Documentos sobre las libertades y el liberalismo en Chile (1811-1933)* (UAI: FCE, 2021) 52-55. Según Susana Gazmuri, esta influencia ilustrada no se entendía como un sistema de castas o de discriminación estructural, sino como la exigencia de razones autónomas como condición de pertenencia a la comunidad política. Entrevista en podcast *Hablemos de Historia*, Capítulo 120: Liberales y Conservadores en Chile, Siglo XIX, revisado en <https://anchor.fm/historia-radio-uc/episodes/Capitulo-120-Liberales-y-Conservadores-en-Chile—Siglo-XIX-efcdsg>.

estaba muy lejos de sus intereses el intento de formalizar un ‘equilibrio’ abstracto de clases. La igualdad, entonces, estaba temperada por el orden natural y por una estratificación social concebida como inevitable”²⁸.

Sin embargo, esta comprensión abstracta de la igualdad debe contrastarse con varios intentos que plantearon criterios sustantivos para llenar “el vacío” de la igualdad, que se incluyó rápidamente en los instrumentos constitucionales y legales de la era republicana temprana²⁹. Si bien ninguno de estos intentos logró un reconocimiento generalizado, estuvieron presentes en el discurso y en los escritos de algunos de los principales actores políticos de la época. En ocasiones, estos intentos llegaron a los márgenes del discurso constitucional y se fueron incorporando paulatinamente a lo que puede llamarse una tradición constitucional chilena. Un surgimiento temprano de comprensiones más sustantivas de la igualdad fue ilustrado por los desafíos de la élite criolla contra la exclusión discriminatoria en el acceso a cargos públicos, especialmente en los rangos más altos³⁰. Si bien el marco normativo de la monarquía española no excluía el acceso a la administración colonial en función del lugar de nacimiento o del origen nacional, en la práctica todos los rangos importantes estaban en manos de peninsulares. Esta demanda, a ratos levantada en clave meritocrática, llevó a que la idea de igualdad de acceso al trabajo o empleo en los organismos públicos fuera incluida en la primera constitución formalmente reconocida en la historia institucional de Chile, la llamada Constitución Liberal de 1828, redactada por el pensador liberal José Joaquín De Mora³¹.

Otro intento de llenar con sentido sustantivo al principio de igualdad provino de la preocupación por incluir a los pueblos indígenas en los inicios de la historia republicana chilena. En efecto, los primeros años de la independencia de Chile estuvieron dominados por lo que Collier llamó la “idealización de la Araucanía”, en referencia al pueblo mapuche que resistió desde un principio la llegada de los españoles a suelo americano³². Además, la necesidad de reclutar soldados y guerreros para las guerras de independencia generó la necesidad de considerar a la gran población indígena que habitaba al norte del río Biobío en la época de la independencia, lo que llevó a los líderes revolucionarios a prometer igualdad de derechos en caso de victoria³³. En 1813, la entonces Junta gobernante promulgó algunas medidas encaminadas a acabar con las “diferencias de casta” en

²⁸ COLLIER, cit. (n. 21) 171.

²⁹ WESTERN, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, 95, 3 (1982) 537-596.

³⁰ COLLIER, cit. (n. 21) 50.

³¹ *Constitución de Chile*, 8 de agosto de 1828, artículo 126. Promulgada el 8 de agosto de 1828 bajo el gobierno de Francisco Antonio Pinto, su vigencia se extendió hasta el 25 de mayo de 1833. Es el primer texto que utilizó formalmente el título de “Constitución Política de la República de Chile”.

³² COLLIER, cit. (n. 21) 218-223.

³³ Sin embargo, el pueblo mapuche no creyó ni aceptó este llamado y no mostró entusiasmo por el ejército revolucionario. PINTO, Jorge, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche. De la inclusión a la exclusión*, 2ª ed. (Santiago de Chile: DIBAM y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2003) 66-67.

un pueblo formado por “hermanos”³⁴. Sin embargo, la materialización de estos compromisos implicaba el abandono de sus vestimentas, educación y costumbres, su desplazamiento hacia zonas urbanas o poblados no indígenas, en definitiva, su propia disolución³⁵. Teniendo en cuenta la imagen positiva del pueblo mapuche en la mentalidad de los líderes revolucionarios, es extraño que no hayan existido grandes intentos de incluir a los indígenas en la formación de la república. A pesar de esta narrativa excluyente, el primer Congreso chileno de 1811 permitió que los indígenas tuvieran igualdad de acceso a la educación en el Colegio Carolino y otros establecimientos educativos³⁶. Por su parte, O’Higgins, quien estaba profundamente comprometido con el estudio del pasado mapuche y que hablaba su idioma (mapuzungun), planteó la idea de la igualdad de derechos para afirmar que los indígenas debían cumplir con sus deberes militares, y en Marzo de 1819, decreta la “ciudadanía chilena a favor de los naturales del país”, que es una “consecuencia de la igualdad”, por lo cual pasaban a ser “libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz i representación, concurriendo por sí mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elegir las artes a que tengan inclinación, i a ejercer la carrera de las letras i de las armas, para obtener los empleos políticos i militares correspondientes a su aptitud”³⁷. Por último, durante los trámites legislativos del Congreso de 1828, que sentó las bases para la Constitución liberal del mismo año, hubo varios intentos de reconocer la igualdad de derechos civiles tanto para los chilenos como para los indígenas³⁸. Fueron intentos aislados y excepcionales en la historia de exclusión y opresión contra los pueblos indígenas, quienes no vieron en el principio de igualdad un compromiso republicano fidedigno con su inclusión en la formación, desarrollo o consolidación de una naciente nación chilena³⁹. En efecto, tal como describe Martín Correa, este principio no logró

³⁴ *Reglamento a favor de los indios dictado por la Junta de Gobierno con acuerdo del Senado*, 1° de julio de 1813, en *Monitor Araucano* 37 (1813).

³⁵ PINTO – VALDIVIA, cit. (n. 25) 60-61. Más allá del debate historiográfico que puede existir sobre el uso de los términos “indios” o “indígenas”, optaré por utilizar el segundo. Si bien el citado Reglamento refiere a los “indios”, seguiré la nomenclatura de “indígenas”, usada tanto por Pinto y Valdivia como por otros investigadores. Formalmente, y partir de los decretos de O’Higgins de fines de la década de 1810, “oficialmente dejaron de existir en Chile españoles e indios, que pasaron a ser llamados ciudadanos chilenos”; *vid.* CATEPILLÁN, Tomás, “De indios a ciudadanos: políticas indígenas, negociación y acomodo en Chile (1818-c. 1860)”, *Anuario de Estudios Americanos* 79 (2022) 239.

³⁶ El Colegio Carolino (Convictorio o Colegio Carolino) fue el principal establecimiento educativo durante la época colonial, donde se educaron muchos de los líderes del movimiento independentista. Continuó sus servicios hasta 1813.

³⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, *Ley S/N Ciudadanía chilena a favor de los naturales del país*, 4 de marzo de 2019.

³⁸ COLLIER, cit. (n. 21) 222-223.

³⁹ BENGÓA, José, “Los indígenas y el Estado nacional en América Latina”, *Revista de Antropología* 38 (1995) 154.

evitar la estigmatización de los indígenas que sirvió como justificación del despojo de sus propiedades y de la denigración de sus formas de vida⁴⁰.

Un último intento de promover una comprensión alternativa del principio de igualdad se puede encontrar en algunos de los escritos intelectuales, proclamas revolucionarias o manifiestos políticos más influyentes de la primera era republicana. Aunque muchos de los escritos del sacerdote y periodista Camilo Henríquez sobre la idea de igualdad no eran radicalmente diferentes de la concepción abstracta de igualdad explicada anteriormente, fue claro en su postura por una educación pública de acceso universal, incluidos los pueblos indígenas, y la necesidad de todos de cumplir con sus deberes públicos, lo que suponía cierta dimensión de igualdad democrática: “[p]ara que los ciudadanos amen la patria, ó digamos mejor, para que haya patria y ciudadanos, es preciso, que ella sea una madre tierna, y solícita de todos: (...) que todos tengan alguna parte, alguna influencia en la administración de los negocios públicos, para que no se consideren como extrangeros, y para que las leyes sean á sus ojos los garantes de la libertad civil”⁴¹. Para Nicolás Pradel, político de la década de 1820, la idea de la educación pública masiva era la encarnación de la “igualdad social”, para que ricos y pobres en los mismos establecimientos educativos pudieran inculcar el espíritu republicano⁴². Según Gabriel Cid, la idea de una “igualdad social” implicaba una especie de igualdad relacional, “de forma de otorgarle un sustrato en las costumbres a la igualdad jurídica, evitando así que esta última dimensión quedase en un vacío cultural que volviera banal su significación”⁴³. Esta idea de igualdad social implicaba una dimensión relacional de igualdad aplicable en aquellas instancias de interacción social donde todos debían ser iguales entre sí, desafiando la idea de una igualdad natural que otorgaba superioridad a la aristocracia local o a las élites intelectuales.

Probablemente el mejor representante de esta “lectura anti aristocrática del principio liberal de igualdad” sea Fray Antonio de Orihuela, representante de Concepción en el primer Congreso chileno de 1811⁴⁴. Uno de los primeros críticos de los títulos nobiliarios y defensor de la igualdad de acceso a la representación política, es famoso entre los historiadores chilenos por ser el primer “revolucionario social”⁴⁵. En su famoso “Proclama Revolucionaria”, dirigida a los “infelices, los que forman las clases bajas (bajo pueblo)”, Orihuela señaló lo siguiente: “[re]cordad que sois hombres de la misma naturaleza que los condes, marqueses y nobles; que cada uno de vosotros sea como ellos, un individuo de ese cuerpo grande y respetable

⁴⁰ CORREA, Martín, *Historia del despojo. El origen de la propiedad particular en el territorio mapuche* (Santiago: Pehuén Editores-Ceibo Editores, 2021).

⁴¹ HENRÍQUEZ, Camilo, “Sobre el amor a la Patria”, *Aurora de Chile*, jueves 6 de agosto de 1812 3-4, [revisado en <http://www.auroradechile.cl/newtenberg/681/article-3287.html>]

⁴² PRADEL, Nicolás, “Observaciones sobre la educación pública en la capital de Chile”, *El Espectador*, Santiago, 13 de junio de 1827, cita extraída de CID, Gabriel, *Pensar la revolución. Historia intelectual de la independencia chilena* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2019) 269.

⁴³ CID, cit. (n. 42) 269.

⁴⁴ ESTEFANE, cit. (n. 27) 25.

⁴⁵ GREZ, Sergio, *La “cuestión social” en Chile. Ideas y Debates precursores (1804-1902)* (Santiago de Chile: DIBAM y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 1997) 12.

que se llama Sociedad”⁴⁶. Además, añadió: “[n]unca olviden que las diferencias de rango y de clases fueron inventadas por los tiranos, para tener en la nobleza otros frenos sobre los cuales someter en esclavitud a las clases bajas, siempre amigas de sus libertades”⁴⁷. Aunque se considera a Orihuea como un caso aislado, como defensor de una comprensión excepcional del principio republicano de igualdad, esta concepción de la igualdad no fue inusual entre algunos discursos públicos a lo largo de las tres primeras décadas de existencia republicana⁴⁸.

Luego de una importante batalla contra las fuerzas reales españolas en 1817, el Director Supremo Bernardo O’Higgins promulgó un decreto que estableció la prohibición de usar escudos de armas y todos los demás signos nobiliarios en el espacio público, desafiando abiertamente al poder social de la aristocracia local⁴⁹. En defensa y justificación pública de esta medida, Bernardo de Vera y Pintado, editor principal del diario oficial, refirió a una concepción robusta de la igualdad, que implica desafiar la dimensión simbólica que atribuía posiciones superiores e inferiores entre conciudadanos⁵⁰. En un decreto posterior, O’Higgins ordenó eliminar todos los títulos nobiliarios, considerados como “miserables reliquias del sistema feudal”⁵¹. Para Gabriel Cid, “O’Higgins subsumía la idea de igualdad jurídica dentro de la idea de ciudadanía (dimensión pasiva), que sería el nuevo mecanismo de cohesión de la nueva comunidad de iguales que se estaba inventando”⁵². Aunque las medidas de O’Higgins encontraron resistencia abierta y encubierta por parte de las élites locales, enfrentando varios reveses políticos en los años siguientes, esta comprensión de la igualdad se reflejó más tarde en las cláusulas constitucionales que establecen que “no hay clase privilegiada en Chile”. Originalmente, esta cláusula se incluyó en un artículo separado de la Constitución de 1828 (artículo 126), pero luego se incluyó como una sección especial de la cláusula que reconocía el derecho a la igualdad ante la ley (Constitución de 1833, artículo 12.1; Constitución de 1925, artículo 10.1; Constitución de 1980, artículo 19.2). El mismo O’Higgins aclaró que estos esfuerzos por dotar de criterios sustantivos a los ejercicios comparativos que implica el principio de igualdad, o para distinguir entre desigualdades legítimas e ilegítimas, no cuestionaron aquellas diferencias que eran producto de talentos naturales, ya que cada uno es naturalmente diferente en cuanto a sus virtudes o capacidades intelectuales. Sin embargo, esta idea de igualdad cívica representaba una nueva comprensión, una “sociedad sin cualidades” antes que una “sociedad de iguales”, una en la cual, por lo menos, “los privilegios no tienen un reconocimiento jurídico”⁵³.

⁴⁶ ORIHUELA, Fray Antonio, “Proclama revolucionaria”, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile 1811 a 1845, Congreso Nacional de 1811*, en ESTEFANE, cit. (n. 27) 28.

⁴⁷ ESTEFANE, cit. (n. 27) 29.

⁴⁸ CID, cit. (n. 42) 266.

⁴⁹ Archivo Nacional de Chile, *22 de marzo de 1817: Abolición de Títulos Nobiliarios*. [Disponible en https://www.archivonacional.gob.cl/616/w3-article-34715.html?_noredirect=1]

⁵⁰ CID, cit. (n. 42) 270.

⁵¹ Archivo Nacional, cit. (n. 49).

⁵² CID, cit. (n. 42) 271-272.

⁵³ CID, cit. (n. 42) 272.

II. LA IRRELEVANCIA DE LA IGUALDAD EN LAS CONSTITUCIONES DE 1833 Y 1925

La siguiente constitución reconocida oficialmente, al menos según la tradición constitucional, es la Constitución de 1833⁵⁴, conocida por su lealtad a las ideas de orden y autoridad después de una guerra civil que terminó con un triunfo de los conservadores sobre los liberales⁵⁵. Duró 91 años, algo excepcional para el ritmo de reemplazo constitucional en América Latina⁵⁶, y proporcionó estabilidad a la alianza entre las tradiciones conservadora y liberal que prevalecería en la región durante gran parte de su historia republicana⁵⁷. Como quedó claro desde un principio, según sus principales redactores y sus partidarios políticos, el objetivo principal de la Constitución era constreñir tanto el espacio de participación de las regiones como redefinir los marcos de participación ciudadana⁵⁸. Las dificultades para consolidar las victorias de las luchas por la independencia en las décadas anteriores, se argumentaba en la época, se debieron a la excesiva politización de la sociedad, que ahora necesitaba ser restringida para consolidar la república. Dentro de esta mentalidad, la Constitución restringió fuertemente el reconocimiento y ejercicio de la ciudadanía, excluyendo a muchos varones adultos que antes podían votar en la Constitución de 1828, que en la práctica otorgaba un sufragio casi universal⁵⁹. En cuanto al derecho a la igualdad ante la ley, la Constitución de 1833 siguió la concepción general prevalente de la igualdad (artículo 10.12). Aunque esta igualdad se concedía también a los extranjeros, como luego se desprende de la normativa del Código Civil (promulgado en 1855), nadie entendió que esta cláusula tenía algún significado sustantivo más allá de la imparcialidad⁶⁰.

Según los comentarios realizados por Carrasco Albano al texto constitucional, con la sustitución del derecho colonial o indiano por una concepción más moderna del derecho centrado en el ciudadano, el derecho a la igualdad estaba encargado de resguardar la temprana abolición de los títulos nobiliarios y religiosos, u otro tipo de privilegios⁶¹. El mismo Carrasco Albano advirtió la gran brecha que existía entre el derecho a la igualdad ante la ley y ciertos privilegios constitucionales que otorgaban inmunidad a los miembros del Ejército o de la Iglesia Católica,

⁵⁴ TRUJILLO, Joaquín, “De cómo, roto el estilo, queda el símbolo. Estilística y estilografía de la Constitución en Chile”, en Infante, Arturo (editor), 1925. *Continuidad republicana y legitimidad constitucional: una propuesta* (Santiago de Chile: Catalonia, 2018) 196. Para Trujillo, uno de los rasgos más distintivos de la tradición constitucional chilena es la clara genealogía de los textos constitucionales. Hay cuatro “bautismos constitucionales” claros: 1828, 1833, 1925 y 1980.

⁵⁵ LASTARRIA, José Victorino, *La Constitución Política de la República de Chile comentada* (Valparaíso: Imprenta del Comercio, 1836) IX.

⁵⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, “La Constitución de 1833”, *Revista Chilena de Derecho*, 10, 2 (1983) 317.

⁵⁷ GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The engine Room of the constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 38-41.

⁵⁸ CID, Gabriel, “Terminar la revolución: el debate político-constitucional en Chile”, 1829-1833, *Revista de Estudios Políticos*, 176 (2017) 27. doi.org/10.18042/cepl/rep.176.01

⁵⁹ *Constitución Política de la República de Chile*, 8 de agosto de 1828, artículo 7.

⁶⁰ *Código Civil* de 1855, artículo 57.

⁶¹ CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* (Santiago de Chile: Editorial El Mercurio, 1874) 58.

rompiendo el compromiso fundamental de ese derecho⁶². En la misma línea, si bien señaló que la cláusula constitucional de igualdad implicaba la aplicación de las mismas penas por los mismos delitos, criticó que en la práctica solo se aplicara “contra una determinada clase de la sociedad”⁶³. En términos generales, destacó la contradicción entre una constitución que otorgaba derechos a todos sus “habitantes” mientras otorgaba privilegios o excluía a ciertas personas del goce de derechos. Por ejemplo, criticó el hecho de que los judíos no pudieran servir como testigos en los procedimientos judiciales. Con cierta ironía, finalizaba sus comentarios al artículo 10.2, con las siguientes palabras: “cuántas violaciones y dificultades ha enfrentado y enfrentará este principio en su aplicación, con esta igualdad redactada en nuestro código que plasma nuestras costumbres, mientras haya división en los estados sociales, y mientras los hombres sigan siendo hombres?”⁶⁴. Es más, como expliqué antes, si bien una cierta idea del principio de igualdad y no discriminación fue tímidamente defendida por la clase criolla que se alzó contra peninsulares por el acceso a los cargos públicos, Carrasco Albano apuntó, con cierta ironía, cuán poco ayudaba este principio de no discriminación para la atracción de talento en la temprana República de Chile: “por lo que se entiende que el mérito y la capacidad no siempre serán llamados a los cargos, que los talentos que se apoyan en la oscuridad y en el aislamiento de las relaciones sociales se postergará a las que la vinculación familiar y otras influencias ilegítimas coloquen en mejor piso”⁶⁵. Otras obras académicas que reflexionaron sobre el texto de la Constitución de 1833 llegaron a la misma conclusión. Al comentar sobre el derecho constitucional a la igualdad ante la ley, Jorge Huneeus sostuvo lo siguiente: “La primera parte de este inciso es la consecuencia natural y lógica de un sistema unitario de gobierno. La Ley debe ser idéntica para todos los habitantes de la república”⁶⁶. Además, añadió que esta cláusula no entrañaba más excepciones que las que afectan a los derechos políticos, lo que era una implicación lógica de lo que “todo el mundo puede advertir en la vida real”: “no todos pueden votar, ni todos tampoco son hábiles para desempeñar cargos o funciones públicas”⁶⁷. Las ambiciones constitucionales, entonces, debían dejar lugar a las realidades sociales y a las distinciones naturales.

Paralelamente a los textos constitucionales, la codificación chilena fue considerada crucial para el proceso de construcción nacional, sobre todo porque implicó la posibilidad de derogar aquellos resabios más criticables del orden colonial que aún estaban presente en diferentes partes del ordenamiento jurídico⁶⁸. Un nuevo

⁶² CARRASCO ALBANO, cit. (n. 61) 59.

⁶³ CARRASCO ALBANO, cit. (n. 61) 59.

⁶⁴ CARRASCO ALBANO, cit. (n. 61) 60.

⁶⁵ CARRASCO ALBANO, cit. (n. 61) 61.

⁶⁶ HUNEEUS, Jorge, *Obras de Don Jorge Huneeus. La Constitución ante el Congreso*, I, 2ª ed. (Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1890) 102.

⁶⁷ HUNEEUS, cit. (n. 66) 103.

⁶⁸ JAKSIC, Iván, *Andrés Bello: Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America* (New York: Cambridge University Press, 2001) 176. Además, como señala BRAVO LIRA, Bernardino, “La codificación en Chile (1811–1907)”, *Revista Estudios Histórico-Jurídicos*, 12 (1987) 59, las constituciones y los códigos compartían un “rasgo común”, que era la “exaltación

derecho privado era imprescindible para reestructurar la sociedad y romper con el pasado colonial⁶⁹. Los ideales “revolucionarios” de la libertad individual e igualdad ante la ley actuaron a través de los procesos de codificación, que requerían que la legislación fuera dirigida “de manera unificada para el ‘ciudadano’ más que para los ‘nobles’, los ‘burgueses’ y los ‘campesino’”⁷⁰. En cierto sentido, como sostendré aquí, la aparente revolución de los derechos provocada por las cláusulas constitucionales de igualdad fue domesticada a través de un proceso de codificación que se centró principalmente en “reglas relacionadas con la propiedad y la herencia, [que] controlaban la estructura de la sociedad y, a su vez, canalizaban un poder político significativo hacia la autoridad que crea esas normas”⁷¹. Además, los códigos civiles latinoamericanos, con el chileno como uno de los principales modelos, debían ser la encarnación concreta de los valores constitucionales recién creados, por lo que todo el proyecto del “estado liberal de constitución de sociedad fue dejado a los códigos civiles”⁷². La mayoría de los textos constitucionales que se crearon después de la independencia incluyeron un deber estatal de legislar a través de códigos en las esferas civil y penal⁷³. Así, la relación entre códigos y constituciones se inclinó hacia el derecho privado, que pretendía regular el comportamiento de las esferas privadas que se consideraban importantes para una naciente sociedad liberal burguesa⁷⁴. Para Merryman, estos “viejos derechos individuales” (derechos de personalidad, propiedad privada y libertad de contratación), que fueron el objetivo principal de la Revolución, “recibieron su protección constitucional en los códigos civiles”⁷⁵. En otras palabras, estos códigos “fueron pensados como cumpliendo algo así como una función constitucional”⁷⁶.

de la ley como instrumento uniformador del régimen jurídico de toda la población, a la que se considera como una simple suma numérica de individuos, iguales y con los mismos derechos”, dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana.

⁶⁹ Además, MURILLO, María Luisa, *The evolution of Codification in the civil law legal systems: towards decodification and recodification*, en *Journal of Transnational Law and Policy* 11, 1(2001) 4, señala que, a diferencia de una mera compilación de cuerpos de leyes más antiguas, la codificación se centró en “planificar una sociedad mejor por medio de una nueva ley sistemática y creativa”.

⁷⁰ MIRROW, Matthew, *Latin American Law: A History of private law and institutions in Spanish America* (Austin: University of Texas Press, 2004) 98.

⁷¹ De hecho, MIRROW, cit. (n. 70) 98, señala que “varios de los primeros intentos de codificación comenzaron no con las disposiciones relativas al estatuto jurídico de las personas, como indicaría el Código Civil francés de 1804 como punto de partida lógico, sino con las disposiciones relativas a la herencia y sucesión de bienes”.

⁷² LÓPEZ-LÓPEZ, Ángel Manuel, “Código y Leyes Especiales: Reflexiones sobre la llamada descodificación”, en *Centenario del Código Civil*, II (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990) 1165.

⁷³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La codificación como programa constitucional en Francia, España e Iberoamérica durante el siglo XIX”, *Revista Chilena de Derecho*, 39, 3 (2012) 879-889.

⁷⁴ MURILLO, cit. (n. 69) 4.

⁷⁵ MERRYMAN, John – CLARK, David – OWEN HALEY, John, *The Contemporary Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia* (Charlottesville: Michie Company, 1999) 117.

⁷⁶ MERRYMAN, John, y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 4ª ed. (California: Stanford University Press, 2018) 93.

Si bien la codificación de las nuevas normas privadas estuvo dirigida al ciudadano de manera unificada, el acceso a los derechos civiles estuvo formalmente restringido por diferentes regulaciones en materia de propiedad, estado civil y capacidad jurídica. La articulación de estas normas permitía que sólo ciertos ciudadanos fueran miembros de pleno derecho de la comunidad social y política. Por ejemplo, la definición de “capacidad” del derecho privado impidió una expansión de la ciudadanía civil a indígenas, afrodescendientes, mujeres y pobres⁷⁷. La servidumbre por deudas, la condición de arrendatario, la condición de mujer casada o la simple falta de recursos hacían muy difícil que estas personas se representasen a sí mismas en las relaciones privadas, comerciales o incluso ante las instituciones estatales. Asimismo, se podría señalar la noción de la “esfera privada” en las primeras disposiciones del Derecho de Familia latinoamericano, basado en la presencia de un patriarca: “cuando se abolieron las distinciones hereditarias, el patriarcado doméstico y la dependencia pasaron a primer plano para regular el acceso a los privilegios de la ciudadanía”⁷⁸. De hecho, “en un nivel práctico, la autoridad patriarcal se convirtió en una condición previa de la ciudadanía republicana”⁷⁹. Siguiendo una tendencia regional, las constituciones de 1828 y 1833 permitieron que la población masculina más joven obtuviera la ciudadanía si se casaban⁸⁰. Por lo tanto, además de la propiedad, el estado civil y la capacidad también eran factores significativos para el ejercicio de la ciudadanía civil y política. En este escenario, la igualdad ante la ley no era otra cosa que la garantía de la igualdad de trato de dos o más miembros de la élite masculina⁸¹.

Más allá de la exclusión formal en cuanto al acceso a la ciudadanía civil y política, la continuidad histórica de los conceptos coloniales de honor y estatus social durante el período posterior a la independencia también son cruciales para comprender la coexistencia de un compromiso teórico con la igualdad liberal, por una parte, y de prácticas generalizadas de discriminación, por la otra⁸². Al igual que en la época colonial, el honor y la reputación afectaban la capacidad de acceder a los derechos civiles y políticos, ya que los compromisos constitucionales

⁷⁷ MIRROW, cit. (n. 70) 103.

⁷⁸ CAULDFIELD, Sueann – CHAMBERS, Sarah – PUNTNAM, Lara (editores), *Honor, Status and Law in Modern Latin America* (California: Duke University Press, 2005) 7.

⁷⁹ MILANICH, Nadia, “Women, Gender and Family in Latin America, 1820-2000”, en HOLLOWAY, Thomas (editor), *The Companion to Latin American History* (Oxford: Blackwell Publishing, 2011) 462.

⁸⁰ Así, por ejemplo, la Constitución de Nueva Granada (Colombia) de 1832 contemplaba, como principal requisito de ciudadanía, tener veintiún años de edad o estar casado (artículo 8). Similares disposiciones se encontraban en la Constitución peruana de 1828 (artículo 6) o en la Constitución del Estado de Venezuela de 1830 (artículo 14). Véase más en JAKSIC, Iván – SERRANO, Sol, “El gobierno y las libertades. La ruta del liberalismo chileno en el siglo XIX”, en JAKSIC, Iván – POSADA CARBÓ, Eduardo (editores), *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX* (Santiago de Chile: FCE, 2011) 204.

⁸¹ De todos modos, como señala MIRROW, cit. (n. 70) 145-146, la igualdad ante la ley generó ciertas mejoras en las relaciones comerciales/privadas entre peninsulares y criollos, sobre todo con la abolición de los títulos nobiliarios y otros privilegios sociales legalmente sancionados.

⁸² BARRAGÁN, Rossana, “The ‘Spirit’ of Bolivian Laws: Citizenship, Patriarchy and Infamy”, en CAULDFIELD *et al.*, cit. (n. 78) 78.

y legislativos con la igualdad “no borrarón las jerarquías sociales basadas en las diferencias biológicas percibidas, ni pusieron fin a las prácticas sociales o legales de discriminación”⁸³. En efecto, “aquellos que no eran capaces de desplegar las marcas de honor – para los hombres, la independencia económica y la autoridad patriarcal- tenían dificultades para la defensa de sus derechos antes las policías u otras autoridades”, a lo que la maquinaria estatal respondía con un renovado rol “en la distribución del honor”, “chequeando la efectividad la autoridad privada de diversas formas”, aunque de ningún modo “despojando la autoridad que los hombres honorables tenían sobre sus esposas, sus familias, sirvientes u otros dependientes”⁸⁴. Para Nara Milanich, la promulgación del Código Civil chileno impulsó procesos de burocratización, secularización y centralización del Estado en torno a la familia, pero la sexualidad y la paternidad ilegítimas quedaron relegadas a lo “privado”⁸⁵. De este modo, el Código habría fusionado elementos antiguos y modernos, reforzando la desigualdad, sobre todo a partir de la rearticulación de conceptos coloniales como el estatus, el honor u otras premisas morales tradicionales sobre género y sexualidad. Estos conceptos habrían sido reinterpretados bajo los ideales de libertad e igualdad para justificar nuevas dinámicas de poder, mientras que el honor y la privacidad se integraron en el proyecto del Estado liberal.

Una de las mayores disputas en torno a la Constitución de 1833 fue la relación entre el Estado y la Iglesia Católica. En la década de 1870, importantes reformas legislativas que abordaron la relación entre el Estado y la Iglesia Católica posicionaron tímidamente el tema de la discriminación en la esfera pública. En efecto, las llamadas “leyes laicas” permitieron al Estado regular los certificados de defunción y los cementerios, además de la creación del Registro Civil y la Ley de Matrimonio Civil. A partir de entonces, a varios miembros de religiones distintas a la católica, principalmente inmigrantes alemanes e ingleses, se les permitió practicar sus propios cultos y contar con protecciones estatales para cuestiones civiles básicas como el nacimiento, el matrimonio y la muerte. Sin embargo, aparte de comentarios aislados que relacionaban estas exclusiones con patrones de discriminación por motivos de religión⁸⁶, la creación de un reglamento para el matrimonio civil no supuso alterar las relaciones desiguales entre marido y mujer, que se construyeron sobre la dominación masculina en todas sus dimensiones:

⁸³ CAULDFIELD, *et al.*, cit. (n. 78) 2. Véase también COUSO, Javier, “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”, en GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar y ROUX, Theunis (editores), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor* (Londres, Ashgate, 2006) 62.

⁸⁴ CAULDFIELD *et al.*, cit. (n. 78) 2. Para Landeira y Llobet, quienes enfocan su investigación en Argentina, Chile y Uruguay, la regulación republicana temprana de la familia y el parentesco cuestionan la operación de abstracción que pretendía generar la moderna ciudadanía liberal; *vid.* LANDEIRA, Florencia; LLOBET, Valeria Silvana, *Regulaciones sobre filiación y familia en la definición de los derechos ciudadanos entre fines de siglo XIX y principios de siglo XX (Argentina, Chile, Uruguay)*; en *Diálogos* 23 (2019) 5-29.

⁸⁵ MILANICH, Nara, *Children of Fate. Childhood, Class, and the State in Chile, 1850-1930* (Londres – Durham: Duke University Press, 2009) 44.

⁸⁶ RENGIFO, Francisca, *Vida conyugal, maltrato y abandono. El divorcio eclesástico en Chile, 1850-1890* (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2011) 51-52.

física, moral y patrimonial⁸⁷. Además, la disolución del vínculo conyugal quedaba sólo en manos de las autoridades eclesiásticas, quienes eran las encargadas de recibir y fallar las demandas de divorcio. Sin embargo, en estos pleitos, planteados principalmente por mujeres de los núcleos urbanos de elite, abundaban las cuestiones relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en lo relativo a las tareas domésticas y la paulatina incorporación de las mujeres al mercado laboral en la segunda mitad del siglo XIX⁸⁸. Si bien estas demandas se plantearon principalmente por motivos de violencia física y sexual, y por la falta de protección otorgada por el marido, ponían en cuestión la posición desigual de hombres y mujeres bajo la ley de matrimonio. En otra dimensión, y tras un decreto presidencial que permitía cierta libertad de culto en las escuelas públicas⁸⁹, varios parlamentarios justificaron la medida enarbolando el principio general de igualdad constitucional, como Joaquín Blest Gana, quien no vio impedimento en otorgar la libertad de conciencia a todos, sin distinciones ni diferencias⁹⁰.

Otro tema que acompañó a la vigencia de la Constitución de 1833 fue el uso instrumental de la ley por parte de los terratenientes aristocráticos y los miembros de las recién formadas élites comerciales y financieras para la protección de sus intereses. Aunque la Constitución de 1833 continuó con algunos de los logros de las constituciones anteriores en ciertas libertades públicas, a mediados del siglo XIX aún prevalecían algunas instituciones más propias del orden colonial, como los mayorazgos (primogenitura). De hecho, la vida de esta Constitución estuvo atravesada por cierta resistencia anti aristocrática, determinada por el desafío persistente de una burguesía en ascenso y una clase profesional que quería tener acceso a rangos más altos y cargos públicos⁹¹. Durante el proceso legislativo que abolió los mayorazgos a mediados del siglo XIX, José Victorino Lastarria denunció esta institución como una herencia del feudalismo que repugnaba con la forma republicana de gobierno⁹². Pero esta institución, al privilegiar la primogenitura, no sólo estaba en contra de una idea de igualdad básica, sino en contra de una dimensión material de la igualdad. Los mayorazgos estaban relacionados con desigualdades distributivas que estaban en el corazón del poder aristocrático y se remontaban a la dominación colonial, hasta el punto de que las tierras legadas tenían prohibido dividirse o abrirse a transacciones comerciales. Según Manuel

⁸⁷ Véanse los antiguos artículos 131 y 132 del Código Civil de 1855.

⁸⁸ RENGIFO, cit. (n. 86) 287.

⁸⁹ El referido decreto fue dictado el 28 de septiembre de 1873, cuando el Ministro Barceló lideraba la cartera de educación. En concreto, el decreto señalaba lo siguiente: “la enseñanza religiosa no será obligatoria en los colegios del Estado para los alumnos cuyos padres, guardadores o apoderados soliciten esta excepción.” Sobre el tema, véase PRECHT, Jorge, “Libertad Religiosa, Laicidad y Laicismo en Chile bajo régimen de patronato (1810-1925)”, *Derecho Público Iberoamericano*, 5 (2014) 36.

⁹⁰ DONOSO, Ricardo, *Las ideas políticas en Chile* (México: FCE, 1946) 226-227.

⁹¹ EDWARDS, Alberto, *La fronda aristocrática en Chile* (Santiago: Imprenta Nacional, 1928) 157-158.

⁹² *Discurso del Diputado Lastarria pronunciado en la sesión del miércoles 7 de agosto en la Cuestión de Mayorazgos* (Santiago de Chile: Imprenta del Progreso, 1850)28. [Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0018248.pdf>]

Bilbao, hermano de Francisco, y representante de la tradición republicana del siglo XIX, los mayorazgos también estaban en contra de una idea más amplia de igualdad, una que implicara formas de redistribución económica⁹³. La “Sociedad de la Igualdad”, la sociedad republicana formada por varios miembros de diferentes sectores de la sociedad urbana chilena (entre ellos, Santiago Arcos y el propio Bilbao), avanzó en una comprensión más amplia de la igualdad⁹⁴. En una de sus declaraciones solemnes declararon la igualdad como su “palabra santa”, su “buque insignia”, lo que implica el rechazo a “toda opresión, toda tiranía”⁹⁵. Esta sociedad, la llamada versión chilena de los ideales socialistas presentes en Europa durante las revoluciones de 1848, fue la primera organización en plantear preocupaciones por las condiciones materiales de la clase trabajadora y las condiciones más amplias que afectaban a las clases bajas. Aunque estos ideales igualitarios estuvieron lejos de ser implementados, probablemente constituyen el primer precedente de una concepción más sustantiva de la igualdad.

A lo largo de toda la historia de la Constitución de 1833, hay un ejemplo excepcional de cómo la cláusula de igualdad incluida en el texto constitucional fue utilizada para justificar un intento temprano de obtener el sufragio femenino⁹⁶. En 1874, y luego de una importante reforma a las leyes electorales que prohibía la cualificación de la propiedad para el acceso al sufragio, y creaba una presunción a favor de todos aquellos que supieran leer y escribir, no quedó establecida una exclusión explícita para otorgar el derecho al voto a las mujeres que tenían facultades para la administración de sus bienes o que tuvieran permiso de sus maridos. Tras el registro electoral de dos miembros del clero, que ya no estaban explícitamente excluidos del derecho al voto, grupos de mujeres intentaron registrarse para votar en las elecciones presidenciales y parlamentarias de 1876⁹⁷. Varias juntas electorales no vieron impedimento formal al respecto y registraron a mujeres en las correspondientes urnas, tema que rápidamente llegó a los foros parlamentarios. Según una de las decisiones de la Junta Electoral de San Felipe, la Ley Electoral, interpretada a la luz de la cláusula constitucional de igualdad, “reconocía a las mujeres los mismos derechos políticos que a los hombres”⁹⁸. Estos intentos finalmente concluyeron en la reforma electoral de 1884, bajo los auspicios del Congreso más anti conservador de todo el siglo XIX, que prohibió explícitamente a las mujeres el sufragio. Paradójicamente, el liberalismo chileno

⁹³ BILBAO, Manuel, *Los mayorazgos están disueltos* (Santiago: Memoria leída ante la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta del Progreso, 1850) 6.

⁹⁴ GAZMURI, Cristián, *El “48” chileno: igualitarios, reformistas, radicales, masones y bomberos*, 2ª ed. (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1999) 88.

⁹⁵ Un extracto de esta acta solemne se encuentra en ZAPIOLA, José, *La Sociedad de la Igualdad y sus enemigos* (Santiago: Imprenta para el Progreso, 1854) 21-22.

⁹⁶ STABILI, María Rosa, “La Res-pública de las mujeres”, en JAKSIC, Iván y OSSA, Juan Luis (editores), *Historia política de Chile, 1810-2010. Tomo I. Prácticas políticas* (Santiago: FCE, 2017) 249; véase también ERRÁZURIZ, cit. (n. 17).

⁹⁷ MAZA, Erika, “Catolicismo, anticlericalismo, y la extensión del sufragio a la mujer en Chile”, en *Estudios Públicos*, 58 (1995) 157-163.

⁹⁸ MAZA, cit. (n. 98) 158.

del siglo XIX no vio en las luchas políticas de las mujeres un ejemplo por expandir la igualdad.

Al finalizar el período de la Constitución de 1833, quedó claro para la comunidad jurídica que, sin exclusiones ni prohibiciones explícitas al goce de los derechos, las leyes eran aplicables a todos los habitantes, ya fuera para su beneficio o para su castigo. En una sentencia histórica de 1915, citada por el tratado de Silva Bascuñán, la Corte Suprema declaró que el encabezamiento de la cláusula constitucional que reconocía derechos fundamentales era aplicable a todos los sujetos o individuos “en razón de su propia naturaleza”⁹⁹. Además, y complementando un consenso de larga data en el derecho privado, toda la legislación era igualmente aplicable tanto a extranjeros como a nacionales, consolidando una tradición latinoamericana de trato igualitario sin importar el origen nacional¹⁰⁰. Basándose en la obra de Andrés Bello, Principios de Derecho Internacional (1832), considerada como antecedente de la llamada doctrina Calvo, la doctrina consolidada implicaba que a los extranjeros “se les ofrecía y proveía plena igualdad jurídica civil (no política), una declaración revolucionaria para aquellos tiempos y quizás todavía para los tiempos actuales”¹⁰¹. Si bien todos estos entendimientos pueden ser considerados como meras aplicaciones de la igualdad formal, como implicaciones básicas del ideal del estado de derecho, que obliga a redactar las leyes en términos generales, lo que interesa aquí es observar que, hacia fines del siglo XIX y principios del XX, algunas de las categorías protegidas propias del derecho antidiscriminación estaban reconocidas en el derecho chileno.

La Constitución de 1925 se generó en un momento de excepcionalidad: originada como una imposición militar, con una participación casi absoluta de Arturo Alessandri, y por fuera de la institucionalidad vigente, se ratificó a través de un plebiscito en que participó menos de la mitad del cuerpo electoral y en condiciones difícilmente calificables de democráticas¹⁰². Durante los trámites para la creación de la Constitución de 1925, el debate fue tan escaso como en 1833¹⁰³: según Rafael Raveau, además de reordenar las referencias a la igualdad

⁹⁹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1963) 206. El tratado no especifica la cita de la sentencia de la Corte Suprema.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 57 del Código Civil chileno de 1855: “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código”.

¹⁰¹ MONTT, Santiago, “What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the bit generation”, en KINGSBURY, Benedict – MONTT, Santiago (editores) *El nuevo derecho administrativo global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo* (Buenos Aires: Rap, 2009) 306.

¹⁰² En este sentido, sigo lo argumentado por BRAHM, Enrique, “¿Volver a la Constitución de 1925? Una propuesta sin fundamento histórico”, *Revista chilena de derecho*, 46 (2019) 84.

¹⁰³ En efecto, el debate sobre el artículo 12 N°1 de la Constitución de 1925 sólo ocupa una página de las actas de la Comisión Consultiva encargada del estudio del proyecto de aquel texto. TORREBLANCA, Educto, *Actas oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Sub-comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución de la República* (Santiago de Chile: Ministerio del Interior, Imprenta Universitaria, 1925). Por su parte, las actas de la gran Convención que debatió las cuestiones fundamentales del texto de la Constitución de 1833

que antes estaban dispersas, no hubo diferencias fundamentales en los textos de las cláusulas constitucionales de igualdad en las Constituciones de 1833 y 1925¹⁰⁴. El presidente Alessandri, quien participó en algunos de los debates, sostuvo que el derecho a la igualdad ante la ley se ejemplificaba con la idea de una “justicia ciega”, garantía básica del estado de derecho¹⁰⁵. Además, el comisionado Eliodoro Yáñez consideró que la importancia de este derecho era meramente simbólica, lo que no agregaba nada nuevo al hecho de que las leyes son generales y aplicables a todos¹⁰⁶. En la misma línea de pensamiento podemos incluir las opiniones de los comisarios Guerra y Maza, quienes argumentaron que tanto la prohibición de la esclavitud como la de las clases privilegiadas eran una rememoración de los primeros tiempos de la república, pero sin efectos prácticos en la segunda década del siglo XX¹⁰⁷. Algunos comisionados incluso abogaron por no reconocer el derecho a la igualdad, “porque nunca se ha aplicado en la práctica”¹⁰⁸. Esta comprensión de las cláusulas constitucionales de igualdad no era diferente de las opiniones de los constitucionalistas de la época. Por ejemplo, Raveau destacó la ambigüedad y confusión que podía generar el principio de igualdad, especialmente por las “exageradas consecuencias que pueden derivarse de este principio”¹⁰⁹, parafraseando los famosos argumentos planteados por Jeremy Bentham en sus “Anarchical Fallacies”¹¹⁰.

Sin embargo, para entender el principio general de igualdad durante la vigencia de la Constitución de 1925, hay que reconocer que dicha Constitución se entendía principalmente como propiciando las condiciones para el ejercicio efectivo del poder político. Ningún presidente de esa época habría entendido que la Constitución bloqueaba la implementación de las políticas comprometidas en sus programas políticos o que implicaba una restricción de lo que las condiciones políticas les permitían llevar a cabo. Por otra parte, sus aspiraciones políticas no

tampoco muestran un debate muy profundo al respecto, salvo referencias fragmentadas a la idea de que la igualdad supone la generalidad de la ley, especialmente para no admitir espacios de leyes excepcionales de tributación; *vid.* LETELIER, Valentín, *La Gran Convención de 1831-1833: Recopilación de las actas, sesiones, discursos, proyectos i artículos de diarios relativos a la Constitución de 1833* (Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1901).

¹⁰⁴ RAVEAU, Rafael, *Tratado elemental de derecho constitucional dogmático* (Valparaíso: Imprenta y Litografía Universo, 1935) 24.

¹⁰⁵ Estas fuentes se pueden encontrar en las sesiones de la Comisión Consultiva designada por el presidente Alessandri y por una subcomisión especial de reforma. El trabajo de otros subcomités nunca se publicó. En 1925, el entonces Ministerio del Interior recopiló todas las actas en un solo volumen, que hoy se encuentra disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional; *vid.* TORREBLANCA, Educto, *Actas oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Sub-comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución de la República* (Santiago de Chile: Ministerio del Interior, Imprenta Universitaria, 1925). Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/19686/5/34309b.pdf>

¹⁰⁶ TORREBLANCA, cit. (n. 105) 83.

¹⁰⁷ TORREBLANCA, cit. (n. 105) 82-83.

¹⁰⁸ TORREBLANCA, cit. (n. 105) 83.

¹⁰⁹ RAVEAU, cit. (n. 104) 26.

¹¹⁰ BENTHAM, Jeremy, *Anarchical Fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution, en Nonsense upon Stilts* (Londres: Routledge, 2014) 46-69.

dependían del apoyo en ideas sustantivas del texto constitucional. En términos generales, y a pesar de incluir algunos mecanismos de revisión judicial, la Constitución de 1925 fue implementada principalmente a través de la legislación y por la participación del Ejecutivo en la creación de un marco jurídico más amplio¹¹¹.

Un camino alternativo para entender el derecho a la igualdad surge del estudio de los usos de la cláusula constitucional de igualdad en el proceso legislativo. De hecho, la Constitución de 1925 se implementó principalmente a través de una legislación que debía abordar la rápida dinámica de los procesos de cambio y democratización que tuvieron lugar durante el siglo XX. Para varios comentaristas, la virtud de la Constitución de 1925 fue establecer un sistema político con arreglos institucionales suficientemente abiertos para atender las expectativas de inclusión que surgían de grupos previamente excluidos, como los trabajadores o las mujeres¹¹². Esto se evidencia en los cambios que generaron una ampliación de los criterios de inclusión política, como aquellas reformas constitucionales y electorales que otorgaron el voto a las mujeres. Además, la Constitución de 1925 fue la primera en comprometer al Estado en la provisión de condiciones materiales mínimas para los miembros de la comunidad política chilena. Las demandas de mayor bienestar, antes dirigidas a la Iglesia Católica u otras organizaciones caritativas, ahora se hacían ante un entramado público de instituciones que fueron creadas por el legislador para atender diversas demandas de inclusión¹¹³. Aunque estas demandas no se hicieron en nombre de la igualdad constitucional, varios comentaristas reconocieron que una idea más social de la igualdad era una parte fundamental del discurso político que se construyó sobre la Constitución de 1925¹¹⁴.

En general, una idea temprana de la comprensión actual del derecho a la igualdad y no discriminación estuvo presente en los “usos” de este derecho en algunas de las reformas legislativas más importantes. Por ejemplo, este entendimiento fue crucial para extender los derechos de los trabajadores a los trabajadores agrícolas, que estaban excluidos de los derechos y la protección estatal desde el comienzo de la era republicana. Los intentos de organizar a los trabajadores agrícolas comenzaron durante la década de 1920, durante el gobierno de Alessandri, pero prevaleció el

¹¹¹ Durante la Constitución de 1925, hubo varios intentos de impugnación de leyes por infringir las cláusulas constitucionales, aunque la Corte Suprema sólo se ocupó de aquellos vicios constitucionales de fondo y excluyó todo tipo de control que implicara la revisión de los poderes legislativos; *vid.* VALENZUELA, Eugenio, “Labor jurisdiccional de la Corte Suprema. Ámbito de su Competencia en la Práctica y funciones de sus Ministros en otros Organismos”, *Estudios Públicos*, 40 (1991) 137-169.

¹¹² MASCAREÑO, Aldo, “Constitución de 1925. Crisis y legitimación constitucional en perspectiva sociológica”, en AA.VV., *1925 Continuidad republicana y legitimidad constitucional: una propuesta* (Santiago: Catalonia, 2018) 99.

¹¹³ MASCAREÑO, *cit.* (n. 112) 120.

¹¹⁴ Analizando los cambios observados durante la vigencia de la Constitución de 1925 a través de la triple teoría de la igualdad de Nancy Fraser, Fernando Muñoz realizó una reflexión sobre la historia de los derechos fundamentales en Chile; *vid.* MUÑOZ, Fernando, “Historia de los derechos fundamentales en Chile”, en CONTRERAS, Pablo – SALGADO, Constanza (editores), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general* (Santiago: LOM Ediciones, 2017) 44-48.

poder y la influencia de los terratenientes y las grandes corporaciones agrícolas, incluso durante el gobierno del Frente Popular, que incluía al Partido Comunista¹¹⁵. Fue recién durante el gobierno de Eduardo Frei (demócrata cristiano) cuando, junto con una Reforma Agraria general, tomó forma una nueva regulación para la formación de sindicatos entre los trabajadores agrícolas (Ley 16.625). El proyecto de ley propuesto por el Ejecutivo¹¹⁶, el trámite legislativo y el proyecto final del inciso primero de la ley entendieron que, en virtud del derecho constitucional a la igualdad ante la ley, los trabajadores agrícolas “tenían los mismos derechos que los trabajadores de los demás sectores de la economía”¹¹⁷. Este ejemplo es ilustrativo del desarrollo legislativo del principio constitucional o derecho a la igualdad, ya que la legislatura fue considerada la principal vía para actualizar la comprensión de las cláusulas constitucionales elaboradas en una época diferente.

Como analizamos en esta sección, ya sea desde fuentes legislativas formales, o a través del rol que jugaron los conceptos de honor y estatus en las esferas privada y social, los valores republicanos que yacen detrás de los compromisos constitucionales de igualdad en las constituciones de 1833 y 1925 fueron erosionados, y significaron casi nada para los grupos desaventajados. Hubo algunos avances para la protección de las libertades civiles, especialmente la libertad religiosa, a fines del siglo XIX, y avances importantes a mediados del siglo XX, cuando los procesos de modernización ampliaron los criterios de inclusión política. Sin embargo, lo que está más o menos claro es que la igualdad constitucional fue mayoritariamente irrelevante para los grupos desfavorecidos durante aproximadamente un siglo y medio de historia constitucional.

III. IGUALDAD BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1980: EL PARADÓJICO DESPERTAR DE UNA CLÁUSULA DORMIDA

La Constitución de 1980 fue elaborada por una dictadura, con ayuda de juristas y profesionales que crearon un marco normativo que permitiría a Pinochet gobernar sin frenos ni contrapesos hasta 1990, al mismo tiempo que sentar las bases orden político que sobrevendría después. Para varios comentaristas, la Constitución de Pinochet ilustra los principales elementos de una “democracia protegida”, donde cualquier cambio al statu quo debía enfrentar importantes obstáculos¹¹⁸. En lo que se refiere al derecho a la igualdad, la Constitución de 1980 introdujo cambios significativos. Puede parecer paradójico en un principio, pero fue la dictadura de Pinochet la que incorporó el término “discriminación”

¹¹⁵ AVENDAÑO, Octavio, “Reforma agraria y movilización campesina en Chile (1967-1973) y Perú (1969-1976)”, *Polis*, 16 (2017), 4715-42.

¹¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 16.625, 13 de octubre de 1965. [<https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/2653/>]

¹¹⁷ FAÜNDEZ, Julio, *Democratization, Development and Legality. Chile, 1831-1973* (New York: Palgrave Macmillan, 2007) 94.

¹¹⁸ HUNNEUS, Carlos, “La autodisolución de la “Democracia Protegida” en Chile. Cambios institucionales y el fin del régimen del General Pinochet”, *Revista de ciencia política*, 19 (1997) 161-86.

a un texto constitucional por primera vez en la historia constitucional de Chile, específicamente en los artículos 19 n°16 (prohibición de discriminación en el trabajo), 19 n°21 (prohibición de discriminación económica por parte del Estado) y 96 (prohibición de requisitos discriminatorios por parte del Banco Central). De estos ejemplos, el primero es una incorporación explícita de “un concepto técnico de discriminación”, que prohíbe la discriminación en el lugar de trabajo por motivos distintos a las capacidades o habilidades¹¹⁹. A contrario sensu, se puede argumentar, el texto constitucional incluía una prohibición sobre el uso de categorías tradicionales protegidas, como la raza o el sexo, al menos en el lugar de trabajo. A pesar de esta importante innovación, esta cláusula constitucional nunca fue desarrollada en su totalidad ni por el legislador ni por los tribunales laborales hasta la década de 2000, cuando una importante reforma incluyó el principio de discriminación al Código de Trabajo y otorgó un recurso judicial especial contra actos o prácticas discriminatorias en ese sentido.

Sin embargo, el cambio más significativo fue un inciso específico de la cláusula constitucional que reconocía el derecho a la igualdad ante la ley, el cual establecía lo siguiente: “Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias”. Este apartado ha sido predominantemente interpretado en referencia a los debates que tuvieron lugar entre los miembros de la Comisión para el Estudio de la Nueva Constitución (la llamada *Comisión Ortúzar*). Según esta interpretación originalista, este inciso debe entenderse como una prohibición de la “discriminación arbitraria”¹²⁰. Para el entonces comisionado Alejandro Silva, constitucionalista y miembro del Partido Demócrata Cristiano, el propósito de incluir esta prohibición no era sólo prohibir las referencias a distinciones basadas en “motivos sociológicos” como “sexo, raza, linaje u otras condiciones”, sino principalmente prohibir al Estado o a cualquier autoridad hacer “distinciones o discriminaciones notoria o manifiestamente arbitrarias”¹²¹. Este entendimiento, que fue seguido por el resto de la Comisión, implicaba una prohibición contra las distinciones, preferencias o elecciones irracionales o arbitrarias, pero no un desafío contra las distinciones basadas en lo que algunos miembros denominaron “bien común”, “sentido común”, “razones de justicia” o, alternativamente, “basada en la naturaleza”. En otras palabras, el adjetivo “arbitrario” no implicaba cuestionar las distinciones legislativas basadas en la “naturaleza humana”, como las diferencias entre hombres y mujeres dentro del matrimonio, o las distinciones entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Los miembros de la Comisión Ortúzar esperaban que, con esta “orientación textual”, los tribunales pudieran impugnar aquellas distinciones que fueran irracionales o manifiestamente arbitrarias, pero no las que tuvieran fundamento en la naturaleza. Quizás motivados por el temor a los poderes discrecionales durante el estado administrativo de Allende, los integrantes

¹¹⁹ MUÑOZ, cit. (n. 8) 97-99.

¹²⁰ Esto se considera como la interpretación doctrinaria mayoritaria de este derecho. DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?”, *Revista Ius et Praxis*, 21, 2 (2015) 317-372.

¹²¹ Véase, específicamente, la sesión 93, incluida en el tomo III de las Actas de la Comisión Ortúzar. https://www.bcn.cl/leychile/consulta/antecedentes_const_1980

de esta Comisión pusieron toda la esperanza en la capacidad de los tribunales para impugnar decisiones irracionales. Siguiendo la misma línea de razonamiento, finalmente se decidió no incluir una cláusula específica de igualdad jurídica por razón de sexo, por ser redundante y haber podido generar confusiones sobre la posición naturalmente desigual de hombres y mujeres en los asuntos familiares¹²².

Según un enfoque comparado de las cláusulas constitucionales de igualdad, la Constitución chilena de 1980 es una excepción en la región latinoamericana, donde las constituciones no son neutrales frente a los fenómenos de discriminación¹²³. En cambio, según Lambert y Scribner, la Constitución chilena de 1980 es “neutral” porque se limita a otorgar un derecho a la igualdad ante la ley, excluyendo la igual “protección de la ley”, o cualquier otra disposición que comprometa al Estado en la lucha contra discriminación¹²⁴. Adicionalmente, la Constitución de 1980 no innovó en una de las áreas donde el Constitucionalismo Latinoamericano ha estado más activo durante las últimas décadas, cual es el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural y étnica de los países de la región¹²⁵. Fue solo con la reforma constitucional que incluyó la frase de que “hombres y mujeres son iguales ante la ley” que las categorías protegidas comenzaron a considerarse como un factor en la comprensión del derecho a la igualdad¹²⁶. Si bien se entendió que esta cláusula implicaba efectos meramente simbólicos, para algunos académicos suponía un reconocimiento explícito del sexo como categoría protegida de discriminación, lo que daba sustento constitucional a los deberes de igualdad positiva necesarios para la igualdad efectiva ante la ley¹²⁷.

Con respecto a la práctica judicial y la doctrina en torno al derecho a la igualdad y a la no discriminación, es más o menos claro que el entendimiento dominante se apega a la prohibición de las distinciones arbitrarias, que deben respetar la fórmula aristotélica de igualdad: proporcionar igualdad de trato a quienes se encuentran en las mismas circunstancias, y trato desigual a quienes se encuentran en circunstancias diferentes¹²⁸. Esta ha sido la posición tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema en la materia¹²⁹. Si bien el derecho a la igualdad ante la ley ha sido una de las bases

¹²² Véase, por ejemplo, las opiniones de los comisionados Guzmán y Silva contra la propuesta de Enrique Evans de incluir dicha cláusula.

¹²³ UPRIMNY, Rodrigo, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review*, 89 (2011) 1587-1609.

¹²⁴ LAMBERT, Priscilla – SCRIBNER, Druscilla, “A Politics of Difference versus a Politics of Equality: Do Constitutions Matter?”, *Comparative Politics*, 41, 3 (2009) 337-357.

¹²⁵ MUÑOZ, cit. (n. 8) 85.

¹²⁶ Ley n.º 19.611 que Establece la Igualdad Jurídica entre Hombre y Mujeres, 16 de junio de 1999.

¹²⁷ ZÚNIGA, Yanira, “Igualdad y Diferencia en la teoría feminista. El debate conceptual sobre la justicia, la familia y la diversidad”, en MUÑOZ, Fernando (editor), *Igualdad, Inclusión y Derecho: Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria* (Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2013) 193-214.

¹²⁸ DÍAZ DE VALDÉS, cit. (n. 120) 318.

¹²⁹ Para un análisis de esta jurisprudencia, véase CODDOU, Alberto, “El derecho a la igualdad ante la ley”, en CONTRERAS, Pablo – SALGADO, Constanza (editores), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020) 243-277.

jurídicas más utilizadas en las sentencias judiciales, la jurisprudencia ha sido más o menos uniforme, llegando incluso a hacer referencia a las mismas sentencias fundacionales sobre la materia¹³⁰. En términos generales, el estándar constitucional para entender y distinguir entre formas aceptables y no aceptables de discriminación descansa en la idea de falta de razón, la cual debe ser más o menos evidente y manifiesta al analizar los hechos bajo escrutinio. En este sentido, el legislador tiene un amplio margen para seleccionar el comparador o criterio que pudiera diferenciar el trato de las personas, debiendo ser impugnado judicialmente sólo en los casos más evidentes de irracionalidad. En algunos casos, los tratos discriminatorios podrían incluirse dentro de este estándar de “falta de razón”, pero no necesariamente es así, como lo demuestran las formas estadísticas y racionales de discriminación en el mercado¹³¹. Estudios posteriores sobre la jurisprudencia del derecho constitucional a la igualdad hacen referencia a la falta de razones públicas que permitan a la comunidad en general comprender las distintas distinciones arbitrarias y no arbitrarias. Para Fernando Atria, la jurisprudencia de la igualdad puede ser tildada de “pobre, famélica y tautológica”, y no aporta pista alguna para el trabajo doctrinario¹³².

Excepcionalmente, algunas sentencias intentaron distinguir entre distinciones arbitrarias y tratamientos discriminatorios como diferentes tipos de daños. A principios de la década de 1990, en una sentencia sobre un recurso de protección, la Corte Suprema argumentó que discriminar a una persona por su origen nacional o apariencia étnica implicaba un daño más grave a la igualdad constitucional que un mero estereotipo irracional o un trato no razonable¹³³. En efecto, es un daño a la dignidad de la persona y puede enviar una amenaza a quienes, como la víctima, pueden ser objeto en el futuro del mismo trato discriminatorio, un daño que se dirige “a todos los componentes del grupo social” que comparte la característica que motivó o sirvió de base a la conducta discriminatoria¹³⁴. Una parte importante de esta jurisprudencia emergente se hizo posible por estructuras de oportunidad que motivaron estrategias de movilización judicial, principalmente a través del recurso de protección, que fueron progresivamente haciendo referencia al derecho a la igualdad ante la ley para la interpretación expansiva de derechos fundamentales o para la ampliación de los criterios de ciudadanía¹³⁵. Por otra parte, en esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente luego de las reformas constitucionales de 2005, ha venido citando continuamente al conocido manual de derecho constitucional de Segundo Linares

¹³⁰ Por ejemplo, el caso de la sentencia Rol 53-1998 del Tribunal Constitucional de Chile.

¹³¹ SUNSTEIN, Cass, “Why Markets Don’t Stop Discrimination”, *Social Philosophy and Policy*, 8, 2 (1991) 22-37.

¹³² ATRIA, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisprudencia nacional* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 1997) 89.

¹³³ Corte Suprema, sentencia rol 621-1993.

¹³⁴ Corte Suprema, sentencia rol 621-1993, Considerando 1°.

¹³⁵ Para un ejemplo de ello, véase CONTESSE, Jorge – LOVERA, Domingo, “Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/SIDA: éxitos sin victoria en Chile”, *Sur, Revista Internacional de derechos humanos*, 5, 8 (2008) 8. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100008>

Quintana en sus sentencias de inaplicabilidad¹³⁶; el derecho a la igualdad ante la ley permite todas las distinciones legislativas que no sean arbitrarias o que no impliquen “un propósito de hostilidad contra una persona o grupo de personas, implique un favor indebido o un privilegio personal o de grupo”¹³⁷. En este sentido, si este derecho conlleva este tipo de prohibiciones, es difícil sostener que una lectura más integral de la Constitución de 1980 no incluye una concepción más amplia o sustantiva de la igualdad. Para varios comentaristas que intentaron reconstruir la jurisprudencia reciente de los tribunales superiores y el Tribunal Constitucional, existe una tendencia a incluir categorías protegidas en la lectura del artículo 19 n°2, especialmente considerando la aplicación casi automática del test de proporcionalidad que se utiliza evaluar si las distinciones pueden considerarse constitucionales o no¹³⁸.

Si bien los logros recientes para los grupos desaventajados suponen que el derecho constitucional a la igualdad implica una prohibición robusta contra la discriminación, no hay indicios de que exista una prohibición de la discriminación indirecta, que puede servir para combatir los actos de discriminación no intencional, o un compromiso constitucional de poner fin a formas más estructurales o institucionales de discriminación. Los principales logros han sido posibles recientemente gracias a una diversa gama de leyes que reconocen el modo en que la diversidad o la diferencia influyen en desventajas injustificadas, la situación de vulnerabilidad de muchos grupos desfavorecidos o que promueve la intervención activa del Estado para garantizar la igualdad efectiva de varios grupos sociales. En este sentido, una ley de identidad de género, cuotas electorales de género o la propia ley de igualdad de oportunidades para personas con discapacidad constituyen ejemplos en este sentido¹³⁹. Asimismo, la Ley Antidiscriminación, también conocida como *Ley Zamudio*, siempre se entendió como un acto legislativo que desarrollaba el texto constitucional, en efecto, como una interpretación legislativa que ampliaba la comprensión del derecho constitucional a la igualdad ante la ley, cláusula que parecía no incluir un mandato robusto contra la discriminación¹⁴⁰. Como vengo argumentando, existen varias razones para creer que la Constitución de 1980 incluye una cláusula de igualdad más robusta y que se aleja de un enfoque meramente neutral del fenómeno de la discriminación.

¹³⁶ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. IV (Buenos Aires: Alfa, 1953) 263.

¹³⁷ El comienzo de esta seguidilla de citas a la idea de igualdad constitucional ofrecida por Linares Quintana se reconduce a un voto disidente del ministro Eugenio Valenzuela en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol n.° 28-1985. Véase también CODDOU, cit. (n. 129) 269.

¹³⁸ CORREA, Jorge, “Jurisprudencia de TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, *Anuario de Derecho Público*, 1 (2011) 96-126.

¹³⁹ *Ley n.° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la Identidad de Género*, 10 de diciembre de 2018; *Ley n.° 20.840 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional*, 05 de mayo de 2015; y *Ley n.° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad*.

¹⁴⁰ *Ley n.° 20.609 que establece medidas contra la discriminación*, 24 de julio de 2012.

CONCLUSIÓN

En este artículo he intentado realizar una reconstrucción de la trayectoria histórica del principio de igualdad en la historia constitucional chilena. En el marco de los procesos constituyentes por los que atravesó Chile en los últimos años, este principio estuvo en el centro de algunos de los debates y polémicas. Para algunos comentaristas, los fracasos se explican, en parte, por la erosión de algunos principios que forman parte de la tradición constitucional chilena, como el principio de igualdad¹⁴¹. Una mejor comprensión de este principio y de su trayectoria histórica habría permitido un debate más informado. Como he descrito aquí, la reconstrucción de la trayectoria histórica de este principio puede calificarse como un lento despertar: siempre estuvo ahí, pero nunca significó mucho para los grupos desaventajados, quienes nunca vieron, durante gran parte de nuestra historia constitucional, que este principio implicara un mandato robusto para que la igual ciudadanía fuera real y efectiva. En tal sentido, el artículo ha buscado revisitar, aunque sea de modo panorámico, que el progreso del principio de igualdad no se ha desarrollado a través de concesiones gratuitas de la autoridad, sino más bien a partir de conquistas sociales que van lentamente imbuyendo de contenido y significado a un principio que, de otro modo, quedaría como una cláusula vacía.

¹⁴¹ Un resumen de estos debates y polémicas puede verse en CODDOU, Alberto, “Las políticas de identidad y las cláusulas constitucionales de igualdad”, en GIL, Diego y otros (editores), *El Dilema Constitucional* (Santiago: Chile. FCE. 2022) 111-132.