

2

• *Grupos de especial protección* •

1

***DERECHOS SOCIALES Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE DE CHILE:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional***

***DERECHOS SOCIALES Y EL
MOMENTO CONSTITUYENTE
DE CHILE:***

***Perspectivas globales y locales
para el debate constitucional***

Tomo IV: Grupos de especial protección

• EDITORES •

Valentina Contreras Orrego · Vicente Silva · Koldo Casla · Pedro Cisterna Gaete
Verónica Delgado Schneider · Magdalena Sepúlveda

• TRADUCCIÓN •

Amy Echeto

• REVISIÓN DE TEXTO •

Verónica Cadavid · Valentina Contreras

• DISEÑO Y COMPOSICIÓN •

Alterstudio y Felipe Mery

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0; <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

Cita sugerida: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción (2021) Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo IV: Grupos de especial protección. Santiago, Chile: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights. DOI: 10.53110/ZOIT6415.

Derechos sociales y el momento constituyente de Chile:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional

Tomo IV: Grupos de especial protección

Santiago de Chile, septiembre 2021.

DOI: 10.53110/ZOIT6415



• INDICE

sección

A

IGUALDAD

1. Fomentando la igualdad de derechos en las constituciones: 193 países en perspectiva

Aleta Sprague, Pam Stek, Amy Raub y Jody Heymann

08

sección

B

PUEBLOS INDÍGENAS

2. Los derechos de pueblos indígenas en la nueva Constitución

José Aylwin

30

sección

C

MUJERES

3. El derecho constitucional de las mujeres a la igualdad: Una perspectiva comparada

Meghan Campbell

48

sección **D**
**NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES**

4. Los niños y las constituciones

68

Aiofe Nolan & Conor O'Mahony

sección **E**
**PERSONAS CON
DISCAPACIDAD**

5. Disposiciones constitucionales sobre los derechos de las personas con discapacidad: Enfoques nacionales y contexto internacional

86

Gonzalo Moreno, Michael Ashley Stein y Jody Heymann

6. Hacia un proceso constituyente inclusivo de las personas con discapacidad

108

Pablo Marshall, Viviana Ponce de León y Eduardo Marchant

sección **F**
**ADULTOS
MAYORES**

7. La constitucionalización de los derechos de las personas mayores: Una práctica emergente

124

Frederic Megret y Alexander Agnello

A

sección

"Igualdad"







Fomentando la igualdad de derechos en las constituciones: 193 países en perspectiva

Aleta Sprague, Pam Stek, Amy Raub y Jody Heymann¹

DOI: 10.53110/PZUX2082

A. Introducción: Además de las lecciones por aprender de su propia historia constitucional, Chile puede obtener ideas para su proceso de reforma constitucional observando las tendencias en anteproyectos de constitución a nivel mundial. Este ensayo presenta datos globales de enfoques constitucionales sobre la igualdad de derechos para ofrecer contexto a los ciudadanos, autoridades responsables y la sociedad civil organizada en Chile, quienes darán forma a la nueva Constitución. En particular, señala por qué los derechos integrales importan, además de la experiencia y lecciones de otros países; examina las tendencias en protecciones constitucionales de los últimos 500 años y comparte apreciaciones de los datos globales sobre el impacto de las disposiciones de igualdad en áreas clave. Ya que los chilenos se disponen a tomar decisiones que moldearán el futuro de su propio país, esperamos que esta contribución ofrezca información útil sobre el alcance e implicaciones de los diferentes enfoques constitucionales sobre la igualdad de derechos a nivel mundial.

¹ *Aleta Sprague, Dra. en Jurisprudencia, es Analista jurídico en el WORLD Policy Analysis Center (WORLD) en la Universidad de California; Los Ángeles. Pam Stek, PhD, es historiadora en WORLD. Amy Raub, MS, es Analista Principal de Investigación en WORLD. Jody Heymann, MD, PhD, Profesora Distinguida en Fiel-
ding School of Public Health, Luskin School of Public Affairs, Geffen School of Medicine, Universidad de California, Los Ángeles y Directora fundadora de WORLD.*

B.

Fomentando la igualdad mediante derechos constitucionales: Consideraciones importantes

El movimiento de los derechos humanos de los últimos sesenta años a nivel mundial ha conseguido mejoras para la igualdad, sin embargo, la persistente discriminación histórica continúa situando a ciertos colectivos en un elevado riesgo de pobreza, desventaja educacional, marginación política y violencia. Una base constitucional enfocada en el progreso y que aborde la igualdad de derechos exhaustivamente, incluirá prohibiciones de toda forma de discriminación y la flexibilidad para alcanzar las formas de discriminación emergentes y desconocidas, además, garantizar derechos sociales y económicos fundamentales para la igualdad de oportunidades y derechos políticos que permita dar voz a la sociedad.

C.

¿Los derechos de quién? Abarcando todas las formas de discriminación”

“ ”

Una constitución hecha para proteger los derechos humanos universales prohibirá explícitamente todas las formas de discriminación, garantizando igualdad de derechos por razón de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, raza, etnicidad, idioma, nivel socioeconómico, discapacidad, estatus migratorio y religión.

1. Sexo y género

Mujeres y niñas de todo el mundo siguen enfrentando barreras importantes para ejercer sus derechos fundamentales. Por ejemplo, en 2018, tres cuartas partes de la población mundial de niños estaba constituida por niñas sin oportunidad educativa.² El salario de las mujeres es inferior al de los hombres en casi todo el mundo y existen persistentes brechas de género que fomentan la sobrerrepresentación de la mujer en trabajos mal pagados y la infrarrepresentación en puestos directivos.³ Igualmente, la mujer forma sólo una cuarta parte de la representación en los parlamentos de 153 países encuestados por el Foro Económico Mundial.⁴ La Organización Mundial de la Salud identifica la violencia de género como un problema de salud impor-

² UNESCO, 2020, p. 9.

³ World Economic Forum, 2019, pp. 11 y 17; Organización Internacional del Trabajo, 2018, pp. 68-69.

⁴ *Ibíd.*, World Economic Forum, 2019, p. 10.

tante a nivel mundial, el que afecta transversalmente a las mujeres a través de países y grupos de ingreso.⁵ Mientras tanto, las normas de género restrictivas socavan el compromiso del hombre en el cuidado y crea barreras para las personas que persiguen su propio camino. Tanto la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por Chile y otros 188 países, y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, adoptados por la Asamblea General de la ONU en 2015, comprometen a los gobiernos a garantizar la igualdad de género. [Abordar la discriminación por razón de sexo y género es fundamental para garantizar la igualdad de derechos.](#)

2. Orientación sexual, características sexuales e identidad y expresión de género

La discriminación legal contra las minorías sexuales y de género sigue siendo devastadoramente común: 68 países criminalizan la actividad sexual consentida entre dos adultos del mismo sexo, con penas como el encarcelamiento prolongado o la muerte.⁶ Ya que no existen tratados que protejan a estos colectivos, la orientación oficial de la ONU ha afirmado que la igualdad de derechos se aplica completamente a la población LGBT+. De la misma manera, órganos regionales como la Organización de los Estados Americanos, han emitido resoluciones similares. De hecho, fue un caso chileno —Atala Riffo y niñas vs. Chile— el que impulsó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a confirmar que la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual. Dada la persistencia de la discriminación por orientación sexual e identidad de género y el creciente consenso sobre la necesidad de protecciones legales explícitas, [garantizar la igualdad de derechos sobre las bases de la orientación sexual y la identidad de género apoyaría poderosamente la capacidad de la Constitución para proteger completamente la igualdad.](#)

3. Raza, etnia e idioma

La discriminación por razón de raza y etnia continúa socavando oportunidades a nivel mundial. En muchos países, niños y niñas de minorías étnicas tienen menor posibilidad de completar la educación secundaria, como también niños y niñas pertenecientes a minorías lingüísticas —más del 40% de la población mundial— tienen dificultad para estudiar en su propio idioma.⁷ Los pueblos indígenas y otros grupos étnicos marginados siguen teniendo

⁵ *World Health Organization, 2013, p. 2.*

⁶ *ILGA World, 2019, p. 47.*

⁷ *United Nations (2016) p. 59.*

empleos poco cualificados, mal pagados y sin seguridad social.⁸ Estos grupos también sufren mayor riesgo de violencia en sus relaciones con instituciones del Estado, lugares de trabajo, escuelas y lugares públicos. [En este contexto, las constituciones son instrumentos especialmente importantes para prohibir la discriminación por razón de género, etnicidad e idioma.](#) Además, Chile y otros 181 países han aprobado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la que condena todo tipo de discriminación racial en todos los aspectos de la vida pública.

4. Nivel socioeconómico

La discriminación por razones socioeconómicas continúa siendo un lugar común. Por ejemplo, estudios demuestran que los empleadores discriminan en las contrataciones sobre las bases de acentos regionales, códigos postales, apariencia de la dentadura y otros indicadores de clase social.⁹ Además, en el contexto de la creciente privatización de bienes públicos, las barreras económicas limitan el acceso a la educación, atención médica e incluso la posibilidad de participar en procesos políticos, comprometiendo derechos universalmente protegidos. [Abordar tanto la discriminación por estatus socioeconómico como las barreras financieras discriminatorias fortalecería la capacidad de la Constitución de proporcionar cimientos para la igualdad de oportunidades.](#)

5. Personas con discapacidad

Cerca de mil millones de niños y adultos a nivel mundial forman parte de este colectivo, el cual enfrenta discriminación explícita en el empleo y la educación, además de sufrir las tasas más altas de prejuicios implícitos. La discriminación de las personas con discapacidad también afecta la política: estudios demuestran que la inaccesibilidad a los centros de votación reduce la participación de este colectivo.¹⁰ [La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con 182 países miembros incluyendo Chile, es uno de los tratados de derechos humanos más rápidamente aprobados en la historia y garantiza integralmente la igualdad de derechos, la total participación del colectivo y aporta las bases para la toma de decisiones en los tribunales y las reformas constitucionales a nivel mundial.](#) Una constitución que garantice la igualdad de derechos de las personas con discapacidad construiría sobre dicho progreso y sentaría las bases para una sociedad inclusiva.

⁸ Organización Internacional del Trabajo, 2020, p. 68.

⁹ Siddique, 2011; Bertrand y Mullainathan, 2004, p. 992; Moeller, et al., 2015, p. 26.

¹⁰ Schur y Adya, 2013, pp. 836-837,.

6. Estatus migratorio

En el 2020, los inmigrantes y refugiados formaban 272 millones de personas a nivel mundial. Los migrantes suelen sufrir discriminación que se intersecta con su etnia, nacionalidad y/o religión, junto a las restricciones en el acceso a asistencia médica básica, escuelas para sus hijos y condiciones seguras y justas de trabajo. Acuerdos globales protegen estos derechos: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares —aprobadas por Chile— garantizan el derecho a la educación para todos los niños y niñas independientemente de su estatus migratorio;¹¹ prohíben la discriminación;¹² e incluyen protecciones para las condiciones laborales independientemente de la ciudadanía.¹³ Los tratados internacionales también protegen el derecho a la salud para todos.¹⁴ Además, cuando se violan los derechos de los migrantes las consecuencias también afectan a los ciudadanos: negar asistencia médica a los migrantes puede incrementar la propagación de enfermedades infecciosas, así como, tolerar condiciones laborales injustas puede socavar los estándares laborales para todos. **Dado el incremento a gran escala de las migraciones forzadas y hechas posibles durante el último siglo, abordar constitucionalmente los derechos de las personas no ciudadanas tendría importantes impactos normativos y prácticos.**

7. Religión

Transversalmente en los países, la discriminación sobre la base de una identidad religiosa real o presunta, junto a la opresión religiosa realizada por los gobiernos, es responsable por la marginalización, acoso y abuso de los derechos humanos de millones de personas. Un estudio del 2018 demuestra que 53 países reportan niveles altos o muy altos de hostilidad social relacionados con la religión.¹⁵ Junto con la Declaración Universal de los Derechos

¹¹ *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, art. 22; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990, arts. 30 y 45.*

¹² *Ibíd., Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 3; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, art. 7.*

¹³ *Ibíd., Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, arts. 17 y 24; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, art. 25.*

¹⁴ *Ibíd., Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, arts. 28, 43 y 45; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996, art. 12.*

¹⁵ *Majumdar y Villa, 2020, pp. 5-12.*

Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aprobado por Chile y otros 172 países— prohíbe la discriminación por motivos de religión o credo. Si bien proteger derechos igualitarios independientemente de la religión no justifica las prácticas religiosas que amenazan los derechos de otras personas, prohibir constitucionalmente la discriminación basada en la religión, credo o la ausencia de credo, profundizaría principios democráticos fundamentales.

D.

**¿Cuáles
derechos?:
Protecciones
importantes para
todos los colectivos**

“ ”

Una constitución diseñada para proteger los derechos humanos universales, debería como mínimo prohibir integralmente la discriminación directa e indirecta, garantizar los derechos civiles y políticos fundamentales y consagrar los derechos sociales y económicos, como la salud, educación, condiciones laborales dignas y apoyo económico.

1. Disposiciones generales de no discriminación e igualdad de derechos

Una constitución diseñada para proteger los derechos humanos universales dispondrá una garantía de igualdad comprensiva, prohibiendo la discriminación en todas las formas discutidas anteriormente. Ejemplos de muchos países demuestran por qué las protecciones constitucionales específicas importan. Por ejemplo, en México, las protecciones contra la discriminación por razón de discapacidad lograron a una resolución histórica contra una cadena de hoteles que prohibía a este colectivo postular a sus ofertas de trabajo;¹⁶ en Sudáfrica, las garantías constitucionales de igualdad de derechos independientemente de la orientación sexual impulsaron la reforma de una ley de inmigración que excluía parejas del mismo sexo.¹⁷ Entretanto, aunque las disposiciones generales sobre igualdad que no enumeran los tipos de discriminación prohibida han tenido un gran impacto, su cobertura es menos predecible y consistente, a la vez que carece del valor normativo de un mandato claro e inequívoco sobre la igualdad de derechos de un colectivo.

¹⁶ Corte Suprema de México, rol 1387/2012, Amparo Directo en Revisión.

¹⁷ National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others vs. Minister of Home Affairs and Others, 1999.

2. Abordando la discriminación indirecta

Para fortalecer las prohibiciones de discriminación, una constitución diseñada para promover la igualdad también prohibiría la discriminación indirecta — políticas o prácticas de apariencia neutral pero que perjudican desproporcionadamente a ciertas poblaciones. Por ejemplo, restringir la elegibilidad para un trabajo basándose en un mínimo de altura, si bien no discrimina explícitamente a las mujeres, en efecto excluye desproporcionadamente a candidatas mujeres. Algunos casos de discriminación indirecta o de “impacto desigual” pueden ser inintencionados o el resultado de prejuicios implícitos en vez de explícitos; otros, sin embargo, están claramente destinados a elegir como blanco un grupo en particular, eludiendo las protecciones contra la discriminación directa. Un ejemplo de esto es el uso de pruebas de alfabetización como requisito para votar en el sur de EE.UU. a principios del siglo XX, el que no prohibía explícitamente el voto sobre la base de la raza, pero claramente estaba dirigido a privar de sus derechos civiles a afroamericanos a quienes les había sido negada una educación formal. Las disposiciones constitucionales que prohíben explícitamente la discriminación indirecta han tenido impactos, incluyendo la invalidación de pruebas sesgadas de acceso al empleo en el Reino Unido y la aseguración de compensaciones equitativas a víctimas de accidentes del transporte público en Sudáfrica. En contraste, sin protecciones claras contra impactos desiguales, los tribunales han validado grandes injusticias, tales como desigualdades raciales en las sentencias de pena de muerte en EE.UU.¹⁸

3. Protecciones para los derechos civiles, políticos, sociales y económicos

Las protecciones para los derechos civiles y políticos son fundamentales para asegurar que todos puedan participar en la vida pública y privada e influenciar las decisiones de sus gobiernos. Los derechos civiles fundamentales incluyen, entre otras cosas, la libertad de expresión, de asociación y credo; el derecho a la libertad y al debido proceso; la libertad de tránsito y el derecho a votar libre de discriminación o coacción. Igualmente, los derechos sociales y económicos son críticos para crear sociedades justas e inclusivas en las que todos puedan satisfacer sus necesidades fundamentales. Mientras las constituciones contemporáneas reconocen una variedad de derechos sociales y económicos, [garantías universales de educación, salud pública y asistencia sanitaria, empleo decente y seguridad de ingresos](#), son bases particularmente poderosas para avanzar la igualdad para todos.¹⁹

¹⁸ *Essop vs. Home Office, 2017; Mvumvu and Others vs. Minister of Transport and Another, 2011; McKleskey vs. Kemp, 1987.*

¹⁹ *Para más detalles sobre el enfoque de los países para estos derechos y su prevalencia global, ver Heymann, Sprague y Raub, 2020; y Sprague, Raub y Heymann, 2020.*

E.

El estado del mundo: Protecciones para derechos igualitarios en 193 Constituciones

En esta sección presentamos datos que capturan los detalles de enfoques constitucionales para derechos igualitarios a través de todos los 193 Estados que eran miembros de la ONU en 2017, y analizamos sus progresos y brechas.

1. Igualdad de derechos y no discriminación

- **Sexo y género**

Los últimos cincuenta años han presenciado una dramática transformación de las garantías constitucionales para la igualdad de derechos sobre la base del sexo. Todas las constituciones escritas desde el año 2000 han abordado la igualdad de los sexos y/o el género, en comparación con sólo la mitad de aquellas aprobadas antes de 1970. En conjunto, el 85% de las constituciones a nivel mundial garantizan la igualdad de derechos o prohíben la discriminación por razón de sexo y/o género.

“ ”

Además del sexo y género, abordar el embarazo, el estatus matrimonial y familiar proveerá una base más sólida para el fomento de la igualdad de género.

Muchas menos prohíben la discriminación por prestación de cuidados, lo que afecta desproporcionadamente a las mujeres pero tiene consecuencias para los trabajadores de todos los géneros. Por ejemplo, *mientras las mujeres casadas y las madres sufren discriminación en la contratación y promoción debido a la percepción de su estatus de cuidadoras, los empleadores también discriminan comúnmente a los hombres que desafían los estereotipos de género al priorizar sus responsabilidades de cuidado.*

Para cerrar esa brecha, algunas constituciones han comenzado a abordar explícitamente la discriminación por razón de estatus matrimonial, familiar y embarazo –un importante avance a la luz de sentencias judiciales que señalan que las protecciones contra la discriminación de sexo no necesariamente incluyen la discriminación por estos motivos relacionados.²⁰ Actualmente, el 6% de las constituciones prohíben explícitamente la discriminación por embarazo y un 8% prohíbe la discriminación por razón de estatus matrimonial.

²⁰ Ver, por ejemplo, *Geduldig vs. Aiello*, 1974; Nussbaum, 2001, p. 49.

- **Orientación sexual e identidad de género (OSIG)**

En contraste con la discriminación por sexo, algunos países prohíben constitucionalmente la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género. Desde 1996, cuando la Constitución Sudafricana se convirtió en la primera en proteger explícitamente los derechos igualitarios independientemente de la orientación sexual, 11 países más han seguido el ejemplo. Recientemente, la Constitución de Cuba de 2019 prohibió la discriminación tanto por razón de orientación sexual como por identidad de género, sumándose a otros 6 países a nivel mundial con protecciones por ambos motivos.

Aunque pocas constituciones contienen protecciones OSIG, millones de personas LGBT+ alrededor del mundo han conseguido derechos mediante sentencias judiciales basadas en otras garantías constitucionales.²¹ Aunque son victorias importantes, estas decisiones también demuestran que, frente a la ausencia de un lenguaje constitucional claro, los tribunales han sido garantes impredecibles y poco fiables de la igualdad de derechos OSIG. Adicionalmente, **establecer derechos en un lenguaje claro es importante para la protección contra enmiendas constitucionales restrictivas de derechos**: desde el año 2000, doce países han adoptado un lenguaje constitucional que prohíbe o permite legislación para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, ilustrando la reacción que a menudo sigue a los avances en materia de igualdad.

“ ”

A pesar de que los tribunales han fomentado los derechos para este colectivo mediante una gama de disposiciones constitucionales, no hay nada que sustituya una garantía explícita de igualdad de derechos, especialmente, dada la demostrada amenaza de enmiendas constitucionales discriminatorias.

- **Raza, etnicidad e idioma**

La mayoría de los países (76%) establecen garantías constitucionales basadas en la raza y/o etnia, mientras el 44% prohíbe la discriminación idiomática, que normalmente se asocia con la discriminación étnica. Estas protecciones son más comunes en las nuevas constituciones: sólo el 49% de las constituciones adoptadas antes de 1970 abordan la igualdad de derechos en base a la raza y/o etnia, en comparación con al menos el 73% de las adoptadas cada década después.

²¹ Ver, por ejemplo, *Op. Cit., Heymann, Sprague y Raub, 2020, pp. 139- 142.*



Aunque las protecciones constitucionales sobre la base de la raza y la etnia son vitales por sí solas, la discriminación racial y étnica usualmente se intersecta con discriminaciones por otros motivos, ilustrando que tanto las constituciones como los tribunales pueden fortalecer las protecciones tomando un enfoque comprensivo e interseccional para garantizar la igualdad de derechos.

La discriminación suele atravesar diferentes aspectos de la identidad, sin embargo, la ley normalmente define cada tipo de discriminación separadamente y las cortes evalúan cada demanda consecutivamente. La discriminación interseccional se refiere a las formas distintas y compuestas de discriminación, vulnerabilidad y subordinación, que resultan de la superposición de diferentes tipos de discriminación.²² A pesar de que un número creciente de países ha comenzado a abordar legislativamente la interseccionalidad y otros conceptos relacionados como la discriminación múltiple, las disposiciones constitucionales comparables siguen siendo raras.²³ Si bien la discriminación interseccional afecta personas de todos los grupos marginalizados, la discriminación basada en la raza o la etnia es especialmente probable de ser de naturaleza interseccional, dada la discriminación histórica entre países que ha resultado en disparidades raciales y étnicas, que suelen alinearse cercanamente con disparidades socioeconómicas: la segregación del mercado laboral por raza, etnia y género; y la relación entre raza, etnia y estatus migratorio.

Avanzando hacia el futuro, consagrar el reconocimiento de la interseccionalidad en las constituciones —o como mínimo asegurar que éstas establezcan coberturas y flexibilidades adecuadas para alcanzar formas interseccionales de discriminación— fortalecerá la capacidad de las constituciones para ofrecer protecciones suficientes.

- Nivel socioeconómico

Más de la mitad de las constituciones en el mundo (59%) contienen disposiciones que prohíben las formas de discriminación por estatus socioeconómico. Los 90's fueron la primera década en que una mayoría de nuevas constituciones (83%) incluyeron disposiciones que prohibían este tipo de discriminación. En los 2000, esta cifra bajó al 63%, pero rebotó al 83% en el período desde el 2010-2017.

La discriminación por estatus socioeconómico persiste no sólo en la forma de prejuicios explícitos en el trabajo, escuelas y espacios públicos, sino también mediante barreras financieras frente a recursos claves como la salud y la educación. Condicionar el acceso a los servicios médicos y sanitarios por la capacidad de pago amplía las disparidades socioeconómicas, desalentando a las personas de bajos recursos de buscar cuidados y aumentando los riesgos de enfermedades y muertes previsibles. Asimismo, cobrar matrículas en la

²² *Mahlangu and Another vs. Minister of Labour and Others*, 2020.

²³ *Fredman*, 2016, pp. 51-53.

educación pública lleva a la exclusión desproporcionada de niñas, niños con discapacidad y estudiantes provenientes de familias con bajos ingresos.

Una porción significativa de constituciones abordan las barreras de ingresos directamente, con impactos comprobados en el acceso y la inclusión.²⁴ El 53% de las constituciones garantizan el derecho a la educación primaria gratuita, y el 30% hacen lo propio con la educación secundaria. El 10% garantiza la atención médica gratuita universal, mientras otro 6% garantiza el derecho de niños y adultos de escasos recursos a la atención médica.²⁵ *Juntas, las prohibiciones constitucionales de la discriminación por estatus socioeconómico y la remoción de barreras financieras de los derechos fundamentales pueden profundizar la igualdad en la práctica.*

- *Personas con discapacidad*

Globalmente, solo 27% de las constituciones garantizan la igualdad de derechos independientemente de la discapacidad. Sin embargo, el tratamiento de la discapacidad se está convirtiendo cada vez más en una norma constitucional: en los 90's, sólo el 27% de las nuevas constituciones abordaban la igualdad de derechos sobre la base de la discapacidad, comparado con el 47% en la década del 2000 y el 71% entre el 2010-2017.

“ ”

Además de las protecciones específicas contra la discriminación por estatus socioeconómico, disposiciones constitucionales que remueven barreras financieras para el disfrute de derechos fundamentales —incluyendo salud, educación y voto— pueden apoyar poderosamente su realización universal.

“ ”

Para asegurar la igualdad de derechos independientemente de la discapacidad, la sola prohibición de la discriminación es raramente suficiente —garantizar ajustes razonables en el trabajo y educación inclusiva proveerá una base constitucional más fuerte para la igualdad.

Prohibir la discriminación por razón de discapacidad es un primer paso fundamental. Sin embargo, la igualdad de derechos se mantendrá incompleta si las personas con discapacidad carecen de acceso igualitario a escuelas, lugares de trabajo, información, transporte y espacios públicos, y procesos políticos. Por ejemplo, una escuela con escaleras, pero sin rampa o ascensor excluirá a la entrada de usuarios de sillas de ruedas; un lugar de trabajo que

²⁴ Ver, por ejemplo, *Op. Cit., Heymann, Sprague y Raub, 2020, pp. 190-191.*

²⁵ Para más información sobre los derechos de la salud y la educación, visite <https://www.worldpolicycenter.org/topics/constitutions/policies>.

no ofrece lectores de pantalla imposibilitará a los empleados ciegos de hacer su trabajo. Consecuentemente, junto a la no discriminación, las garantías legales de ajustes razonables y educación inclusiva son centrales para la igualdad de derechos de las personas con discapacidad. Más aún, la evidencia demuestra que todos los estudiantes aprenden bien en lugares inclusivos y que la mayoría de los ajustes razonables tienen amplios beneficios.

En décadas recientes, los países han conseguido un gran avance en el reforzamiento de leyes protectoras de la igualdad de derechos sobre la base de la discapacidad; sin embargo, significativas brechas se mantienen en las constituciones. De 193 constituciones, sólo dos explícitamente proveen ajustes razonables en el trabajo, siete abordan la educación inclusiva para niños con discapacidad, y ninguna incluye lenguaje que claramente mandate la inclusión total. Sin embargo, estas disposiciones han tenido impacto y pueden proveer un ejemplo para otros países que busquen consagrar derechos más fuertes.²⁶

- Estatus migratorio

El 22% de las constituciones prohíben la discriminación por razón de ciudadanía, mientras que el 60% garantiza igualdad de derechos independientemente de la nacionalidad y el 8% prohíbe la discriminación contra los apátridas. Notablemente, sólo el 25% de las constituciones adoptadas desde el 2010 y el 16% adoptadas en la década del 2000 incluyen garantías explícitas para la igualdad de derechos de los no ciudadanos, comparado con el 40% de las constituciones escritas en los '90s. Este cambio, aunque problemático, puede reflejar ante todo desarrollos geopolíticos. Después de la disolución de la Unión Soviética, casi todas las constituciones redactadas en los 90's protegían los derechos independientemente de la ciudadanía. Aunque las constituciones más recientes han sido menos propensas a incluir estas herramientas, la reciente escalada de xenofobia manifiesta en muchas naciones pone de relieve su continua importancia vital.

Las disposiciones de igualdad constitucional pueden ofrecer importantes apoyos para defender los derechos de los migrantes. Sin embargo, cuando las constituciones articulan derechos usando el lenguaje de "ciudadanía", los refugiados y migrantes pueden sufrir la exclusión incluso respecto de derechos fundamentales como la educación y la salud garantizada para todos en acuerdos globales. Defensores han llamado la atención sobre esta amenaza.

“ ”

Enmarcar los derechos constitucionales sólo para los “ciudadanos” puede excluir a refugiados y migrantes de estas protecciones fundamentales y socavar los estándares para todos; en contraste, garantizar el acceso de los no ciudadanos a servicios médicos básicos, educación y condiciones seguras de trabajo, puede proveer una base poderosa para defender los derechos humanos universales.

²⁶ Ver, por ejemplo, Op. Cit., Heymann, Sprague y Raub, 2020, pp. 158-159.

Más allá del lenguaje inclusivo, las garantías específicas de la igualdad de derechos para los no nacionales probablemente ofrecerán salvaguardias más sólidas para la igualdad de derechos, especialmente respecto a la educación, atención médica y empleo decente. Globalmente, el 14% de las constituciones garantizan el derecho de los no ciudadanos a la salud, 17% garantizan su derecho a la educación y 21% protege algunos aspectos de la igualdad y la no discriminación en la vida laboral, ofreciendo bases importantes para defender estos derechos independientemente del estatus migratorio.

- Religión

78% de las constituciones prohíben la discriminación sobre la base de la religión, incluyendo un 92% de aquellas adoptadas entre el 2010 y 2017. Sin embargo, muchas menos adoptan un enfoque comprensivo para asegurar la igualdad de todos independientemente de la religión, credo o carencia de éste.

Una constitución diseñada para apoyar la igualdad de derechos independientemente del credo asegurará que las personas puedan observar su fe al mismo tiempo que frenará las prácticas religiosas discriminatorias, y ordenará la completa neutralidad del Estado respecto de todas las religiones, credos y no credos. Los acuerdos internacionales reconocen estos principios: por ejemplo, el PIDCP protege la libertad de culto, prohíbe la discriminación religiosa y garantiza la libertad de credo sin calificaciones, pero llama a limitar la libertad de práctica para proteger los derechos de otros.

Junto al 78% de constituciones que prohíben la discriminación sobre la base de la religión, el 95% protege la libertad de culto. El 41% establece el secularismo o la separación de la iglesia y el Estado, mientras la cuarta parte explícitamente garantiza la libertad de no creer, practicar o manifestar la religión personal. Además, el 46% de las constituciones especifican que las prácticas religiosas pueden ser limitadas para proteger los derechos fundamentales de otros.²⁷

Los países han usado varias estrategias para proteger la libertad de culto a la vez que protegen otros derechos. *Garantías comprensivas de la igualdad de derechos en todos los contextos pueden ayudar a asegurar que los derechos religiosos no tengan prioridad sobre otros estatutos protegidos, como también lo pueden lograr disposiciones constitucionales que específica-*

“ ”

Además de prohibir la discriminación religiosa, las constituciones pueden proteger más plenamente la igualdad de derechos transversalmente en todas las religiones, protegiendo la libertad de religión, de credo y no credo; garantizando la igualdad de derechos de todos sin excepción para leyes o prácticas religiosas; y evitando un lenguaje constitucional que priorice una religión o la religión en general.

²⁷ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 18; Comité de Derechos Humanos, 1993; Comité de Derechos Humanos, 2000.*

mente abordan conflictos entre prácticas religiosas y los derechos fundamentales de otros.²⁸ Otra estrategia para proteger los derechos de todos es hacer que la constitución sea la ley suprema del país, sin excepciones para las leyes religiosas o las costumbres; el 48% de las constituciones consideran las disposiciones constitucionales como supremas, mientras que otro 1% subordina específicamente las leyes religiosas a la constitución.

En resumen, más allá de prohibir la discriminación religiosa, los redactores de la constitución que aspiren a proteger comprensivamente la igualdad de derechos se beneficiarían del examen de cómo las referencias a la religión a través de todo el texto pueden influenciar los derechos de las personas de todas las creencias.

2. Discriminación indirecta

Si bien la discriminación indirecta es un concepto nuevo en el derecho de la igualdad, algunas constituciones recientemente reescritas ofrecen protecciones específicas contra la discriminación indirecta en sus disposiciones de igualdad de derechos. Específicamente, el 5% de las constituciones prohíben la discriminación indirecta de género y de raza o etnia, respectivamente. Aunque estas disposiciones se mantienen relativamente poco comunes, los recientes procesos de redacción constitucional han reconocido su importancia y las consecuencias de su omisión. Sudáfrica, por ejemplo, específicamente incluyó la discriminación indirecta en su Constitución de 1996 después de presenciar las consecuencias para la igualdad que sufrió EE.UU. falló al no reconocerla.²⁹

3. Formas de discriminación desconocidas, emergentes y transversales

Mientras los tipos de discriminación descritos en este ensayo siguen siendo problemáticamente comunes en muchos países, no son en ningún caso exhaustivos. Más aún, nuevas formas de discriminación emergen a medida que las sociedades evolucionan. La discriminación genética, por ejemplo, es una nueva forma de discriminación hecha posible gracias a la tecnología moderna. Una forma en que las constituciones pueden alcanzar formas adicionales de discriminación más allá de las prohibidas específicamente, es a través de la inclusión de lenguaje como “o cualquier otra condición” en las provisiones antidiscriminación. A pesar de que no hay sustitutos para la enumeración comprensiva de los estatus protegidos, este lenguaje general puede proveer la flexibilidad para alcanzar formas de discriminación emergentes, poco reconocidas y transversales.

²⁸ Ver, por ejemplo, *Op. Cit., Heymann, Sprague y Raub, 2020, pp. 105.*

²⁹ *Wing, 2008, p. 73.*

4. Abordando la discriminación histórica: Consideraciones contexto-específicas



Las disposiciones constitucionales que permiten la adopción de medidas afirmativas para profundizar la igualdad pueden ayudar a abordar las consecuencias de la discriminación, exclusión y presión pasada y continuas, que limitan las oportunidades actuales y el acceso a los recursos de grupos marginados.

A través de los países, diferentes grupos han enfrentado grados variables de discriminación y exclusión histórica, incluyendo mediante leyes que limitaron el acceso a la educación, el empleo y los recursos. Diseñar medidas afirmativas efectivas es una tarea contexto-específica que requiere la consideración de preguntas tales como: qué colectivos incluir, la duración ideal de la política, y cómo medir la eficacia de la política. Estas preguntas de diseño pueden ser complejas, pero medidas afirmativas bien elaboradas pueden ayudar a conseguir la promesa de la igualdad de derechos al mitigar los daños de injusticias pasadas y cambiar la representación y acceso a las instituciones.

A través de los países, las medidas afirmativas suelen ser controversiales y pueden enfrentar retos basados en las garantías constitucionales de la igualdad de derechos que estipulan ampliamente la igualdad ante la ley sin proveer pasos afirmativos para conseguir la igualdad en la práctica. *Porque las medidas afirmativas usualmente son políticamente controvertidas, las disposiciones constitucionales que específicamente permiten su implementación ofrecen un fuerte cimiento para estas políticas y decisiones judiciales relacionadas. Las concesiones constitucionales expresas para las medidas afirmativas pueden proteger contra lecturas restringidas de la igualdad que mandaten el tratamiento idéntico en vez de equitativo en toda circunstancia.*

Conclusión

Las disposiciones constitucionales que tienen impacto en el avance de la igualdad en la práctica abarcan una amplia gama de derechos, incluyendo garantías detalladas de la igualdad de derechos y prohibiciones de discriminación directa e indirecta; garantías de derechos civiles, políticos, sociales y económicos; y enfoques más dirigidos al abordaje de barreras persistentes a la igualdad de derechos para grupos marginados.

En décadas recientes, las protecciones constitucionales se han vuelto más prevalentes en casi todas estas áreas, reflejando el éxito de los movimientos sociales nacionales y globales, así como la influencia de protecciones fuertes y más específicas en tratados de derechos humanos ampliamente aprobados. Más allá, áreas emergentes de la protección constitucional —incluyendo las garantías de igualdad sobre la base del estatus de cuidadores, derechos explícitos a los ajustes razonables y a la educación inclusiva, y protecciones explícitas contra la discriminación sobre la base de la orientación sexual e identidad de género— indican que la continua expansión es tanto probable como necesaria para garantizar la igualdad de derechos para todos.

Desde una perspectiva práctica, las garantías de igualdad de derechos constitucionales pueden y han facilitado el acceso a la educación, empleos y a la atención médica, y han proveído a las personas la libertad de llevar una vida autodirigida. Sin embargo, igualmente y quizás más importantes, son los impactos de las constituciones en las normas y valores compartidos, y el poder expresivo que tiene su lenguaje para ratificar la dignidad común, la humanidad y la igualdad de derechos de todos.

• BIBLIOGRAFIA

Bertrand, M. y Mullainathan, S. (2004)

'Are Emily and Greg More Employable than Lakisha and Jamal? A Field Experiment on Labor Market Discrimination', *The American Economic Review*, 94(4):991- 1013. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3592802> (Consulta: 23 agosto 2021).

Comité de Derechos Humanos (1993)

Comentario general N° 22 (48) (art. 18) 1/. Documento No. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.4&Lang=en (Consulta: 23 agosto 2021).

Comité de Derechos Humanos (2000)

Observación general N° 28 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3). Documento No. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.10&Lang=en (Consulta: 23 agosto 2021).

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)

Organización de Naciones Unidas. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/12/19901218%2008-12%20AM/Ch_IV_13p.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)

Organización de Naciones Unidas. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1954/04/19540422%2000-23%20AM/Ch_V_2p.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Corte Suprema de México (2012)

Rol 1387/2012. Amparo En Revisión. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2012/10/2_139091_1794.doc (Consulta: 23 agosto 2021).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Organización de Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (Consulta: 23 agosto 2021).

Fredman, S. (2016)

Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law. Bruselas, Reino Unido: Comisión Europea. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d73a9221-b7c3-40f6-8414-8a48a2157a2f> (Consulta: 23 agosto 2021).

Heymann, J., Sprague, A. y Raub, A. (2020)

Advancing Equality: How Constitutional Rights Can Make a Difference Worldwide. Oakland: University of California Press. Disponible en: <https://www.luminosoa.org/site/books/m/10.1525/luminos.81/> (Consulta: 23 agosto 2021).

ILGA World (2019)

Homofobia de Estado: Actualización del panorama global de la legislación. Disponible en: https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2019.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Mahlangu and Another v. Minister of Labour and Others (2020)

Corte Constitucional de Sudáfrica. CCT306/19, ZACC 24. Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2020/24.html> (Consulta: 23 agosto 2021).

Majumdar, S. y Villa, V. (2020)

In 2018, Government Restrictions on Religion Reach Highest Level Globally in More than a Decade. Disponible en: https://www.pewforum.org/wp-content/uploads/sites/7/2020/11/PF_11.10.20_religious_restrictions_full_report.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Moeller, J., et al. (2015)

'Assessing the Relationship between Dental Appearance and the Potential for Discrimination in Ontario, Canada', *SSM-Population Health*, 1: 26-31. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ssmph.2015.11.001> (Consulta: 23 agosto 2021).

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Home Affairs and Others (1999)

Corte Constitucional de Sudáfrica. ZACC 17. Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/17.html> (Consulta: 23 agosto 2021).

Nussbaum, M. (2001)

'India: Implementing Sex Equality through Law', *Chicago Journal of International Law*, 2(1):35-58. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss1/4/> (Consulta: 23 agosto 2021).

Organización Internacional del Trabajo (2018)

Informe Mundial sobre Salarios 2018/19: Qué hay detrás de la brecha salarial de género. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_712957.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Organización Internacional del Trabajo (2020)

Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_735627.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Organización Internacional para las Migraciones (2019)

Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020. Disponible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020> (Consulta: 23 agosto 2021).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Organización de Naciones Unidas. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf> (Consulta: 23 agosto 2021).

Pacto Internacional de Derechos, y Políticos (1966)

Organización de Naciones Unidas. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Schur, L. y Adya, M. (2013)

‘Sideline or Mainstreamed? Political Participation and Attitudes of People with Disabilities in the United States’, Social Science Quarterly, 94(3):811-839. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1540-6237.2012.00885.x> (Consulta: 23 agosto 2021).

Siddique, Z. (2011)

‘Evidence on Caste Based Discrimination’, Economía laboral, 18(1):S146-S159. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.labeco.2011.07.002> (Consulta: 23 agosto 2021).

Sprague, A., Raub, A. y Heymann, J. (2020)

‘Providing a Foundation for Decent Work and Adequate Income during Health and Economic Crises: Constitutional Approaches in 193 Countries’, International Journal of Sociology and Social Policy. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/IJSSP-07-2020-0358> (Consulta: 23 agosto 2021).

UNESCO (2020)

Informe de seguimiento de la educación en el mundo 2020: informe sobre género, Una nueva generación: 25 años de esfuerzos en favor de la igualdad de género en la educación. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375470> (Consulta: 23 agosto 2021).

United Nations (2016)

Leaving No One Behind – The Imperative of Inclusive Development: Report on the World Social Situation 2016. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/dspd/world-social-report/rwss2016.html> (Consulta: 23 agosto 2021).

Wing, A.K. (2008)

‘The South African Constitution as a role model for the United States’, Harvard Blackletter Law Journal, 24:73.

World Economic Forum (2019)

Global Gender Gap Report 2020.

Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

World Health Organization (2013)

Global and regional estimates of violence against women. Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence. Disponible en: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241564625> (Consulta: 23 agosto 2021).

B

sección

"Pueblos indígenas"



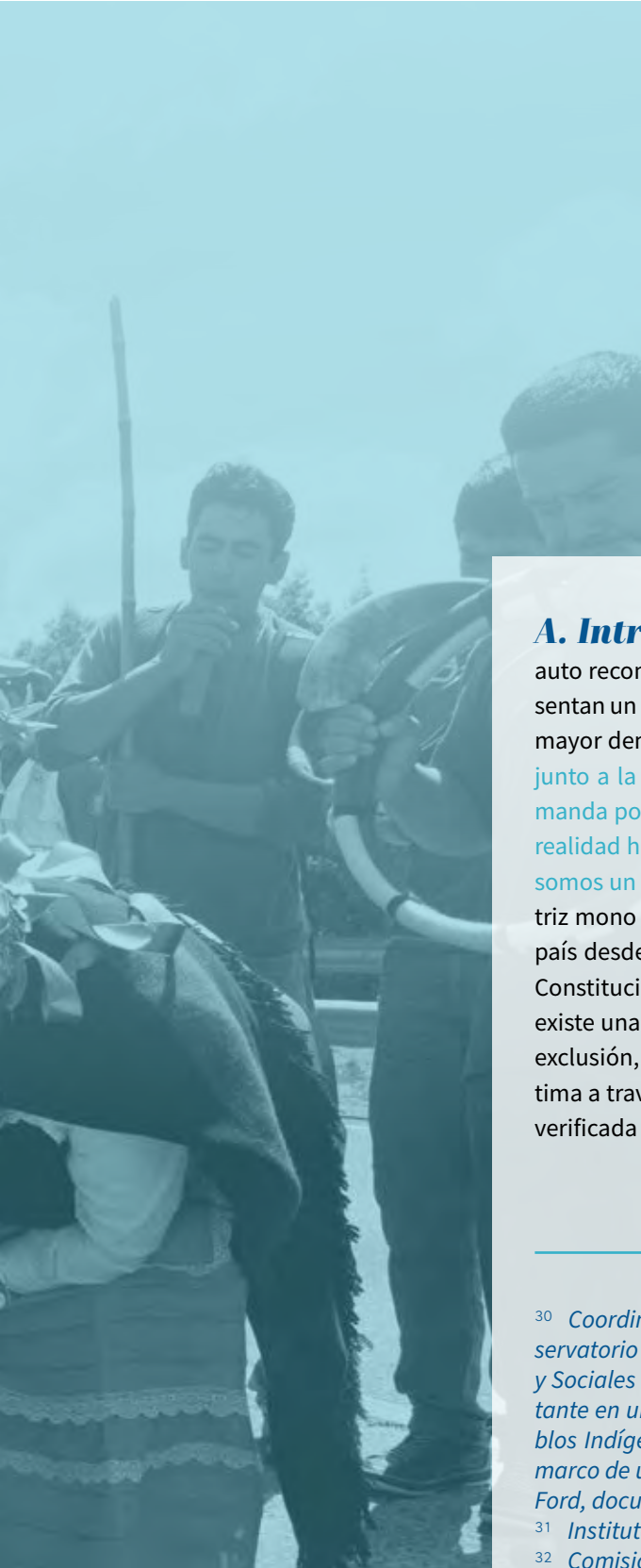




Los derechos de pueblos indígenas en la nueva Constitución

José Aylwin³⁰

DOI: 10.53110/GVDQ5345



A. Introducción: Con más de 2 millones de personas (2.158.792) auto reconocidas como perteneciente a un pueblo indígena, las que representan un 12,8% de la población total del país,³¹ Chile es uno de los países de mayor demografía proporcional indígena en América Latina. Esta realidad, junto a la emergencia de procesos organizativos y de movilización en demanda por sus derechos políticos y territoriales, ha venido a visibilizar una realidad hasta ahora negada desde la conformación de la república; el que somos un país compuesto por una diversidad de pueblos. En efecto, la matriz mono étnica del Estado se ha reflejado en todas las constituciones del país desde el nacimiento de la república hasta ahora, incluyendo la actual Constitución Política de la República (CPR de 1980), para la cual en Chile existe una sola nación; la chilena. También se ha reflejado en la política de exclusión, asimilación y apropiación de sus territorios ancestrales, esta última a través de un proceso de anexión y ocupación forzada de los mismos verificada desde mediados de Siglo XIX.³²

³⁰ Coordinador del Programa de Globalización y Derechos Humanos del Observatorio Ciudadano, Profesor adjunto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile. Este artículo se basa en parte importante en un documento de trabajo escrito por el autor el 2020 titulado “Pueblos Indígenas y Nueva Constitución” para el Observatorio Ciudadano en el marco de una propuesta de trabajo apoyada por Unión Europea y Fundación Ford, documento que se encuentra actualmente en publicación.

³¹ Instituto Nacional de Estadística, 2017.

³² Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2008.

Luego del término de la dictadura, la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas reconoció a las “etnias” indígenas, así como algunos derechos sobre sus tierras y culturas. A ello se agrega el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 (en adelante Convenio 169),³³ ratificado por el Estado chileno el 2008. Dicho Convenio, a cuyos contenidos nos referiremos más adelante en este artículo, junto con reconocer a los pueblos indígenas como tales, establece un conjunto de derechos colectivos de carácter político, territorial, económico, social y cultural de los que son titulares estos pueblos.

Tras 27 años de vigencia de dicha legislación, y más de una década de vigencia del Convenio 169 en Chile, sin embargo, las políticas impulsadas desde el Estado —caracterizadas por la contradicción entre el discurso del reconocimiento y la práctica de la imposición a dichos pueblos de un modelo de desarrollo económico sustentado en la explotación de recursos naturales para los mercados globales—, no han logrado poner término a las profundas desigualdades y discriminaciones que han afectado a estos pueblos y han sido características de la matriz mono étnica y cultural referida.³⁴ Tampoco han logrado dar respuesta a las reclamaciones de los pueblos indígenas para la restitución de sus tierras de ocupación tradicional.³⁵ Esta situación, agravada con el desarrollo de inversiones extractivas y productivas que afectan a los territorios indígenas (forestales y de salmonicultura en el sur y mineras en el norte), ha generado una creciente conflictividad, que se evidencia con mucha intensidad en el caso del territorio de ocupación tradicional mapuche al sur del Bío Bío.³⁶

Lo anterior determina la urgencia de abordar la realidad de los pueblos indígenas, sus derechos, y su relación con el Estado de Chile en la Constitución que surgirá de la Convención Constitucional. En este artículo se entregan primeramente algunos antecedentes sobre los pueblos indígenas, su visión y su participación en el proceso constituyente en desarrollo. Luego se analizan los elementos que a juicio de este autor resulta fundamental tener en consideración para el abordaje de los derechos de pueblos indígenas en

³³ *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.*

³⁴ *Entre estas desigualdades y discriminaciones se encuentran la de carácter económica, reflejada en los elevados índices de pobreza existentes en la población indígena, los que duplican el de la población no indígena; la discriminación política, evidenciada en la sub representación indígena en instancias electivas, como el Congreso Nacional; y la discriminación de que son objeto los indígenas por parte de las fuerzas policiales del Estado y la justicia, esta última evidenciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia en el caso Norín Catriman y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, 2014.*

una nueva Constitución; en particular las demandas de sus organizaciones al respecto; los contenidos del derecho internacional aplicable a estos pueblos; y la experiencia constitucional comparada, en particular en América Latina donde hay mayor desarrollo en la materia.

Si bien en el estallido social de octubre de 2019 que gatilló el proceso constituyente actual los pueblos indígenas no fueron los actores protagónicos,³⁷ éstos se han involucrado en forma activa en él. Muchas de sus organizaciones representativas han visto en este proceso una posibilidad de lograr el reconocimiento jurídico de sus derechos y el establecimiento de nuevas formas de relación con el Estado y el pueblo chileno.³⁸ En efecto, organizaciones mapuche, aymara y atacameñas, entre otras, se han manifestado partidarias de la participación indígena en este proceso no sólo como una manera asegurar el reconocimiento constitucional de su existencia y derechos internacionales, sino también el carácter plurinacional del Estado.³⁹

Teniendo presente el derecho que el Convenio 169 (artículo 6.1.b) y otros instrumentos internacionales aplicables reconocen a los pueblos indígenas a participar en la misma medida que otros sectores de la población en la adopción de decisiones en instituciones electivas del Estado, dichos pueblos y sus organizaciones promovieron el 2020 una reforma constitucional a objeto de obtener escaños reservados proporcionales a su población en la Convención Constitucional. Tras casi un año de debate, el parlamento aprobó en diciembre pasado dicha reforma, reservando un total de 17 escaños (7 para el pueblo mapuche, 2 para el pueblo aymara, y uno para cada uno de los demás pueblos reconocidos en la ley) del total de 155 convencionales a ser electos.⁴⁰ Aunque la reforma exige como regla la identificación previa de la calidad indígena por el Estado para votar por los candidatos a escaños reservados indígenas, sin considerar el derecho a la auto identificación reconocido en el Convenio 169, y resultó tardía en el tiempo para posibilitar la inscripción de candidatos indígenas en el Servicio Electoral, ella

B.

Los pueblos indígenas y el proceso constituyente

³⁵ *Observatorio Ciudadano y Central Unitaria de Trabajadores, 2018.*

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Sus banderas, sin embargo, en especial la wenufoye mapuche, estuvieron presentes en las masivas manifestaciones como símbolo de resistencia frente a la persistencia de la institucionalidad impuesta por la dictadura, y a las injusticias que ha generado.*

C. **Elementos fundamentales a tener en consideración para el abordaje de los derechos de pueblos indígenas en una nueva Constitución**

determinó en menos de un mes la inscripción de un total de 185 candidatos convencionales de todos los pueblos indígenas.⁴¹ *Se trata en cualquier evento de un hito histórico, toda vez que será primera vez que los pueblos indígenas en Chile participarán, junto al pueblo chileno, en la elaboración de una carta fundamental que establezca nuevas bases de convivencia interétnica e intercultural en el país.*

A continuación se desarrollan los tres antecedentes antes referidos que en opinión de este autor deben ser tomados en consideración para identificar los contenidos de una nueva constitución en materia de derechos de pueblos indígenas y en lo referido a la relación entre estos pueblos, el Estado y el pueblo chileno.

1. Las demandas de los pueblos indígenas para la nueva Constitución

Si bien existen al interior de los pueblos indígenas tantas visiones sobre una nueva Constitución y sobre sus contenidos como al interior del pueblo chileno, no es menos cierto que en los últimos años se han venido esbozando a través de sus organizaciones representativas propuestas tanto en relación a la participación proporcional de pueblos indígenas en el órgano constituyente democráticamente electo que debe elaborar una nueva Constitución, como sobre los contenidos mínimos que ella debe considerar. Sin perjuicio de las propuestas que emerjan de los representantes de pueblos indígenas en calidad de convencionales en el órgano constituyente, ellas constituyen un antecedente fundamental a ser considerado en los contenidos de la nueva Constitución. Así por ejemplo, el partido político mapuche Wall-mapuwen, de corta vida legal, el movimiento mapuche Identidad Territorial Lafkenche, la Asociación de Municipalidades con Alcalde Mapuche (AMCAM) –entidad que agrupa a nueve municipios del centro sur del país–, y el Consejo de Pueblos Atacameños, entre otras organizaciones, junto con promover la Asamblea Constituyente como mecanismo para la elaboración

³⁸ *Algunas organizaciones mapuche, como el Consejo de Todas las Tierras y la Coordinadora Arauco Malleco, sin embargo, se han mostrado reacias a participar del proceso constituyente. En el primer caso argumentan que el reconocimiento constitucional de derechos indígenas y de la plurinacionalidad en América Latina no ha resultado en transformaciones en las estructuras estatales, y que los pueblos indígenas ya gozan del derecho de libre determinación. En el segundo caso argumentan que las luchas mapuche deben centrarse en el control territorial y la autonomía. Ver Aylwin, 2020.*

³⁹ Marimán, 2017, pp. 32-72.

⁴⁰ Cámara de Diputados, 2020.

⁴¹ *De ellas solo 12 fueron rechazadas por el Servicio Electoral (Servicio Electoral, 2021).*

constitucional, exigiendo la participación indígena en ella, han venido proponiendo por años el que la nueva carta fundamental reconozca a los pueblos indígenas y los derechos colectivos que les asisten, así como el carácter plurinacional del Estado.⁴²

Está última demanda se vio reforzada en el proceso participativo constituyente indígena impulsado bajo el segundo gobierno de Bachelet, en cuya sistematización se constata como acuerdo de los participantes indígenas, que el Estado plurinacional incluye:

“ ”

(...) reconocimiento de la diversidad cultural del país y la inclusión efectiva de los distintos pueblos que permita la expresión de esta diversidad y su participación en las decisiones del país, y sobre todo de las [que] afectan directamente a los pueblos indígenas y sus territorios.

(...) respeto a la autodeterminación de cada pueblo, permitiéndoles establecer sus prioridades de desarrollo.

(...) fortalecimiento de la cultura de los pueblos indígenas, en particular de las estructuras organizativas y representativas, por medio de su participación en la toma de decisiones a nivel político. Al ser plurinacional, hay una convivencia de las estructuras organizativas de cada nación en igualdad de condiciones, resguardándose con ello, el respeto a las normativas propias de los pueblos indígenas.⁴³

Otra de las demandas centrales que emergieron en este proceso fue la del derecho a la autodeterminación política de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación fue entonces concebida de la siguiente manera:

“ ”

Los pueblos indígenas deben contar con sus propias instituciones de autogobierno, es decir, con una organización social y política basada en sus principios culturales, nociones y que reconozca la importancia de instituciones tradicionales.

“ ”

La demanda por mecanismos que garanticen la representación efectiva en el sistema político chileno: (...) cupos parlamentarios, (...) instalación de un parlamento indígena (incluso se menciona, específicamente, un parlamento mapuche), (...) reorganización de las estructuras de poder local, reconociendo las instituciones políticas territoriales fundamentales”.⁴⁴

⁴² Marimán, 2017.

⁴³ Ministerio de Desarrollo Social, 2017b, p. 69.

⁴⁴ *Ibíd*, p. 76.

En el contexto de la consulta con pueblos indígenas sobre el texto constitucional que les concernía, impulsado también por el gobierno de Bachelet el 2017, los participantes indígenas plantearon, además de la plurinacionalidad, el reconocimiento de los territorios indígenas, de los derechos de pueblos indígenas sobre los recursos naturales, y del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en la nueva Constitución. A ello agregaron, además, el reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴⁵

La constitucionalización de los derechos de pueblos indígenas contenidos en estos instrumentos internacionales, en particular el Convenio 169 de la OIT, será sin duda materia de un debate en el órgano constituyente. Dicho debate se dará con certeza en relación al valor y jerarquía de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. Recordemos que ya al amparo del artículo 5° inciso 2° de la CPR vigente han sido considerados como vinculantes y de aplicación preferente en el derecho interno, erigiéndose como un límite material sobre todo el ordenamiento jurídico, tanto por la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

2. El derecho internacional aplicable a los pueblos indígenas

Tanto porque los pueblos indígenas en Chile han incorporado en sus demandas la inclusión en la nueva carta fundamental de los derechos que les han sido reconocidos por el derecho internacional que les concierne, como por cuanto este derecho, como veremos más adelante en este artículo, ha tenido una influencia gravitante en los contenidos constitucionales contemporáneos en América Latina, es que referiremos aquí a los contenidos del derecho internacional aplicable a estos pueblos. Ello en particular al del Convenio 169 de la OIT y a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNU DPI),⁴⁶ esta última aprobada el 2007 con el voto favorable de Chile, cuyas disposiciones con mucha probabilidad estarán presente, sino orientarán, el debate de la Convención Constitucional en esta materia.

Entre los derechos que el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas y a los pueblos tribales,⁴⁷ como se señalará, están aquellos de carácter polí-

⁴⁵ *Op. Cit., Ministerio de Desarrollo Social, 2017b.*

⁴⁶ *Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.*

⁴⁷ *La categoría de pueblo tribal fue utilizada por la Ley N° 21.151 de 2019 al reconocer al pueblo afrodescendiente chileno. Por lo mismo el Convenio 169 de aplica también a este pueblo.*

tico, los de carácter territorial, y aquellos de naturaleza económica, social y cultural. Entre los primeros destacan el derecho a la consulta frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6. 1 y 2) y a participar en la misma forma que otros sectores de la población en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos (artículo 6 1.b). El Convenio también reconoce el derecho de estos pueblos a su autonomía, a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (artículo 7.1), a su derecho consuetudinario (artículo 8.1) y a conservar sus costumbres e instituciones propias (artículo 8.2). En materia de derechos territoriales reconoce a estos pueblos derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 14.1), el deber de los gobiernos de determinar y proteger dichas tierras e instituir procedimientos para dar respuesta a su reivindicación. También les reconoce derechos sobre sus territorios, los que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que estos pueblos ocupan o utilizan de alguna manera (artículo 13.2), el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentran en ellos (artículo 15.1); así como el derecho de consulta, indemnización por daño y participación en los beneficios frente a medidas de exploración o explotación en ellos de los recursos minerales o del subsuelo u otros recursos de propiedad del Estado (artículo 15.2). También el derecho a no ser trasladados de sus tierras y territorios sin su consentimiento (artículo 16.1). En cuanto los derechos culturales, el Convenio salvaguarda las instituciones y culturas de los pueblos indígenas (artículo 4.1) y dispone que los programas de educación deben ser adecuados culturalmente y su responsabilidad transferida a estos pueblos, y reconoce el derecho a sus propias instituciones y medios de educación (artículo 27). Igualmente reconoce su derecho a acceder a los regímenes de seguridad social (artículo 24), así como a servicios de salud adecuados, y a organizar bajo su responsabilidad y control estos últimos (artículo 25).

En cuanto a la DNUDPI, si bien no se trata de un instrumento del mismo valor que el Convenio 169 de la OIT, en ella se dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y que en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3). La misma Declaración dispone que en ejercicio de la libre determinación, estos pueblos tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones internas y locales (artículo 4). Como consecuencia de ello los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); a mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, sistemas jurídicos (artículo 34), así como a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o el uso de sus tierras, territorios y recursos (artículo 32). Junto a ello la DNUDPI refuerza el

derecho de los pueblos indígenas a que se recabe su consentimiento libre, previo e informado frente a medidas legislativas o administrativas que les afecten, estableciendo la obligación de los Estados de obtener el consentimiento, no sólo ante el traslado de los pueblos indígenas fuera de sus tierras o territorios (artículo 10), sino también ante la eliminación de materiales peligrosos (artículo 29) y el uso con fines militares de sus tierras y territorios (artículo 30). Finalmente, en materia de derechos culturales, la DNUDPI reconoce a estos pueblos el derecho a desarrollar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas, y mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales (artículo 12. 1); a revitalizar y utilizar sus historias, idiomas y tradiciones orales (artículo 13); y a desarrollar su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales y a la propiedad intelectual sobre éstos (artículo 31).

3. El derecho constitucional comparado en América Latina

De acuerdo a YRIGOYEN,⁴⁸ el reconocimiento constitucional de los derechos de pueblos indígenas en las constituciones políticas (CP) de América Latina se ha dado a través de tres ciclos de reformas a los Estados. El primer ciclo, en la década de los ochenta, se expresó en las constituciones políticas de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988), cuyos textos reconocen y protegen la diversidad cultural indígena, así como los derechos sobre la tierra. De especial interés es el caso de la CP de Nicaragua, la primera en reconocer el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en la región, al establecer el derecho de las comunidades de la Costa Atlántica a sus propias formas de organización social históricas y culturales, y a la libre elección de sus autoridades y representantes (artículo 180).⁴⁹ La CP entrega a la ley la organización del régimen de autonomías, la regulación de las atribuciones de sus órganos de gobierno y su relación con otros órganos del Estado (artículo 181). También relevante es la CP de Brasil (1988), que reconoció a los “indios” su organización social, costumbres, lenguas y creencias y los “derechos originarios” sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, estableciendo la obligación de la Unión de demarcarlas, protegerlas y hacer respetar sus bienes (artículo 231).⁵⁰

⁴⁸ *Al respecto ver Yrigoyen 2011, pp. 139-159.*

⁴⁹ *El Estado garantiza a las comunidades de la Costa Atlántica además el disfrute de sus recursos naturales y sus formas de propiedad comunal (artículo 180 CP Nicaragua).*

⁵⁰ *La CP de Brasil reconoce que se trata de "derechos originarios", admitiendo por tanto que son anteriores al Estado. Consecuentemente, el objetivo de la demarcación de las tierras indígenas es sólo precisar su extensión para asegurar la efectividad de la obligación que la CP impone al Estado de darles protección.*

Un segundo ciclo de reformas tuvo lugar en los noventa, bajo evidente influencia del Convenio 169. En dichas reformas se reconoció a los pueblos indígenas como sujetos colectivos; se incorporaron un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y de autonomía (Colombia 1991; México 2001); derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, y de carácter lingüístico y cultural. Dichas CP enfatizan la naturaleza pluricultural, multicultural o multiétnica de los estados (Colombia, 1991; México 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998; Venezuela, 1999); reconocen representación política especial indígena (Colombia y Venezuela) y el derecho consuetudinario indígena (México, Ecuador, Colombia y Perú), abriendo con ello camino a un pluralismo jurídico.

Las CP de Colombia, Ecuador y de México incorporan, además, derechos de autonomía o autogobierno a través de figuras como resguardos, entidades territoriales indígenas, circunscripciones territoriales indígenas, o municipios. La CP de Colombia, elaborada con participación de pueblos indígenas en el órgano constituyente,⁵¹ establece la representación indígena en el Congreso a través de dos senadores elegidos mediante circunscripción electoral nacional y un número de representantes de la Cámara determinado por ley (artículo 171). Además, protege a los resguardos indígenas como propiedad colectiva y no enajenable (artículo 329), reconoce las entidades territoriales (artículo 286) y su autonomía para la gestión de sus intereses (artículo 287). Dichos territorios serán gobernados por concejos conformados según usos y costumbres (artículo 330), reconociendo a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, con el límite de la CP y las leyes (artículo 246).

La reforma a la CP de México (2001) reconoce a estos pueblos el derecho a la libre determinación, “(...) en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional” (artículo 2). Dicha autonomía establece entre otros derechos de estos pueblos, el derecho a “(...) decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural” (I); a “(...) elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados”; (III) y a “(...) elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos” (IV).

⁵¹ Así en el caso de Colombia (1991) la Asamblea Constituyente integrada por ⁷⁴ miembros contó con dos escaños reservados para pueblos indígenas electos en un padrón especial y en representación proporcional a su población (cercana al 3%).

El tercer ciclo de reformas referido, denominado constitucionalismo plurinacional o constitucionalismo dialógico e intercultural, es producto de procesos constituyentes que contaron con activa participación indígena.⁵² Las CP a que estos procesos dieron origen –en Ecuador el 2008⁵³ y en Bolivia el 2009⁵⁴–, influenciadas por la DNU DPI aprobada por la Asamblea General de la ONU el 2007, reconocen la diversidad de pueblos y naciones en ellos existentes y pasan a definir los Estados como plurinacionales (artículo 1 CP de Ecuador; artículo 1 CP de Bolivia). La plurinacionalidad se ve enfatizada en el caso de Bolivia, con su incorporación en la estructura y organización del Estado a través de una Asamblea Legislativa Plurinacional, con circunscripciones especiales indígenas y con la participación proporcional de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC) (artículos.145-147), y de un órgano judicial y un tribunal constitucional con el mismo carácter y composición plurinacional (artículo 178).

Dichas CP proponen la interculturalidad como forma de relación entre los pueblos diferenciados que habitan en ellos, expresada en el deber del Estado de promover el buen vivir como legado cultural de los pueblos indígenas (samak kawsay en quichua) (Preámbulo CP Ecuador) o de proteger principios ético-morales de la sociedad plural de los conceptos indígenas, entre otros, el ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), el buen vivir o vida buena; y la tierra sin mal (artículo 8 CP Bolivia). *La CP de Ecuador, además, incluye un conjunto de derechos del buen vivir, entre ellos el derecho al agua y a la alimentación, al medio ambiente, a la comunicación e información, al hábitat y vivienda, el trabajo (artículo 12 y ss.). También incluye los derechos de la naturaleza (artículo 71), rompiendo con el paradigma predominante de que solo los individuos o los grupos pueden ser sujetos de derecho.*

También importante es el reconocimiento que hace la CP de Bolivia del derecho de las NPIOC a su libre determinación, el que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (artículo 2).

⁵² *La Asamblea Constituyente de Ecuador contó con participación de cinco asambleístas de pueblos indígenas de un total de 124, electos en distritos provinciales y nacionales, e insuficiente en relación a su población total (7% del total). Del total de 255 integrantes de la Asamblea Constituyente de Bolivia, el 56 % pertenecía a un grupo indígena-originario, la mayor parte quechua y aymara, muchos propuestos directamente por sus comunidades o incorporados en las listas del Movimiento al Socialismo del Presidente Morales (Garcés, 2010).*

⁵³ *Constitución de la República del Ecuador, 2008.*

⁵⁴ *Nueva Constitución Política de Bolivia, 2009.*

La CP de Ecuador, en tanto, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias formas de organización y convivencia social y de generación y ejercicio de autoridad en sus territorios; y el derecho a conformar circunscripciones territoriales indígenas (artículo 60). Las mismas cartas potencian el reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas y su administración por las autoridades indígenas de acuerdo a sus propias normas y procedimientos en base a su derecho propio, dentro de su ámbito territorial (artículo 171) y la jurisdicción indígena originaria campesina, la que se ejerce por sus propias autoridades en base a sus normas y procedimientos (artículos 179 y 190).

Finalmente, ambas CP reconocen los derechos territoriales indígenas, incluyendo la posesión y propiedad ancestral de sus tierras y territorios (artículo 57 CP Ecuador y artículos 2 y 30 CP Bolivia); derechos de usufructo, conservación y administración de recursos naturales (artículo 57 CP Ecuador); y su participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículo 30 CP Bolivia). Al respecto, la CP de Ecuador reconoce a los pueblos indígenas derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, a la participación en los beneficios de su explotación (artículo 57), y la de Bolivia, el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (artículo 30).

Los antecedentes referidos en este artículo –las demandas de pueblos indígenas, el derecho internacional aplicable a estos pueblos y el derecho constitucional comparado en la materia– con certeza estarán presentes en el debate de la Convención Constitucional. Ellos, además de ser planteados por los convencionales indígenas que la integrarán, serán también respaldados por aquellos sectores que promoverán que la nueva carta fundamental tenga un enfoque de derechos humanos. Por lo mismo no podrán ser ignorados por los representantes de partidos políticos conservadores que hasta ahora han sustentado la noción del Estado mono étnico excluyente prevaleciente en el constitucionalismo republicano a la fecha.

Teniendo presente la evolución del derecho constitucional comparado en América Latina en la materia, **es previsible que los contenidos de la nueva carta fundamental a ser propuestos a la ciudadanía por el órgano constituyente en Chile, se asemejen más a los del tercer ciclo de reforma del Estado –esto es el del constitucionalismo plurinacional e intercultural– que a los contenidos de anteriores ciclos.**

D.

Reflexiones finales

En cualquier evento, resultará fundamental que el contenido de la nueva Constitución en esta materia sea sometido a un proceso de consulta a los pueblos indígenas. Ello dado que una Constitución, es claramente una medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, la que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales reseñados, debe serles consultada de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias, a objeto de lograr su acuerdo o consentimiento (artículo 6.1 y 2). Igualmente relevante, y también de conformidad con lo dispuesto por el Convenio 169 y la interpretación que sus órganos autorizados han dado al derecho de consulta, ésta debe realizarse con la debida antelación, y por lo mismo en las etapas previas de este proceso.⁵⁵

La inclusión de los derechos colectivos de pueblos indígenas en la nueva Constitución, y el repensamiento en ella del carácter mono étnico del Estado para dar cuenta de la plurinacionalidad que existe en su interior, por si sola no logrará poner término a las profundas injusticias y exclusiones que han afectado por tan largo tiempo a dichos pueblos en el país, como también ha ocurrido en otros contextos de América Latina. No obstante ello, puede constituir un paso fundamental para comenzar a revertir dichas injusticias y exclusiones y para avanzar en la superación del que hoy constituye uno de los conflictos socio políticos más críticos del país, permitiendo una mejor convivencia entre el Estado y el pueblo chileno y los pueblos indígenas. Esperemos que quienes integran la Convención Constitucional entiendan la enorme oportunidad que el proceso constituyente brinda para avanzar en esta dirección.

⁵⁵ Organización Internacional del Trabajo, 2013.

• BIBLIOGRAFIA

Aylwin, J. (2020)

'Pueblos indígenas en el proceso constituyente de Chile. Un desafío pendiente', Debates indígenas, 1 de diciembre. Disponible en: <https://debatesindigenas.org/notas/80-chile-desafio-pendiente.html> (Consulta: 10 enero 2021).

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2008)

Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago: Colorama.

Comisión Económica para América Latina (2014)

Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía. Santiago: Naciones Unidas.

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Registro Oficial 449, 20 octubre.

Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales (1989)

Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169 (Consulta: 20 enero 2021).

Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf (Consulta: 10 enero 2021).

Garcés, F. (coord.) (2010)

El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado. La Paz: Preview Gráfica. Disponible en: https://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf (Consulta: 10 enero 2020).

Instituto Nacional de Estadística (2017)

Censo de población 2017. Disponible en: <http://www.censo2017.cl/> (Consulta: 28 enero 2021).

Marimán, J. (2017)

'Nueva constitución, Estado plurinacional y autonomía Mapuche', en Aylwin, J. y Marimán, J., Proceso constituyente en Chile. Análisis crítico desde la perspectiva de los derechos humanos y la plurinacionalidad. Temuco: Observatorio Ciudadano, pp. 32-72. Disponible en: <https://observatorio.cl/proceso-constituyente-en-chile-analisis-critico-desde-la-perspectiva-de-los-dd-hh-y-de-la-plurinacionalidad/> (Consulta: 10 enero 2021).

Ministerio de Desarrollo Social (2017a)

Sistematización. Proceso de Consulta Constituyente Indígena. Informe Final. Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en: <http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/pdf/upload/Informe%20Nacional%20CONSULTA%20PREVIA%20INDIGENA.pdf> (Consulta: 23 agosto 2021).

Ministerio de Desarrollo Social (2017b)

Sistematización del proceso participativo constituyente indígena. Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en: http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/null/0/1/b/01b50c3f321987047f-9683dcd25c7012bf38473fa0eb0e012ef868e49f8668b7/_home_aristoteles_documentos_PC_CCO_DT_37.pdf (Consulta: 23 agosto 2021).

Norín Catrیمان y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile (2014)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2014/07/Sentencia-Norin%23U0301n-Catriman-y-otros-Corte-IDH.pdf> (Consulta: 20 enero 2021).

Nueva Constitución Política de Bolivia (2009)

Disponible en: <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/> (Consulta: 20 enero 2021).

Observatorio Ciudadano y Central Unitaria de Trabajadores (2018)

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales a 10 años de su ratificación por el Estado de Chile: Análisis crítico de su cumplimiento. Santiago-Temuco: Observatorio Ciudadano.

Organización Internacional del Trabajo (2013)

Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.169) Manual para los mandantes tripartitos. Ginebra: OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2013/113B09_17_span.pdf (Consulta: 25 enero 2021).

Servicio Electoral (2021)

Resoluciones de aceptación y rechazo de candidaturas elecciones Abril 2021. Disponible en: <https://www.servel.cl/resoluciones-de-aceptacion-y-rechazo-de-candidaturas-elecciones-abril-2021/> (Consulta: 20 enero 2021).

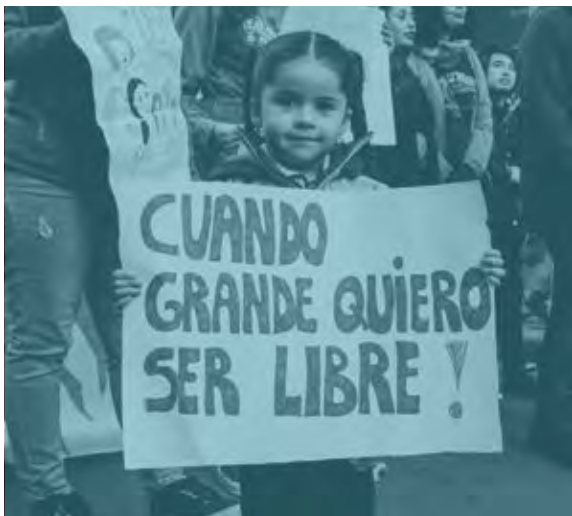
Yrigoyen, R. (2011)

‘El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización’, en Rodríguez, C. (coord.), El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 139-159.

C

sección







El derecho constitucional de las mujeres a la igualdad: Una perspectiva comparada

Meghan Campbell⁵⁶

DOI: 10.53110/QYNX2344

A. Introducción: La lucha por conseguir los derechos humanos de las mujeres se ha centrado en el derecho a la igualdad. Aunque existe la promesa de conseguir derechos para las mujeres a través del derecho constitucional a la igualdad, todavía quedan grandes desafíos. Posiblemente el mayor de ellos es determinar qué significa proteger el derecho a la igualdad de la mujer. ALBERTYN observa que la plasticidad de la igualdad significa que siempre está abierta a diferentes interpretaciones.⁵⁷ El derecho a la igualdad debería ser interpretado con el fin de conseguir un trato igualitario entre hombres y mujeres o el derecho constitucional a la igualdad debería de intentar transformar las relaciones de género, normas y estructuras? Los tribunales cupulares han lidiado con esta cuestión en todo el mundo. Existen tendencias comunes, y tanto diferencias significativas como sutiles sobre cómo distintos tribunales protegen el derecho a la igualdad de la mujer. Basándose en la jurisprudencia de EE.UU., Canadá, Sudáfrica, el Reino Unido, India y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), este capítulo explora cuatro temas claves: (1) el encuadre del derecho a la igualdad; (2) el significado de igualdad; (3) interseccionalidad; y (4) las justificaciones para limitar la igualdad de la mujer. Se espera que este capítulo pueda informar el proceso actual de redacción constitucional en Chile y brindar información para la estructuración del derecho a la igualdad.

⁵⁶ Profesora titular de la Universidad de Birmingham y subdirectora del Oxford Human Rights Hub.

⁵⁷ Albertyn, 2018, pp. 441 y 442.

B.

Enmarcando el derecho a la igualdad

Todas las constituciones enmarcan de manera única el derecho a la igualdad de la mujer. En algunas puede haber una garantía amplia del derecho a la igualdad que no haga referencia específica a la igualdad de las mujeres. La 14ª enmienda a la Constitución de los Estados Unidos es un ejemplo de este enfoque: “(...) ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”. Otras jurisdicciones como las de India y Reino Unido⁵⁸ específicamente aclaran que el derecho a la igualdad aplica a la mujer. Por ejemplo, el Artículo 15 de la Constitución de la India declara que “el Estado no deberá discriminar a ningún ciudadano por la sola razón de la religión, raza, casta, sexo, lugar de nacimiento, o cualquiera de ellos”.

Las constituciones de Canadá, Sudáfrica e India también garantizan específicamente la igualdad de las mujeres, pero de una manera ligeramente más detallada. Junto con prohibir la discriminación de género, el artículo 14 de la Constitución de la India garantiza que “el Estado no deberá negar a ninguna persona la igualdad ante la ley o la igualdad de protección de las leyes”. La Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertad se expande a partir de la garantía de igualdad de la Constitución de India. Establece que cada mujer es: “igual frente y bajo la ley y tiene derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley, sin discriminación”. Similarmente, Sudáfrica garantiza la igualdad de la mujer ante la ley y su derecho a la protección y beneficio de la ley.⁵⁹ Sin embargo, en el artículo 9(3) añade un calificativo a la prohibición de la discriminación: “El Estado no podrá discriminar injustamente, directa o indirectamente, a ninguna persona”. La Constitución de Sudáfrica condena sólo las discriminaciones “injustas” y, bajo la sección 9(5), la discriminación basada en el sexo y el género se presumen injustas. Las constituciones de Canadá, Sudáfrica e India permiten al Estado adoptar medidas de acción afirmativa para acelerar el alcance de la igualdad de las mujeres.⁶⁰

Por último, el artículo 1 de la CEDAW contiene una detallada definición:

⁵⁸ Sección 4 de la Ley de igualdad del 2010; Artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconocido domésticamente por la Ley de Derechos Humanos de 1998.

⁵⁹ Artículo 9(1) de la Constitución de Sudáfrica.

⁶⁰ Artículo 15(2) de la Constitución de Canadá; Artículo 9(2) de la Constitución de Sudáfrica y Artículo 15(3) de la Constitución de la India.



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

Estas diferencias textuales pueden afectar el alcance de la protección constitucional. El resto de este capítulo explora cómo estas diferencias se manifiestan en la protección constitucional del derecho de las mujeres a la igualdad.

A través de las jurisdicciones, el concepto de igualdad y no discriminación es esencial. Estos términos, sin embargo, son raramente definidos en textos constitucionales. El significado de la igualdad ha evolucionado en el tiempo, desde una aplicación matemática de tratamiento igualitario consistente, a una valoración más holística que busca transformar las relaciones de género, las normas y las estructuras.

1. Los límites de la igualdad formal

La igualdad formal o de jure se orienta a brindar un tratamiento consistente entre grupos similares y permite el tratamiento diferenciado a grupos diferentes. Muchos casos de desigualdad hacia la mujer se mantienen, tales como la exclusión legal de las mujeres de algunos tipos de empleos.⁶¹ Aunque este modelo de igualdad puede diagnosticar y remediar evidentes desigualdades, también ha sido criticado no sólo por fracasar en conseguir la igualdad para la mujer sino por consolidar sus desventajas.

La igualdad formal no ofrece un marco moral para identificar cuándo los individuos y los grupos son similares y cuándo son diferentes.⁶² Históricamente, las mujeres han sido percibidas como diferentes a los hombres. Esta supuesta diferencia se ha usado para justificar el trato desigual hacia la mujer, incluyendo la prohibición para votar e incluso negándole derechos

C.

El significado de la igualdad

⁶¹ *Medvedeva v Federación de Rusia, 2016; US v Virginia, 1998.*

⁶² *Weston, 1982, p. 537.*

sobre su propio cuerpo. Los límites del paradigma similitud/diferencia de la igualdad formal salieron a la luz en el contexto del embarazo. En *Bliss v Canadá*, las mujeres embarazadas se consideraron diferentes de los hombres y las mujeres no embarazadas y, debido a esta diferencia, se les negaron los beneficios laborales.⁶³ Esforzarse por el trato igualitario consistente entre hombres y mujeres también falla en apreciar las diferencias precedentes. En *R vs. Jordan*, la mayoría del Tribunal Constitucional de Sudáfrica defendió la criminalización de las trabajadoras sexuales y no de los compradores de sexo. El Tribunal concluyó que la ley no era una discriminación de género injusta ya que la ley se aplicaba por igual a los trabajadores sexuales masculinos y femeninos.⁶⁴ Aunque la ley se aplica sistemáticamente a todas las trabajadoras sexuales, este enfoque no reconoció los patrones preexistentes de desventaja de género. En su aplicación, la ley de igualdad formal perpetuó un doble estándar de género, ya que sólo condenaba a las trabajadoras sexuales predominantemente mujeres y aceptaba o ignoraba a los clientes predominantemente hombres.⁶⁵ De manera similar, la igualdad formal no explica suficientemente los impactos diferenciados de un trato consistente. Las pruebas de aptitud física diseñadas utilizando el estándar aeróbico masculino para mujeres pondrán en desventaja a las mujeres de manera desproporcionada, ya que tienen una fisiología diferente.⁶⁶ Buscar un trato idéntico entre hombres y mujeres no cuestiona la supuesta neutralidad de las normas masculinas y, en la práctica, la igualdad formal requiere que las mujeres se ajusten a los patrones de vida masculinos.⁶⁷ Y por último, la igualdad formal es indiferente a si las mujeres son igualmente mejores o igualmente peores en comparación con los hombres; se satisface siempre que haya consistencia. Un ejemplo de cómo la igualdad formal permite la nivelación hacia abajo, es en *DA and DS v Secretary of State for Work and Pensions*, donde la Corte Suprema del Reino Unido concluyó que a pesar de las desproporcionadas cargas de cuidado que soportan las madres solteras, ellas fueron tratadas por igual, ya que todas las personas experimentaron por igual las dificultades económicas de la reforma de prestaciones.⁶⁸

2. La promesa de la igualdad sustancial

La interpretación formalista del derecho a la igualdad llevó a abogadas, académicas y activistas feministas a teorizar y defender un modelo de igualdad sustantivo o de facto. [La igualdad sustantiva busca trascender los](#)

⁶³ *Bliss v. Attorney General of Canada*, 1979.

⁶⁴ *S v Jordan*, 2002.

⁶⁵ *Ibíd.*, 64. *Sentencias discrepantes de O'Regan y Sachs JJ.*

⁶⁶ *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU*, 1999.

⁶⁷ *MacKinnon*, 1987.

⁶⁸ *(Appellants) v Secretary of State for Work and Pensions*, 2019.

problemas de la igualdad formal e infunde a la igualdad un con fundamento normativo. Reconoce que hombres y mujeres por razones históricas, biológicas, sociales y culturales no son iguales y que un trato diferenciado puede ser necesario para lograr la igualdad. El compromiso con la igualdad sustantiva se evidencia en los diferentes tipos de igualdad (igual bajo y ante, así como igual protección y beneficio de la ley) protegidos en el texto de la sección 15 de la Carta Canadiense y luego en la sección 9 de la Constitución de Sudáfrica discutidas anteriormente. Si bien la igualdad sustantiva ha sido criticada por ser un concepto amorfo,⁶⁹ es de hecho un modelo de igualdad muy sensible a las realidades contextuales de fondo y al impacto de las leyes, políticas y programas en la vida de las mujeres.

No existe una definición universalmente aceptada y diferentes jurisdicciones han adoptado entendimientos superpuestos de lo que significa lograr la igualdad sustantiva de las mujeres. Las Cortes Supremas de Estados Unidos e India se centran en el papel de los estereotipos. Si la ley se basa en normas estereotipadas o actitudes basadas en la superioridad de los hombres y la inferioridad de las mujeres, entonces violará el derecho constitucional a la igualdad. Leyes que se basan en supuestos de género sobre la dependencia económica⁷⁰ o en “generalizaciones sobre “la forma de ser de las mujeres”⁷¹ han sido derogadas por la Corte Suprema de Estados Unidos. El Tribunal Supremo de la India derogó las prohibiciones sobre el empleo y la entrada de la mujer en los espacios religiosos por basarse, entre otras cosas, en actitudes paternalistas y estereotipos de la mujer como sexo más débil.⁷² Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica y, durante cierto tiempo, el la Corte Suprema de Canadá, han puesto un énfasis primordial en la dignidad. En *Prinsloo v Van der Linde*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica sostuvo que la desigualdad significa “tratar a las personas de manera diferente de una manera que menoscaba su dignidad fundamental como derecho humano”.⁷³ La equiparación de la igualdad sustantiva con la dignidad requiere que la ley demuestre igual preocupación y respeto por las mujeres y mejorar su autoestima y valor moral. Más recientemente, la Corte Suprema de Canadá ha cambiado el análisis sustantivo de igualdad a la desventaja, y la pregunta clave es si la ley refuerza, perpetúa o exacerba la desventaja.⁷⁴ En *Fraser*, el juez Abella dio una definición amplia de desventaja que incluye desventajas históricas o económicas, exclusión social o política y daños psicológicos o físicos.⁷⁵

⁶⁹ *Fraser v Canada (Attorney General)*, 2020. *Sentencias discrepantes de Brown y Rowe JJ.*

⁷⁰ *Frontiero v Richardson*, 1973.

⁷¹ *US v Virginia*, 1998.

⁷² *Anuj Garg v Hotel Association of India*, 2008; *Indian Young Lawyers Association v The State of Kerala*, 2018.

⁷³ *Prinsloo v Van der Linde and Another*, 1997.

Los teóricos han sido críticos de los intentos judiciales de condensar la igualdad sustantiva en cualquier valor normativo singular.⁷⁶ En el centro de estas críticas está que la igualdad sustantiva requiere que los jueces y abogados comprendan que el contexto en el que ocurre la desigualdad es uno de condiciones sociales y económicas estructurales y sistémicas complejas,⁷⁷ y ellos deben comprender las estructuras, procesos, relaciones y normas que crean la desigualdad de las mujeres.⁷⁸ La igualdad sustantiva debe entenderse de una manera multifactorial que refleje las razones profundamente arraigadas de la desigualdad de la mujer y las diversas experiencias del patriarcado. FREDMAN sostiene que la igualdad sustantiva persigue cuatro objetivos superpuestos.⁷⁹ La primera dimensión busca romper los ciclos de desventaja que se concentran en grupos que históricamente han sido marginados. La segunda dimensión busca eliminar el estigma, los estereotipos y los prejuicios y promover la dignidad y el valor de todas las personas. La tercera dimensión busca amplificar las voces marginadas en todos los espacios de toma de decisiones políticas y sociales. Y la cuarta dimensión busca dismantelar las estructuras que se han construido sobre las normas dominantes y transformar las instituciones para que la diferencia no solo se acomode sino que se valore. El modelo de cuatro dimensiones de igualdad sustantiva se repite en todo el trabajo del Comité de la CEDAW.⁸⁰ El Comité de la CEDAW requiere que el Estado redistribuya los recursos y el poder entre hombres y mujeres (dimensión de desventaja).⁸¹ De manera crucial bajo este modelo de igualdad sustantiva, la acción afirmativa o medidas especiales temporales que buscan romper ciclos de desventaja de género -como cuotas de género o listas cortas de género en educación, empleo o participación política-, en lugar de ser anti-éticas, son un componente vital para la igualdad de las mujeres.⁸² El Comité CEDAW también exige la eliminación de roles de género rígidos (dimensión de reconocimiento); el desarrollo de estrategias para superar la subrepresentación de la mujer en todos los ámbitos de la vida pública y privada (dimensión de participación); y la transformación de las instituciones y sistemas para que “que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente” (dimensión estructural).⁸³ Las diferentes dimensiones se apuntalan y refuerzan mutuamente y el objetivo es buscar una síntesis o compromiso en lugar de sugerir una igualdad sustantiva que persigue uno de los objetivos a costa de aniquilar los demás.⁸⁴ **El marco de cuatro dimensiones ofrece un marco analítico matizado y de alta precisión para evaluar las demandas de igualdad constitucional de las mujeres.**

⁷⁴ *Kahkewistahaw First Nation v Taypotat*, 2015.

⁷⁵ *Op. Cit., Fraser v Canada (Attorney General)*, 2020, pár. 76.

⁷⁶ *Fredman*, 2016, p. 712.

⁷⁷ *Op. Cit., Albertyn*, 2018, p. 464.

⁷⁸ *Sheppard*, 2010.

⁷⁹ *Op. Cit., Fredman*, 2016.

⁸⁰ *Campbell*, 2018.

3. Discriminación directa e indirecta

El texto de muchas constituciones, como se discutió en la Sección I, crea una relación entrelazada entre discriminación e igualdad. El ejemplo más contundente de esto es el artículo 1 de la CEDAW, que sostiene que la discriminación contra la mujer es la desigualdad en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El lenguaje del Artículo 1 —discriminación es cualquier distinción "que tiene el efecto o propósito de"— también aclara que la CEDAW prohíbe la discriminación directa e indirecta.⁸⁵ La discriminación directa prohíbe las distinciones aparentes a primera vista que perpetúan un trato menos favorable sobre la base del sexo o género, como las prohibiciones al empleo de las mujeres o las restricciones a la posesión de tierras o herencias por parte de ellas.⁸⁶

Las estructuras institucionales aparentemente invisibles también perpetúan las desventajas de género. Las leyes neutrales pueden “exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de (...) [desventaja] y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre”.⁸⁷ En respuesta, *la ley ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta: una ley, política o práctica aparentemente neutral que impacta de manera desproporcionada y negativa sobre las mujeres*. Por ejemplo, se ha descubierto que los planes de pensiones que no tienen en cuenta el trabajo de cuidados no remunerados que realizan las mujeres en el hogar son indirectamente discriminatorios.⁸⁸ Al juzgar reclamos de discriminación indirecta por sexo o género, los tribunales van más allá de evaluar si la regla neutral es consistente con el derecho constitucional a la igualdad, y el enfoque analítico cambia para examinar el impacto de la ley en las mujeres. La intención de la ley o cualquier explicación potencial de por qué la ley crea este efecto desproporcionado contra las mujeres es analíticamente irrelevante.⁸⁹ Es igualmente poco importante en un análisis de discriminación indirecta si el Estado es responsable de crear o perpetuar la desventaja antecedente que experi-

⁸¹ *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 2004, pár. 25(8).

⁸² *Raday*, 2012; ver también *Dattatraya Motiram More v State of Bombay*, 1953.

⁸³ *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 2004, pár. 10.

⁸⁴ *Op. Cit.*, *Fredman*, 2016, p. 728.

⁸⁵ *Byrnes*, 2012.

⁸⁶ *ES and SC v Tanzania*, 2015.

⁸⁷ *Op. Cit.*, *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 2010, pár. 16.

⁸⁸ *Trujillo Calero v Ecuador*, 2018.

⁸⁹ *Essop v Home Office*, 2017; *Fredman*, 2018.

mentan las mujeres.⁹⁰ El corazón del reclamo de discriminación indirecta es una evaluación basada en los efectos, que busca comprender cómo una ley neutral interactúa con las desigualdades estructurales. La evaluación de la reclamación es altamente contextual. Para comprender plenamente el impacto desproporcionado de la ley neutral, el tribunal debe comprender la situación económica, política y social histórica y actual de las mujeres y el impacto de la ley específica sobre el terreno.⁹¹

D.

Sobre la base del sexo

En el marco constitucional del derecho a la igualdad de muchas jurisdicciones, sólo el trato desfavorecido "sobre la base de", "por" o "por razón de" ser mujer equivale a discriminación y desigualdad ante la ley.⁹² Es notable que varios textos constitucionales, incluidos la Constitución de la India, la Carta Canadiense, la Convención Europea de Derechos Humanos y la CEDAW, sólo se refieran a la discriminación basada en el sexo. El Reino Unido va un paso más allá, ya que la sección 4 de la Ley de Igualdad de 2010 protege explícitamente contra la discriminación por sexo y por embarazo. Sólo la Constitución de Sudáfrica se refiere a la discriminación por sexo y género. Es común en todas las jurisdicciones una interpretación amplia del sexo que incluye el género. El Comité CEDAW ha interpretado el sexo en el artículo 1 de la CEDAW para proteger tanto el derecho de las mujeres a la igualdad de sexo y de género. Explica que la igualdad de sexo se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer" y las "identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer".⁹³ Sigue existiendo incertidumbre sobre hasta qué punto la discriminación sexual o de género incluye a las mujeres transgénero o las identidades de género no binarias. En una decisión histórica, en *NALSA v Union of India*, la Corte Suprema de India reconoció a las personas transgénero como una tercera categoría de género.⁹⁴

Para garantizar el derecho de la mujer a la igualdad, es fundamental no esencializar la experiencia de discriminación de la mujer. El sexo y el género se intersectan con otras características de identidad, experiencias y

⁹⁰ *Op. Cit.*, *Fraser v Canada (Attorney General)*, 2020, párr. 69.

⁹¹ *Ibíd.*, párr. 71.

⁹² *Gardner*, 1998, p. 167.

⁹³ *Op. Cit.*, *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 2010, párr. 5.

⁹⁴ *National Legal Services Authority (NALSA) vs. Union of India*, 2012.

problemas transversales para crear una experiencia única de desigualdad. La desigualdad de las mujeres no puede condensarse exclusivamente en un solo eje, sino que se debe estar atenta a cómo el sexo y el género se cruzan con otros ejes de desventaja. La teoría de la interseccionalidad surgió en respuesta a la subordinación de las mujeres negras en Estados Unidos. La opresión racista y sexista de las mujeres negras no podía capturarse únicamente a través del lente de la raza o el género, sino que su subordinación debía entenderse como única, distinta y sinérgica.⁹⁵ El concepto de interseccionalidad ha evolucionado para tener en cuenta cómo una plétora de características de identidad —edad, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, pobreza, estatus migratorio, religión— se intersectan para crear redes reforzadas de desventajas de género.⁹⁶

La práctica de la ley de igualdad y discriminación no ha logrado incorporar plenamente los conocimientos de la teoría de la interseccionalidad. El texto de la constitución puede prevenir por sí mismo el pleno reconocimiento legal de las desigualdades interseccionales. El artículo 15(1) de la Constitución de la India prohíbe la discriminación sólo por motivos del sexo. La Corte Suprema de la India ha interpretado la expresión "sólo por motivos" como una prohibición de la protección constitucional de la discriminación interseccional.⁹⁷ El texto también puede no reconocer la naturaleza única y sinérgica de la discriminación interseccional y, en cambio, enmarcarla como aditiva, múltiple o compuesta. La sección 14 de la Ley de Igualdad del Reino Unido de 2010 reconoce explícitamente la discriminación combinada, aunque, en particular, esta disposición nunca ha entrado en vigor. El enfoque combinado de la interseccionalidad puede requerir que las mujeres prueben cada elemento de su afirmación por separado sin comprender la interacción única entre las características de identidad.⁹⁸ La sección 14 de la Ley de Igualdad de 2010 también restringe artificialmente la amplitud de la discriminación interseccional, ya que limita el análisis a la combinación de dos características protegidas relevantes. Incluso textos que tienen una disposición favorable y que ofrecen adentrarse en el reconocimiento de la discriminación interseccional, son insuficientes en sí mismos al no garantizar la comprensión de la discriminación interseccional.⁹⁹ Por ejemplo, en *Gosselin v Quebec*, la mayoría de la Corte Suprema de Canadá se centró miopemente en el motivo de la edad en la restricción de la disponibilidad de beneficios sociales para los menores de 30 años.¹⁰⁰ Este enfoque de eje

⁹⁵ Crenshaw, 1989, p. 139.

⁹⁶ Atrey y Dunne, 2020.

⁹⁷ *Air India v Nergesh Meezra*, 1982.

⁹⁸ Conaghan, 2007, p. 317.

⁹⁹ Atrey, 2019, p. 143.

¹⁰⁰ *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, 2002.

único ha sido fuertemente criticado por no captar el papel del género, la salud mental, la violencia y la situación socioeconómica en la perpetuación de las desigualdades en los beneficios sociales.¹⁰¹

El Comité CEDAW ofrece un enfoque innovador de la interseccionalidad que trasciende sus limitaciones textuales. A primera vista, la CEDAW adopta un enfoque de eje único para la discriminación de la mujer, ya que el artículo 1 de la CEDAW sólo prohíbe la discriminación contra la mujer por motivos de sexo. *El Comité CEDAW, sin embargo, ha adoptado un enfoque de la interseccionalidad que le permite, a través del fundamento único del sexo, abordar las desigualdades contra todas las mujeres. Sostiene que la discriminación contra la mujer está "está unida de manera indivisible" con otros factores que afectan a la mujer.*¹⁰² CAMPBELL explica que la CEDAW ha elegido un terreno específico: las mujeres, y adopta una concepción fluida y expansiva de la mujer que permite apreciar las diversas combinaciones y permutaciones de discriminación que las mujeres experimentan.¹⁰³ A través de este enfoque innovador, el Comité CEDAW toma en cuenta cómo el sexo y el género interactúan con una amplia gama de motivos de identidad tradicionales –raza, religión, discapacidad, orientación sexual– y con experiencias menos establecidas y factores transversales que incluyen la alfabetización, la condición de prisioneras y la pobreza. En *Teixeira v Brasil*, el Comité CEDAW demostró cómo este enfoque de la interseccionalidad puede funcionar en la práctica.¹⁰⁴ Las graves desigualdades en la atención de la salud que provocaron la muerte de Teixeira durante el parto estaban relacionadas no sólo con su género, sino también con su raza, ubicación geográfica y pobreza. Un enfoque igualmente fluido y expansivo es evidente en el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. Al concluir que excluir a las trabajadoras del hogar -que eran mujeres predominantemente negras- de las protecciones de la legislación laboral era una violación del derecho a la igualdad, la Corte empleó explícitamente un marco interseccional. Al tener en cuenta la interacción entre ocupación, género, raza y pobreza, la Corte prestó atención a las diferencias en privilegios, poderes y vulnerabilidades y a cómo las estructuras sociales dan forma a la experiencia de las personas marginadas.¹⁰⁵ *Una rica comprensión y aplicación de la interseccionalidad es tanto posible dentro de los marcos constitucionales de igualdad, como esencial para eliminar por completo la discriminación contra la mujer y lograr una igualdad sustantiva.*

¹⁰¹ Brodsky, 2003, p. 194.

¹⁰² *Op. Cit., Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 2010, pár. 18.

¹⁰³ Campbell, 2015, p. 479.

¹⁰⁴ *Da Silva Pimentel Teixeira v Brazil*, 2011.

¹⁰⁵ *Mahlangu v Minister of Labour*, 2020.

El derecho de las mujeres a la igualdad no es absoluto, y en determinadas circunstancias, puede limitarse para perseguir otros objetivos. Hay notables excepciones a esta tendencia general. En primer lugar, según la Ley de Igualdad del Reino Unido de 2010, la discriminación directa contra las mujeres no puede justificarse.¹⁰⁶ En segundo lugar, el Comité CEDAW ha sostenido que cualquier retraso en la implementación de una política nacional sobre la igualdad de la mujer "no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea político, social, cultural, religioso, económico o de recursos ni por otras consideraciones o carencias de un Estado".¹⁰⁷

La tendencia más pronunciada es permitir limitaciones. Algunos textos constitucionales delinearán explícitamente los criterios para limitar la igualdad de la mujer y otros guardan silencio, como la Constitución de Estados Unidos. La Convención Europea de Derechos Humanos, las constituciones canadiense y sudafricana contienen cláusulas explícitas de justificación. Como ejemplo, el artículo 36 de la Constitución de Sudáfrica sostiene:

Este es un análisis de proporcionalidad y se usa comúnmente a través de las jurisdicciones. El Estado debe demostrar que sus objetivos son lo suficientemente importantes como para justificar la limitación de la igualdad de las mujeres. Las medidas que se utilicen deben estar conectadas racionalmente con los objetivos del Estado y la medida debe menoscabar mínimamente la igualdad de la mujer. El tribunal también debe determinar si, en la ronda, se ha logrado un equilibrio justo entre la gravedad de las consecuencias para los derechos de la mujer y los intereses más amplios de la comunidad. En el contexto sudafricano, la sección 9(3) prohíbe la discriminación injusta y ha habido dudas sobre si la discriminación injusta puede alguna vez justificarse.¹⁰⁸ En otras jurisdicciones, el análisis de proporcionalidad puede desempeñar un papel fundamental en la protección de los derechos de igualdad de las mujeres. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos trasladó la mayor parte del análisis de igualdad y discriminación a la etapa de justificación de proporcionalidad.¹⁰⁹ Una ley o política es discriminatoria si "no tiene" ninguna justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue un "fin legítimo" o si "no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende realizar".¹¹⁰

E.

Justificación

“

“Los derechos de la declaración de derechos sólo pueden ser limitados en los términos de una ley de aplicación general en la medida de que la limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y libertad, teniendo en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo:

- a. la naturaleza del derecho;
- b. la importancia del propósito de la limitación;
- c. la naturaleza y extensión de la limitación;
- d. la relación entre la limitación y su propósito;
- e. y los medios menos restrictivos para alcanzar el propósito”.

¹⁰⁶ *R (E) v Governing Body of JFS, 2009; Op. Cit., Fredman, 2018.*

¹⁰⁷ *Op. Cit., Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2010, párr. 29.*

¹⁰⁸ *King NO and Others and De Jager and Others, 2021, párr. 141.*

¹⁰⁹ *Arnardottir, O.M., 2014, p. 647.*

La proporcionalidad, si bien es un análisis altamente estructurado, es sensible a la matriz fáctico-legal del reclamo. Por tanto, en el contexto de la igualdad de las mujeres existe una relación que se refuerza mutuamente entre la proporcionalidad y la igualdad sustantiva. Se debe prestar atención a la igualdad sustantiva de las mujeres a través de todos los aspectos del análisis de proporcionalidad y esto puede ayudar a generar ideas sobre la naturaleza y la estructura de la igualdad que de otro modo podrían eludir a los jueces.¹¹¹ Los tribunales canadienses y sudafricanos han sido criticados por condensar juntos el análisis de igualdad y proporcionalidad.¹¹² Si bien la igualdad puede ayudar a dar vida al análisis de proporcionalidad, las dos pruebas analíticas deben mantenerse conceptualmente distintas, ya que en la etapa de justificación la carga pasa al Estado.

La intensidad de la revisión de las razones del Estado para limitar el derecho de las mujeres a la igualdad varía según las jurisdicciones y puede variar según los diferentes aspectos de la igualdad. Bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el avance de la igualdad de género es un objetivo importante en los Estados miembros del Consejo de Europa, y por lo tanto el Estado debe ofrecer "razones muy importantes" para limitar la igualdad de la mujer.¹¹³ Por otro lado, EE.UU. utiliza un nivel intermedio de revisión.¹¹⁴ SIEGAL explica que este estándar más permisivo le da al gobierno más libertad, aunque observa que en jurisprudencia posterior la Corte Suprema de los Estados Unidos, en ocasiones, ha aplicado el estándar intermedio de revisión de una manera rigurosa.¹¹⁵ Incluso en jurisdicciones que requieren razones de peso para justificar la discriminación por sexo o género, esto puede cambiar según la naturaleza del reclamo de igualdad. En una serie de casos ante la Corte Suprema del Reino Unido, madres solteras argumentaron que reformas a las prestaciones eran discriminatorias contra las mujeres.¹¹⁶ La Corte aceptó que las reformas eran discriminatorias pero concluyó que la desigualdad estaba justificada. En lugar de emplear el marco de proporcionalidad, la mayoría de la Corte utilizó el test de razonabilidad (MWRP por sus siglas en inglés) que resulta más deferente. Bajo esta test, la Corte aceptará la medida estatal que limita la igualdad de las mujeres a menos que la medida sea "manifiestamente sin fundamento razonable".¹¹⁷

¹¹⁰ *JD and A v United Kingdom*, 2020, párr. 83.

¹¹¹ *Jackson*, 2017.

¹¹² *Lurie*, 2020, p. 174.

¹¹³ *JD and A v United Kingdom*, 2019, párr. 89.

¹¹⁴ *Craig v Boren*, 1976.

¹¹⁵ *Siegal*, 2010.

¹¹⁶ *DA; SG and other v Secretary of State for Work and Pensions*, 2015.

¹¹⁷ *Stec v United Kingdom*, 2006.

La mayoría de la Corte sostuvo que este estándar más deferente era necesario porque la discriminación de género se dio en el contexto de la política económica. Aunque históricamente la discriminación de género ha atraído un alto grado de escrutinio judicial, en el ámbito de la política económica y fiscal, los tribunales han sido muy deferentes con los poderes legislativo y ejecutivo. La discriminación de género dentro del ámbito de los beneficios sociales, según la Corte exigía dar al Estado un margen generoso a través de la aplicación del test de razonabilidad. Los votos disidentes, sin embargo, sostuvieron que no había áreas "prohibidas" para la igualdad sustantiva de las mujeres.¹¹⁸ La discriminación de género, incluso en la política fiscal, debería atraer un alto grado de intensidad y una revisión de proporcionalidad más rigurosa.

En este breve capítulo, no hay espacio para hacer justicia a la miríada de giros y vueltas jurisprudenciales en el derecho constitucional de las mujeres a la igualdad. Hay tres ideas clave de este análisis que pueden informar la redacción de un derecho a la igualdad en la constitución chilena. **En primer lugar, el encuadre del derecho a la igualdad es de vital importancia.** La constitución debe expresar claramente y a primera vista el compromiso del Estado con la igualdad sustantiva e interseccional de la mujer y aclarar que la constitución prohíbe la discriminación directa e indirecta contra la mujer. También debe requerir razones de peso para limitar la igualdad de la mujer y otorgar un mandato firme a los tribunales para que realicen un examen minucioso de las razones y las medidas, antes de que la desigualdad y la discriminación contra la mujer se puedan justificar. **En segundo lugar, a pesar del cuidado en la redacción de un derecho constitucional a la igualdad, los litigantes y los jueces tienen un papel primordial en dar sentido y concretamente arraigar el derecho a la igualdad.** La educación y la formación profesional continua en materia de igualdad de las mujeres serán siempre fundamentales. **En tercer lugar, la comprensión del papel del sexo y el género en la exacerbación y perpetuación de normas, actitudes, estructuras e instituciones opresivas evoluciona continuamente.** La desventaja de género de las mujeres muta y se transforma con el tiempo y el derecho constitucional a la igualdad debe entenderse como un derecho vivo y dinámico.

F.

Conclusión

¹¹⁸ *Op. Cit., DA; SG and other v Secretary of State for Work and Pensions, 2015, párr. 133.*

• BIBLIOGRAFIA

(Appellants) v Secretary of State for Work and Pensions (2019)
Corte Suprema del Reino Unido. UKSC 21.

Air India v Nergesh Meezra (1982)
Corte Suprema de India. SCR (1) 438.

Albertyn, C. (2018)
'Contested Substantive Equality in the South African Constitution: Beyond Social Inclusion Towards Systemic Justice', South African Journal of Human Rights, 34:441- 468.

Anuj Garg v Hotel Association of India (2008)
Corte Suprema de India. AIR 2008 SC 663.

Arnardottir, O. (2014)
'The Difference That Makes a Difference: Recent Developments on Discrimination Grounds and Margin Appreciation Under Article 14 of the ECHR', Human Rights Law Review, 14(4):647-670.

Shreya, A. y Dunne, P. (2020)
Intersectionality and Human Rights. Londres: Hart.

Atrey, S.
Intersectional Discrimination. Londres: OUP.

Bliss v. Attorney General of Canada (1979)
Corte Suprema de Canadá. 1 SCR 183.

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU (1999)
Corte Suprema de Canadá. 3 SCR 3.

Brodsky, G. (2003)
'Gosselin v Quebec (Attorney General): Autonomy with a Vengeance', Canadian Journal of Women and the Law, 15(1):194-214.

Byrnes, A. (2012)
'Artículo 1', en Freeman, M. et al. (eds.) The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary. Londres: OUP, pp. 51-70.

Campbell, M. (2015)
'CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering New Approach to Intersectional Discrimination', Revista Direito GV, pp. 479- 504.

Campbell, M. (2018)

Women, Poverty, Equality: The Role of CEDAW. Londres: Hart.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (2004)

Recomendación general N° 25. Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal. Documento No. CEDAW/C/GC/25.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (2010) *Proyecto de Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Documento No. CEDAW/C/GC/28.

Conaghan, J. (2007)

'Intersectionality and UK Equality Initiatives', South African Journal of Human Rights, pp. 317-334.

Craig v Boren (1976)

Corte Suprema de Estados Unidos. 429 US 190.

Crenshaw, K. (1989)

'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex', University of Chicago Legal Forum, 1:139-167.

Currie, I. y De Waal, J. (2013)

The Bill of Rights Handbook. Juta, 6a ed.

Da Silva Pimentel Teixeira v Brazil (2011)

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Documento No. CEDAW/C/49/D/17/2008.

DA; SG and other v Secretary of State for Work and Pensions (2015)

Corte Suprema del Reino Unido. UKSC 16.

Dattatraya Motiram More v State of Bombay (1953)

Tribunal Superior de Bombay. AIR 1953 Bom 311.

ES and SC v Tanzania (2015)

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Documento No. CEDAW/C/60/D/48/2013.

Essop v Home Office (2017)

Corte Suprema de Reino Unido. UKSC 27.

Fraser v Canada (Attorney General) (2020) Corte Suprema de Canadá. SCC 28.

- Fredman, S. (2016)
'Substantive Equality Revisited', *International Journal of Constitutional Law*, 14(3):712-738.
- Fredman, S. (2018)
'Is There Still a Divide?', en Khaitan, T. y Collins, H. (eds.) *Foundations of Indirect Discrimination*. Londres: Hart, pp. 31 a 56.
- Frontiero v Richardson (1973)
Corte Suprema de Estados Unidos. 411 US 677.
- Gardner, J. (1998)
'On the Ground of Her Sex(uality)', *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 167-187.
- Gosselin v. Québec (Attorney General) (2002)
Corte Suprema de Canadá. 4 SCR 429.
- Indian Young Lawyers Association v The State of Kerala (2018)
Corte Suprema de India. Writ Peticion (Civil) No 373 of 2006.
- Jackson, V. (2017)
'Proportionality and Equality', en Jackson, V. y Tushnet, M. (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Londres: Cambridge University Press, pp. 148 to 170.
- JD and A v United Kingdom (2020)
Corte Europea de Derechos Humanos. Aplicaciones Nos. 32949/17 y 34614/17.
- Kahkewistahaw First Nation v Taypotat (2015)
Corte Suprema de Canadá. 2 SCR 548.
- King NO and Others and De Jager and Others (2021)
Corte Constitucional de Sudáfrica. ZACC 4.
- Lurie, G. (2020)
'Proportionality and the Right to Equality', *German Law Journal*, 21:174-196.
- MacKinnon, C. (1987)
Feminism Unmodified. Boston: Harvard University Press.
- Mahlangu v Minister of Labour (2020)
Corte Constitucional de Sudáfrica. ZACC 24.

Medvedeva v Russian Federation (2013)
Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Documento No. CEDAW/C/63/D/2013.

NALSA v Union of India (2014)
Corte Suprema de India. Writ petition (civil) No. 400 de 2012.

Prinsloo v Van der Linde and Another (1997)
Corte Constitucional de Sudáfrica. ZACC 5.

R v JFS (2009)
Corte Suprema del Reino Unido. UKSC 15 & 1.

Raday, F. (2012)
‘Artículo 4’, en Freeman, M. et al. (eds.) The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary. Londres: OUP, pp. 123 a 140.

S v Jordan (2002)
Corte Suprema de Sudáfrica. ZACC 22.

Sheppard, C. (2010)
Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada. Montreal: McGill-Queen’s University Press.

Siegal, R. (2010)
‘Gender and the US Constitution’, en Baines, B. y Rubio-Marin, B. (eds.), The Gender of Constitutional Jurisprudence. Londres: Cambridge University Press, pp. 306 a 332.

Stec v United Kingdom (2006)
Corte Europea de Derechos Humanos. 43 EHRR 1017.

Trujillo Calero v Ecuador (2018)
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento No. E/C.12/63/D/10/2015.

US v Virginia (1998)
Corte Suprema de Estados Unidos. 518 US 51.

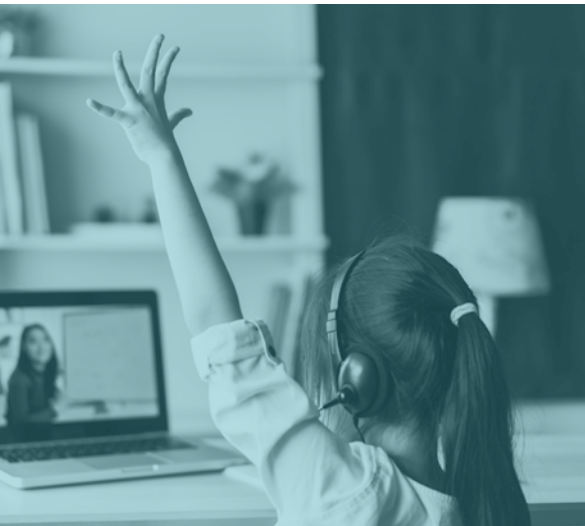
Weston, P. (1982)
‘The Empty Idea of Equality’, Harvard Law Review 95(3):537-596.

D

sección

"Niños, niñas y adolescentes"







Los niños y las constituciones

Aiofe Nolan¹¹⁹ y Conor O'Mahony¹²⁰

DOI: 10.53110/gfit7271

A. Introducción: Más de 30 años después de la promulgación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), es cada vez más frecuente que las constituciones nacionales incluyan disposiciones específicas sobre los derechos del niño. Esto es especialmente cierto en situaciones en las que un país adopta una constitución completamente nueva; pero, adicionalmente, muchos países han enmendado las constituciones existentes para añadir nuevas provisiones sobre los derechos de los niños. La protección constitucional de los derechos de los niños también es objeto de un nuevo cuerpo de literatura y debates académicos. Este ensayo explorará brevemente algunas de las lecciones que podrían ser beneficiosas para los países que están considerando la constitucionalización de los derechos de los niños. Comenzará exponiendo los argumentos a favor de incluir una disposición específica sobre los derechos de los niños en una constitución nacional. A continuación, analizará las experiencias comparativas de la constitucionalización de los derechos de los niños en una variedad de países. Por último, considerará los puntos clave que debe considerar un país al inicio de un proceso conducente a la promulgación de una disposición constitucional dedicada a los derechos de los niños.

¹¹⁹ Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y codirectora del Centro de Derecho de Derechos Humanos de la Universidad de Nottingham. También es vicepresidenta del Comité Europeo de Derechos Sociales, al que se incorporó en 2017.

¹²⁰ Profesor de la Facultad de Derecho de University College Cork, donde enseña e investiga sobre derecho constitucional y derechos del niño. Fue nombrado Relator Especial sobre Protección Infantil por el Gobierno de Irlanda en 2019.

B. *¿Por qué constitucionalizar los derechos del niño?*

Existen diversas razones por las que las disposiciones constitucionales dedicadas a proteger los derechos de los niños tienen potencial para avanzar sus derechos. El primero es el simbolismo del reconocimiento constitucional de que los niños son sujetos de derechos. Aunque la Convención de los Derechos del Niño (CDN) no requiere que los derechos de los niños estén protegidos a nivel constitucional, el Comité de los Derechos del Niño ha declarado, no obstante, *que acoge con satisfacción la constitucionalización sobre la base de que ésta “contribuye a subrayar la idea esencial de la Convención: que los niños, al igual que los adultos, son titulares de los derechos humanos”*.¹²¹ Similarmente, JOHN TOBIN ha argumentado que la inclusión de disposiciones sobre derechos de los niños en las constituciones nacionales legitima el discurso político sobre los derechos de los niños.¹²²

Un escéptico podría señalar que las garantías generales de derechos en una constitución suelen aplicarse tanto a los adultos como a los niños por igual. Sin embargo, la confianza en las disposiciones generales como el único vehículo para proporcionar protección constitucional de los derechos de los niños puede generar confusión sobre la aplicación precisa de esos derechos a los niños.¹²³ Del mismo modo en que la CDN se consideró necesaria para asegurar que los niños pudieran disfrutar de igual acceso a los derechos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, *las constituciones nacionales pueden a menudo beneficiarse de disposiciones específicas destinadas a garantizar que los niños puedan disfrutar de igual acceso a los derechos constitucionales en general o a derechos específicos de particular relevancia para los niños que no están adecuadamente protegidos por otras disposiciones*.¹²⁴

Más aún, la ausencia de una protección constitucional específica de los derechos de los niños puede llevar a la subordinación de los intereses de los niños a los de los adultos, en particular en las jurisdicciones en que la constitución prevé firmemente los derechos de los padres y/o de la familia. El juez Albie Sachs, del Tribunal Constitucional Sudafricano, observó en una ocasión que *si un niño se imagina constitucionalmente como un individuo con una personalidad distintiva, y no sólo como un adulto en miniatura esperando a alcanzar su tamaño completo, ella o él no puede ser tratado como mera extensión de sus progenitores; umbilicalmente destinado a hundirse o nadar con ellos*.¹²⁵ Esto es lo que puede ocurrir algunas veces cuando los niños están forzados a confiar en disposiciones constitucionales generales

¹²¹ *Comité de los Derechos del Niño, 2003, párr. 21.*

¹²² *Tobin, 2005, pp. 86-126.*

¹²³ *Véase Fetzer y Houlgate, 1997, p. 319; y Habashi et al., 2010, pp. 267-269 y 278-279.*

¹²⁴ *Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, 2002, párr. 5.*

¹²⁵ *S vs. M, 2008, párr. 18.*

de derechos que no fueron diseñadas con los niños en la mente y que invariablemente son reivindicadas por los padres. Varios jueces reconocidos que abogan por los derechos del niño han destacado cómo los litigios judiciales que se refieren claramente a temas de derechos de los niños pueden decidirse sin ninguna referencia a esos derechos, o incluso sin ninguna representación para el niño, y “por motivos elegido por los adultos”.¹²⁶ Si bien los intereses de los niños y de sus padres frecuentemente coinciden, este no es siempre el caso;¹²⁷ y cuando no coinciden, los derechos constitucionales concedidos a los padres o a las familias pueden actuar como una barrera para la reivindicación de los derechos independientes de los niños. La incorporación de disposiciones específicas sobre la infancia en una constitución, junto con la protección constitucional de los principios generales de la CDN, como el principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído, tiene el potencial de recalibrar el proceso de toma de decisiones para que los intereses y deseos de los niños pasen al primer plano.¹²⁸

En segundo lugar, [la constitucionalización de los derechos del niño tiene la ventaja de elevar su estatus al punto más alto del sistema legal](#). Esto conlleva la doble ventaja del afianzamiento (que hace más difícil su deterioro)¹²⁹ y la supremacía (que hace posible hacer valer estos derechos frente a leyes y políticas inferiores en conflicto). Por lo tanto, las disposiciones constitucionales exigibles pueden ser una herramienta poderosa tanto para proteger los derechos de los niños existentes como para promover los que aún no han sido reconocidos. Las ventajas de la protección constitucional como medio para fomentar dichos derechos pueden verse incluso en ausencia de disposiciones específicas sobre derechos de los niños. Basándose en las disposiciones generales, la Corte Suprema de EE.UU. ha promovido notablemente los derechos de los niños en formas que no podrían haberse logrado a través del proceso político, en casos como *Brown vs. Board of Education*¹³⁰ y *Roper vs. Simmons*.¹³¹ Este potencial se amplía cuando una constitución incluye disposiciones que protegen los derechos de los niños que no pueden ser protegidos mediante disposiciones generales de derechos, o protege principios más amplios de los derechos de los niños –como el principio del interés superior– que luego pueden ser invocados para pro-

¹²⁶ *Regina v. Secretary of State for Education and Employment and others (Respondents) ex parte Williamson (Appellant) and others*, 2005. Ver también *N & Anor. v. Health Service Executive & Ors*, 2006, pp. 474-475.

¹²⁷ Véase Nolan, 2011, pp. 43-92.

¹²⁸ Sin embargo, hay que tener en cuenta que la indeterminación del principio del interés superior lo deja abierto a ser utilizado como vehículo para seguir haciendo valer los derechos de los padres, sobre la base de que hacerlo es en el interés superior del niño. Véase, por ejemplo, Bonthuys, 2006, pp. 33-35.

¹²⁹ *Op. Cit. Habashi et al.*, 2010 p. 279.

moverlos, ya sea por sí solos o en conjunto con las disposiciones de derechos generales. En Irlanda, por ejemplo, se ha avanzado más en favor de los derechos de los niños con discapacidad gracias a la litigación basada en el derecho constitucional a la educación que lo que nunca se consiguió a través de campañas políticas.¹³² En Sudáfrica, SLOTH-NIELSEN Y KRUUSE sostienen que el impacto de la constitucionalización de los derechos de los niños ha crecido exponencialmente hasta infundir un campo de actividad judicial dinámico y en expansión.¹³³ Una amplia gama de actividad judicial progresista y amigable con los niños ha sido posible gracias al cambio jurídico y cultural producido por la inclusión de una disposición de los derechos de los niños detallada y exigible en la Constitución de Sudáfrica.

Finalmente, si se proporcionan los medios adecuados para su cumplimiento, *la protección constitucional de los derechos de los niños puede ayudar a resolver el déficit democrático inherente al hecho de que los niños, en la mayor parte de sus vidas, no pueden votar.* Los adultos pueden reclamar sus derechos por medios políticos, pero siguen disfrutando de los derechos constitucionales como una medida de seguridad en las circunstancias en que los medios democráticos son ineficaces. Cuando se trata de los niños, su privación de derechos civiles crea una situación en la que los medios políticos serán a menudo muy ineficaces para proteger sus derechos; en consecuencia, la red de seguridad de la aplicación constitucional parecería aún más necesaria. Así, de la misma manera que se puede argumentar que la ejecución judicial contra-mayoritaria de los derechos es más legítima en ciertas categorías de casos que involucran a adultos,¹³⁴ se puede argumentar que dicha actividad judicial es particularmente legítima en el caso de los derechos de los niños.¹³⁵

¹³⁰ *Brown vs. Board of Education, 1954, en la que se anularon las leyes que segregaban las escuelas por motivos de raza por constituir una violación de la cláusula de igualdad de protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.*

¹³¹ *Roper vs. Simmons, 2005; en el que se anularon las leyes que preveían la pena de muerte para los delitos cometidos por menores de 18 años por constituir una violación de la prohibición de castigos crueles e inhumanos de la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Para un análisis del enfoque del Tribunal Supremo de EE.UU. sobre los casos de derechos del niño, véase Fetzer y Houlgate, 1997, p. 319; y Houlgate, 1999, p. 77.*

¹³² Véase O'Mahony, 2008, p. 125.

¹³³ Sloth-Nielsen y Kruuse, 2013, pp. 646-677.

¹³⁴ Ely, 1980.

¹³⁵ *Op. Cit. Nolan, 2011, pp. 43-133. Se hace un planteamiento similar en Comité de los Derechos del Niño, 2002, pár. 5.*

El alcance y la naturaleza de la protección constitucional de los derechos de los niños están determinados por una gran variedad de factores políticos, jurídicos, sociales y culturales. En algunos casos, los derechos constitucionales de los niños forman parte de un nuevo acuerdo constitucional. Tal fue el caso de Sudáfrica (1996), Bolivia (2009) y Kenia (2010). En otros países, como Irlanda y Noruega,¹³⁶ los derechos de los niños se introdujeron en un marco constitucional preexistente, y por tanto tuvieron que ser interpretados en el contexto de los estándares constitucionales y la jurisprudencia existentes.

Como era de esperar, la casi universal adopción y ratificación de la CDN desde 1989 ha estimulado una mayor atención a la protección legal concedida a los derechos de los niños a nivel nacional. En algunos casos, la ratificación de la CDN ha resultado en la incorporación automática de los derechos de ese documento en las jerarquías constitucionales de los países (por ejemplo, Colombia y Argentina).¹³⁷ En muchos otros casos, la CDN ha servido de base para los esfuerzos de los defensores para abogar por una mayor protección constitucional de los derechos de los niños mediante la incorporación de elementos de ese instrumento en las disposiciones constitucionales,¹³⁸ tanto a nivel constitucional nacional como regional.¹³⁹ El creciente reconocimiento y protección de estos derechos en los sistemas jurídicos regionales de derechos humanos¹⁴⁰ también ha influido en la evolución constitucional doméstica de los mismos.¹⁴¹

Dicho esto, la ratificación generalizada de la CDN no debe interpretarse como el reflejo de un consenso sobre la forma en los derechos protegidos

C.

Experiencia comparada de constitucionalización de los derechos del niño

¹³⁶ *La Trigésima Primera Enmienda a la Constitución irlandesa supuso la introducción del artículo 42A en la Constitución, así como la supresión de una disposición preexistente, el artículo 42.5 que se refería a los niños. En 2014, el Parlamento noruego añadió a la Constitución la Parte E sobre derechos humanos (Carta de Derechos), incluyendo el artículo 104.*

¹³⁷ Véase, por ejemplo, la Constitución colombiana, artículo 93; la Constitución argentina, artículo 75(22); la Constitución venezolana, artículo 23.

¹³⁸ Para el análisis de algunos de los numerosos contextos nacionales en los que esto ha ocurrido, véase, entre otros, Tobin 2005; Lundy et al., 2012.

¹³⁹ Con respecto a este último punto, véase el proyecto de ley de incorporación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Escocia) (2021), que fue aprobado por el Parlamento escocés el 16 de marzo de 2021. Aunque Escocia no tiene un documento constitucional codificado unificado, la Ley constituye una enmienda constitucional regional. Cabe señalar que la incorporación directa de la CDN en la legislación escocesa estaba sujeta a los límites de los poderes del Parlamento escocés en términos del pacto de devolución del Reino Unido.

¹⁴⁰ Para más información sobre la protección regional de los derechos del niño, véase, por ejemplo, Nolan y Kilkelly, 2016, p. 296.

¹⁴¹ Véase, por ejemplo: Mezmur, 2020, p. 693.

por ella deben ser protegidos por las constituciones nacionales.¹⁴² En efecto, ni siquiera hay acuerdo sobre cómo evaluar el grado en que las constituciones específicas reflejan la CDN o un enfoque de "derechos del niño" en términos amplios, con múltiples tipologías e indicadores siendo propuestos por diferentes comentaristas.¹⁴³

Sin embargo, [está claro que hay una tendencia creciente a prestar más atención a los niños en las constituciones](#). Escribiendo en 2005, TOBIN enumeró tres tipos de enfoques constitucionales para lidiar con los niños. En primer lugar, la constitución del "niño invisible", en la que los niños no son vistos ni escuchados y no reciben ningún trato o reconocimiento especial. En segundo lugar, la constitución de la "protección especial", en virtud de la cual los niños reciben un reconocimiento especial dentro del texto debido a su vulnerabilidad y necesidad de atención y protección especial (lo que también puede considerarse un enfoque "asistencialista"). La lente principal a través de la cual el enfoque de "protección especial" ve la situación de los niños es la de los padres y a menudo son sus derechos los que más preocupan. Los niños son percibidos como objetos pasivos que necesitan una protección especial más que como sujetos activos. Por último, está la constitución de los "derechos del niño", en la que el reconocimiento especial de los niños se aborda en términos de derechos del niño, en lugar del enfoque asistencial que caracteriza su tratamiento en las constituciones de "protección especial".¹⁴⁴ TOBIN ha argumentado –acertadamente– que hay un fuerte aspecto histórico o cronológico reflejado en estos tres enfoques.¹⁴⁵

Aunque esta tipología no está exenta de problemas (sobre todo debido a la posible superposición y permeabilidad de las categorías, así como a la posibilidad de que las constituciones puedan contener disposiciones coherentes con más de una categoría), la identificación de TOBIN de la tendencia hacia una mayor visibilidad de los niños y sus derechos en las constituciones es acertada. Sin embargo, esta tendencia no implica necesariamente que se preste la misma atención a todos los diversos derechos concedidos a los niños en virtud de la CDN.

Dada las diferentes formas en que los comentaristas han clasificado las disposiciones relacionadas con los derechos del niño, no existe un análisis definitivo del grado de protección que estos derechos tienen en las constituciones de todo el mundo. Sin embargo, es posible identificar las prin-

¹⁴² O'Mahony, 2019, p. 401.

¹⁴³ Véase, por ejemplo, Tobin, 2005; Habashi et al, 2010; O'Mahony, 2019.

¹⁴⁴ Tobin, 2005, p. 109.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 94.

cipales tendencias. Así, mientras que el derecho a la educación (explícitamente vinculado tanto a los niños como grupo como expresado en términos generales)¹⁴⁶ y el derecho de los niños a la protección contra la violencia, el abuso o la explotación son características de un gran número de constituciones;¹⁴⁷ los derechos relacionados con la participación de los niños han recibido mucho menos reconocimiento constitucional¹⁴⁸ (para excepciones notables, véase Bolivia (2009) y la República Dominicana (2015)).¹⁴⁹ **Por lo tanto, está claro que, incluso cuando un país se compromete a incluir los derechos del niño en su constitución, no se puede asumir que adoptará un enfoque holístico o exhaustivo con respecto a los derechos incluidos.**

Dicho esto, desde 1989 ha habido una tendencia perceptible hacia las disposiciones que describen en detalle la protección de derechos para los niños (por ejemplo, Kenia, Ecuador, Colombia y Nepal).¹⁵⁰ Esto ha sido una característica particular en las jurisdicciones en las que se han adoptado nuevas constituciones en su totalidad. En algunos casos, esto ha ocurrido cuando tales derechos forman parte de un esfuerzo general por colocar protecciones amplias de derechos humanos en el centro del esquema constitucional (por ejemplo, Timor-Leste, Fiji y Bolivia).¹⁵¹ En otros, la inclusión de los derechos de los niños refleja, al menos en parte, el reconocimiento por parte de los redactores de la constitución del daño particular sufrido por los niños como grupo dentro de esa jurisdicción (por ejemplo, Sudáfrica).¹⁵²

Por supuesto, la redacción de las disposiciones relativas a los derechos del niño (o de las disposiciones relacionadas con derechos de los niños) no sirven por sí solas para garantizar que los mismos tengan un impacto significativo, tanto en el contexto del derecho constitucional como, en términos más generales, para garantizarlos en la jurisdicción en cuestión. Como señala O'MAHONY, el grado de reconocimiento expreso de los derechos del niño en las constituciones sólo cuenta una parte de la historia, ya que la inclusión de un derecho en un documento constitucional no da lugar auto-

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, Heyman et al., 2014, p. 121.

¹⁴⁷ Op. Cit., O'Mahony, 2019, p. 416.

¹⁴⁸ Véase Op. Cit., Habashi et al., 2010, p. 279.

¹⁴⁹ Artículo 59.V de la Constitución de Bolivia (2009); Constitución de la República Dominicana (2015), artículos 55(13) y 56(2).

¹⁵⁰ Constitución de Kenia (2010), artículo 53; Constitución de Ecuador (2008), artículos 44-46; Constitución de Colombia (1991), artículo 44; Constitución de Nepal (2015), artículo 39.

¹⁵¹ Constitución de Timor-Leste (2002), artículo 18(2); Constitución de Fiji (2013), artículo 41; Constitución de Bolivia (2009), sección V sobre "Derechos de los niños, adolescentes y jóvenes".

¹⁵² Constitución de Sudáfrica, 1996, sección 28.

máticamente a remedios en caso de que no se reivindique ese derecho.¹⁵³ Las posibilidades aquí incluyen remedios administrativos, como el funcionamiento de un Ombudsman para los Niños, o una serie de remedios judiciales, incluyendo la indemnización por daños y perjuicios, la declaración de inconstitucionalidad, deberes de interpretación y medidas cautelares.¹⁵⁴ De hecho, incluso en los casos en que los derechos del niño están integrados en el derecho constitucional de tal manera de hacerlos exigibles –en lugar de estar incluidos en los Principios Rectores de Política Social, que no son exigibles judicialmente, como es el caso de los derechos socioeconómicos del niño en las constituciones de Ghana (1996)¹⁵⁵ y la India (1950), por ejemplo¹⁵⁶– la experiencia comparativa demuestra que ni siquiera las disposiciones más amplias y prescriptivas sobre estos derechos incluidas en una constitución serán capaces de transformar unilateralmente la cultura política y social de una jurisdicción para centrarlas en los derechos del niño. (Volveremos sobre este punto en la sección siguiente). Dicho esto, la falta de reconocimiento adecuado de los derechos del niño obstaculizará sin duda estos esfuerzos, debido al "vacío de derechos del niño" en el esquema constitucional que supondrá dicha omisión. Por lo tanto, [la promulgación de disposiciones constitucionales específicas sigue siendo un paso importante en la protección de los derechos de los niños](#), sin perjuicio del hecho de que éstas deben ir acompañadas de estructuras jurídicas concretas para remediar las vulneraciones de esos derechos, así como de medidas "blandas" destinadas a incorporar los derechos de los niños en las culturas jurídicas y políticas.

¹⁵³ *Op. Cit.*, O'Mahony, 2019, p. 424.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 424-431.

¹⁵⁵ Véase el apartado 2 del artículo 37 en el capítulo 6 sobre "The Directive Principles of State Policy". Otros derechos de los niños se recogen en los artículos 28 ("derechos del niño") y 25 ("derechos educativos") del capítulo quinto sobre "Fundamental Human Rights and Freedoms"

¹⁵⁶ Véase Unni Krishnan, *JP and others vs. State of Andhra Pradesh and others*, 1993, en el que el Tribunal Supremo de la India sostuvo que el paso de 44 años desde la promulgación de la Constitución de la India había convertido efectivamente el derecho no justiciable a la educación de los niños menores de 14 años contemplado en el capítulo de los Principios Directivos de dicho instrumento en un derecho. El Estado respondió a esta declaración nueve años después en forma de la 86ª Ley de Enmienda de la Constitución de 2002 que, entre otras cosas, insertó el artículo 21A en la Constitución. Esta disposición establece que "el Estado proporcionará educación gratuita y obligatoria a todos los niños de seis a catorce años en la forma que el Estado pueda, por ley, determinar".

En la práctica, ningún país comenzará realmente desde cero cuando se trata de constitucionalizar los derechos de los niños. Incluso en los casos en que estos derechos específicos no hayan aparecido previamente en los instrumentos constitucionales, el enfoque adoptado para los niños y sus derechos en cualquier proceso de constitucionalización se verá inevitablemente afectado por la historia, el contexto político, social y cultural de un país, incluyendo los acuerdos constitucionales preexistentes. Respecto a los acuerdos constitucionales preexistentes que no incluyen disposiciones sobre los derechos del niño, hay dos áreas en particular en las que los niños son abordados con frecuencia, aunque dichas disposiciones a menudo no están redactadas ni conceptualizadas en términos de derechos del niño: el derecho a la educación y los derechos de la familia. Este es el caso de Chile, por ejemplo.¹⁵⁷

Cuando el reconocimiento constitucional adopta la forma de inserción de los derechos de los niños en un esquema constitucional existente, es vital que se preste la debida atención a la forma en que los derechos que han gozado de un reconocimiento previo (y las teorías del derecho constitucional y la jurisprudencia relacionadas con ellos) repercutirán en el alcance y el efecto constitucional de los derechos del niño en la práctica. Esto es crucial dados los posibles problemas que plantean estos derechos en cuanto a su interacción con las disposiciones no específicas para los niños, incluso en situaciones que implican una ponderación judicial de los derechos (en particular los derechos de los padres y las familias).¹⁵⁸ Incluso cuando la constitucionalización de los derechos del niño se produce como parte de una nueva constitución, hay que tener cuidado de que la redacción de otros aspectos de ese documento no sirva para socavar los derechos específicos concedidos a los niños, ya sea permitiendo la subordinación de sus derechos a los de otros o perpetuando enfoques legales que no sean compatibles. Esto es particularmente cierto cuando quienes implementan, litigan y/o adjudican los derechos constitucionales pueden estar menos familiarizados con los derechos de los niños y con los problemas que enfrenta dicho colectivo (incluyendo los diferentes subgrupos de niños) como grupo social en términos de disfrute de sus derechos. Las posibles ramificaciones de un pasado que no adoptó un enfoque de derechos de los niños para las futuras disposiciones constitucionales sobre los derechos del niño deben reconocerse y abordarse.

¹⁵⁷ Constitución de Chile (1980), artículos 19(10) y (11) (derecho a la educación) y artículos 1 y 19(4) (derechos de la familia).

¹⁵⁸ Para un ejemplo útil de un tribunal que aborda la interacción de una disposición de derechos del niño recién introducida con disposiciones constitucionales y jurisprudencia preexistentes, véase *In the Matter of JJ*, 2021, párr. 124-151.

D.

¿Qué debe hacer un país que comienza de cero?

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto el creciente reconocimiento constitucional de los derechos del niño en todo el mundo. Sin embargo, esto no refleja una tendencia general hacia una mayor participación de los niños en los procesos constitucionales. Esto no es de extrañar si se tiene en cuenta la limitada ciudadanía democrática de la que disfrutaban los niños en todo el mundo, y los más pequeños en particular.¹⁵⁹ Incluso en los casos en los que dichos procesos han sido (o han pretendido ser) consultivos y participativos (por ejemplo, mediante el uso de asambleas ciudadanas o foros constitucionales¹⁶⁰), la diversidad se ha centrado generalmente en la gama de adultos representados (y, en particular, en la inclusión de actores elegidos no pertenecientes a la élite), más que en la perspectiva de los niños. Esto es particularmente problemático dados los importantes inconvenientes que surgen con respecto a la representación efectiva de los niños y sus intereses por parte de los representantes electos adultos.¹⁶¹ Si bien hay casos en los que los niños han desempeñado un papel en términos de impulsar el fortalecimiento de la protección constitucional de sus derechos (por ejemplo, Brasil, Nepal y Escocia),¹⁶² esto ha sido la excepción y no la norma, incluso cuando tales constituciones finalmente incluyen los derechos de participación de los niños (por ejemplo, Noruega (2014)).¹⁶³ Para que los procesos de redacción de constituciones cumplan con los derechos de los niños, en lugar de limitarse a ellos, es crucial que dichos procesos se conceptualicen y operen de tal manera que hagan efectivas las obligaciones de los Estados Partes en virtud de la CDN. Tal vez el derecho más evidente en este contexto sea el derecho del niño a expresar sus opiniones en virtud del artículo 12 de la CDN. En este momento, existe un creciente conjunto de prácticas muy amplio sobre la participación de los niños con respecto a la ley, la política y otros procesos que pueden emplearse para garantizar que las opiniones de los niños sobre si las constituciones deben dar efecto a sus derechos y cómo hacerlo, sean tenidas en cuenta en la toma de decisiones relacionadas con la constitución. *Si los niños y sus opiniones no están presentes (o no están efectivamente representados por apoderados o representantes adultos legítimos, como las organizaciones de derechos de los niños o los defensores de los niños) en la mesa constitucional, existe el riesgo inevitable de que sus derechos se pasen por alto o se subordinen a otras preocupaciones de mayor importancia para los participantes adultos en las negociaciones constitucionales.*

¹⁵⁹ Para más información, véase, por ejemplo, Nolan, 2011, pp. 49-93; Kulynych, 2001, p. 231; Rehfeld, 2011, p. 141; Wall, 2012, p. 86.

¹⁶⁰ Entre los ejemplos más notables se encuentran los de Islandia e Irlanda, ninguno de los cuales tuvo como resultado (ni pretendía tenerlo) una mayor protección de los derechos de los niños. Para saber más sobre estas experiencias, consulte Thorgeirsdóttir, 2015; Gylfason, 2013; Carolan, 2015, 733.

¹⁶¹ Op. Cit., Nolan, 2011, capítulo 2.

Independientemente de la forma que los derechos de los niños adopten dentro de un marco constitucional, es crucial que la mayor protección sobre el papel vaya acompañada de las medidas necesarias para garantizar que los diversos actores responsables de hacer efectivos esos derechos estén adecuadamente equipados para hacerlo. Éstas deben incluir planes y mecanismos (incluidos los extrajurídicos) para garantizar que los derechos de los niños se incorporen a la práctica de los agentes –ejecutivos, legislativos y administrativos– que tienen la responsabilidad principal de garantizar la aplicación de los derechos de los niños. Los redactores de las constituciones suelen ser abogados que, comprensiblemente, debido a sus prejuicios disciplinarios, centran gran parte de su atención en los tribunales.

No hay duda de que los tribunales desempeñarán un papel crucial de supervisión con respecto a los derechos constitucionales de los niños y esto hace que la creación de capacidad judicial adecuada sobre los derechos de los niños sea una prioridad urgente. Sin embargo, las constituciones están destinadas a constituir el marco central de un país para la elaboración de leyes y políticas. Por lo tanto, no centrarse en el papel de los que llevan a cabo ese trabajo limitará inevitablemente el impacto del reconocimiento constitucional de los derechos de los niños. Aunque los mecanismos eficaces de rendición de cuentas son cruciales para garantizar la reivindicación de dichos derechos, esta rendición de cuentas es reactiva y surge una vez que se ha producido un fracaso en términos de derechos constitucionales de los niños. Las medidas necesarias para garantizar la integración de los derechos de los niños en el trabajo cotidiano de los políticos y otros actores responsables de garantizar dichos derechos –que probablemente incluyen la educación y el desarrollo de capacidades, planes de derechos del niño, evaluaciones del impacto de los derechos de los niños, así como los recursos necesarios para garantizarlos– ciertamente no tienen por qué especificarse en el propio documento constitucional. Sin embargo, es vital que tanto los que redactan como los que hacen efectivas las protecciones de los derechos constitucionales de los niños comprendan que, sin tales medidas, la desventaja sistémica y estructural a la que se enfrentan muchos niños en la sociedad no se abordará, independientemente de lo expansiva y holística que sea la redacción constitucional.

¹⁶² Véase, por ejemplo, Rizzini y Klees, 2010; World Vision International, 2011. Cabe señalar que el proceso constitucional en Nepal se descarriló posteriormente y la nueva constitución no se adoptó hasta septiembre de 2015. En Escocia, para fundamentar plenamente su examen del proyecto de ley de incorporación de la CDN (Escocia), el Comité de Igualdad y Derechos Humanos ha llevado a cabo sesiones virtuales de divulgación con niños y jóvenes, facilitadas y organizadas por grupos de niños y jóvenes: <https://archive2021.parliament.scot/parliamentarybusiness/currentcommittees/115977.aspx> (consultado el 21 de abril de 2021).

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Haugli, 2019, pp. 39, 42-43.

E. **Conclusión**

Este breve ensayo ha argumentado que hay razones de peso para que las constituciones nacionales incluyan disposiciones específicas sobre los derechos del niño. Su inclusión sirve para legitimarlos, dándoles un estatus equivalente al de los derechos de los adultos y creando un punto focal para la defensa política y legal; aporta los beneficios del afianzamiento y la supremacía, y ayuda a contrarrestar el déficit democrático inherente al hecho de que los niños no pueden votar, lo que deja sus derechos vulnerables a la negligencia política. Sin embargo, la inclusión de los derechos del niño en una constitución nacional es sólo un punto de partida. Los beneficios mencionados anteriormente sólo se acumulan si se cumplen una serie de condiciones.

En primer lugar, la disposición debe redactarse de manera que refleje el enfoque de los derechos de los niños previsto en la CDN y evite adoptar un enfoque paternalista que considere a los niños como objetos que necesitan protección en lugar de como agentes y titulares de derechos. En segundo lugar, los derechos de los niños deben ir acompañados de recursos efectivos; la ausencia de recursos permitirá que estos derechos sean violados con impunidad y los convertirá en algo simbólico en lugar de algo real. Por último, las reformas legales deben ir acompañadas de un programa más amplio de medidas destinadas a sensibilizar a políticos, administradores, jueces y abogados sobre los derechos de los niños. Esto es especialmente importante en los países en los que estos derechos se añaden a un marco constitucional preexistente en lugar de incorporarse a un documento completamente nuevo. Esto servirá tanto para hacer menos probable que se produzcan violaciones de derechos, como para que se concedan remedios significativos para las mismas.

• BIBLIOGRAFIA

Bonthuys, E. (2006)

'The Best Interests of the Child in the South African Constitution', International Journal of Law, Policy and the Family, 20(1):23-43.

Brown v. Board of Education of Topeka (1954)

Corte Suprema de Estados Unidos. 347 U.S. 483.

Carolan, E. (2015)

'Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change', International Journal of Constitutional Law, 13(3):733-748.

Comité de los Derechos del Niño (20013)

Observación General N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) Documento No. CRC/GC/2003/5.

Comité de los Derechos del Niño (2002)

Observación General N° 2 (2002) El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. Documento No. CRC/GC/2002/2.

Ely, J. (1980)

Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press.

Fetzer, P. y Houlgate, L. (1997)

'A new theory of children's rights', International Journal of Children's Rights, 5(3).

Gylfason, T. (2012)

'From Collapse to Constitution: The Case of Iceland'. CESifo Working Paper Series No. 3770. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2034241> (Consulta: 23 agosto 2021).

Habashi, J. et al. (2010)

'Constitutional Analysis: A Proclamation of Children's Right to Protection, Provision, and Participation', International Journal of Children's Rights, 18(2):267-290.

Haugli, T. (2019)

'Constitutional Rights for Children in Norway', en Haugli, T. et al. (eds.) Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries. Leiden: Brill, pp. 39-57.

Heyman, J. et al. (2014)

'Constitutional rights to education and their relationship to national policy and school enrolment', International Journal of Educational Development, 39:121-131.

- Houlgate, L. (1999)
'Three Concepts of Children's Rights: Reflections on the Enjoyment Theory,'
Journal of Constitutional Law, 2(1):77-94.
- In the Matter of JJ (2021)
Corte Suprema de Irlanda. IESC 1.
- Kulynych, J. (2001)
'No Playing in the Public Sphere: Democratic Theory and the exclusion of Children,'
Social Theory and Practice, 27(2): 231-264.
- Lundy, L. et al. (2012)
The UN Convention on the Rights of the Child: A Study of Legal Implementation in 12 Countries. Florence: UNICEF Innocenti.
- Mezmur, B. (2020)
'The African Children's Charter @ 30: A distinction without a difference?,'
International Journal of Children's Rights, 28(4):693-714.
- N & Anor. v. Health Service Executive & Ors. (2006)
Corte Suprema de Irlanda. 4 IR 464. 474-475.
- Nolan, A. (2011)
Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts. Oxford: Hart Publishing.
- Nolan, A. y Kilkelly, U. (2016)
'Children's Rights under Regional Human Rights Law – A Tale of Harmonisation?,' en Buckley, C. et al (eds), *Towards Convergence in International Human Rights Law: Approaches of Regional and International Systems.* Leiden: Brill.
- O'Mahony, C. (2008)
'Constitutionalism and Legislation in Special Educational Needs Law: An Anglo-Irish Comparison,' *Public Law*, 1.
- O'Mahony, C. (2019)
'Constitutional Protection of Children's Rights: Visibility, Agency and Enforceability,' *Human Rights Law Review*, 19(3):401-434.
- Paganetto, L. (2013)
Public Debt, Global Governance and Economic Dynamism. Italy: Springer-Verlag.
- Regina v.
Secretary of State for Education and Employment and others (Respondents) ex parte Williamson (Appellant) and others (2005) Cámara de los Loes. UKHL 15 [71].

Rehfeld, A. (2011)

'The Child as Democratic Citizen', The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 633(1).

Rizzini, I. y Klees, S. (2010)

'Children's Involvement in the Making of the New Constitution of Brazil', Cultural Survival Quarterly, 24(2). Disponible en: <https://www.culturalsurvival.org/author/steven-j> (Consulta: 21 abril 2021).

Roper v. Simmons (2005)

Corte Suprema de Estados Unidos. 543 U.S. 551.

S vs. M (2008)

Corte Constitucional de Sudáfrica. Centre for Child Law as Amicus Curiae. [2007] ZACC 18, 2008 (3) SA 232 (CC), 2007 (12) BCLR 1312 (CC).

Sloth-Nielsen, J. y Kruuse, H. (2013)

'A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children's Rights in South African Jurisprudence 2007-2012', International Journal of Children's Rights, 21(4):646-678.

Thorgeirsdóttir, H. (2015)

The Icelandic Constitutional Experiment. Conference Paper Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2015\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2015)020-e) (Consulta: 24 agosto 2021).

Tobin, J. (2005)

'Increasingly seen and heard: the constitutional recognition of children's rights', South African Journal on Human Rights, 21(1):86-126.

Unni Krishnan, JP and others vs. State of Andhra Pradesh and others (1993)

Corte Suprema de India. AIR 217.

Wall, J. (2012)

'Can democracy represent children? Toward a politics of difference', Childhood, 19(1):86-100.

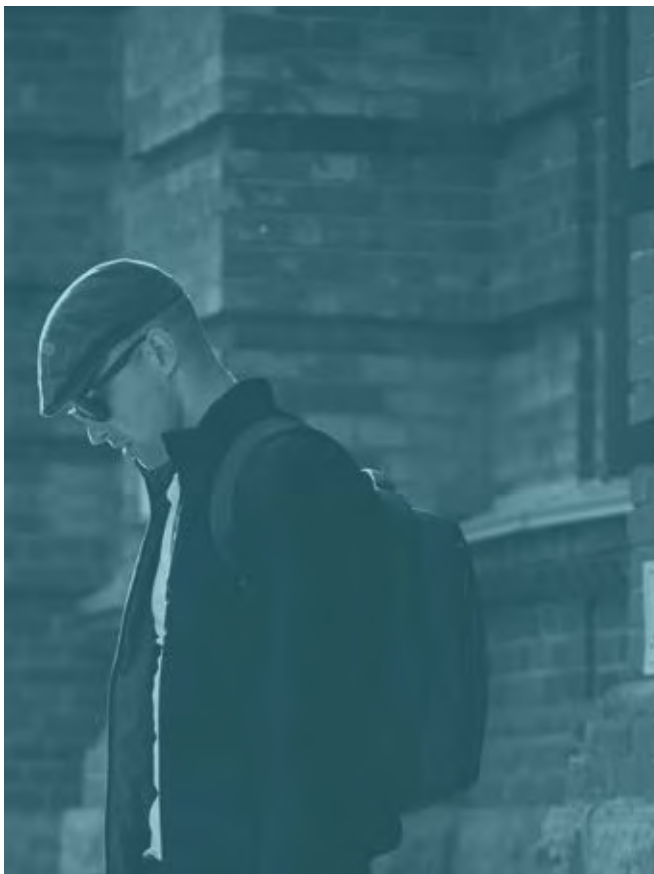
World Vision International (2011)

Ensuring Child Rights in the Constitution of Nepal. Disponible en: <https://www.wvi.org/nepal/article/ensuring-child-rights-new-constitution-nepal> (Consulta: 21 abril 2021).

E

sección

"Personas con discapacidad"







Disposiciones constitucionales sobre los derechos de las personas con discapacidad: Enfoques nacionales y contexto internacional

Gonzalo Moreno,¹⁶⁴ Michael Ashley Stein¹⁶⁵ y Jody Heymann¹⁶⁶

DOI: 10.53110/MEJO7213

A. Introducción: Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), más de mil millones de personas —cerca del 15% de la población mundial— tiene algún tipo de discapacidad.¹⁶⁷ A este grupo se le ha llamado la minoría más grande del mundo,¹⁶⁸ sin embargo siguen viviendo discriminación y sesgo a nivel mundial. En las últimas dos décadas, el Movimiento por los Derechos de las Personas con Discapacidad ha conseguido un importante progreso en fomentar el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de dicho colectivo, culminando en 2006 con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Como declaraciones de valores nacionales, modelos para futuras leyes y factores cruciales para decisiones judiciales y reformas legales, las constituciones se han convertido en herramientas de gran importancia tanto para derribar las barreras existentes como para implementar las obligaciones integrales y holísticas creadas por el CDPD.

¹⁶⁴ Analista político Senior del Centro de Análisis de Políticas de WORLD; Universidad de California en Los Ángeles.

¹⁶⁵ Director ejecutivo del Proyecto sobre Discapacidad de la Facultad de Derecho de Harvard; profesor visitante de la Facultad de Derecho de Harvard; profesor extraordinario del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pretoria.

¹⁶⁶ Directora fundadora del Centro de Análisis de Políticas de WORLD; profesora distinguida de la Escuela de Salud Pública Fielding, la Escuela de Asuntos Públicos Luskin y la Escuela de Medicina Geffen de la Universidad de California en Los Ángeles.

¹⁶⁷ World Health Organization, 2020.

¹⁶⁸ United Nations Enable, sin fecha.

Este capítulo se basa en datos comparativos globales de disposiciones constitucionales, junto con precedentes históricos en el ámbito jurídico basados en esas disposiciones, para destacar la medida en que las constituciones del mundo protegen los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. La información que presentamos es parte de una base de datos cuantitativa de derechos constitucionales de los 193 estados miembros de la ONU, vigentes desde el 2017 y creada por el WORLD Policy Analysis Center (WORLD), en la Universidad de California, Los Ángeles.¹⁶⁹

Nuestros datos muestran que, en las últimas décadas, *las constituciones se han vuelto paulatinamente (y específicamente) protectoras de los derechos y libertades de las personas con discapacidad*. Aún cuando estas protecciones son relativamente infrecuentes a través de todos los países, eso no debe opacar los recientes avances desde la adopción de la CDPD. Nuestros datos también demuestran que promulgar nuevas constituciones —en oposición a reformarlas— ofrece la mejor vía tanto para incorporar las nuevas provisiones de la CDPD, como para, generalmente, expandir las protecciones constitucionales de las personas con discapacidad. Chile, uno de los signatarios originales de la CDPD, tiene una oportunidad única de incorporar fuertes protecciones de los derechos de las personas con discapacidad en su nueva constitución.

B.

El contexto internacional de los derechos de las personas con discapacidad

Alrededor del mundo, las personas con discapacidad enfrentan obstáculos importantes en la educación, empleo y atención sanitaria. En los países de ingresos medios y bajos, las cifras de matrículas escolares de niños con discapacidad son normalmente 30-50 puntos porcentuales más bajas que aquellas de niños sin discapacidad;¹⁷⁰ y aquellos niños con discapacidad que llegan a matricularse en la educación, a menudo sufren discriminación o reciben una educación de baja calidad.¹⁷¹

¹⁶⁹ *Además de los datos sobre los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, esta base de datos de libre acceso incluye información global sobre enfoques a la igualdad y la no discriminación entre razas/etnias, sexo/género, situación migratoria, identidad de género, estatus socioeconómico, como también disposiciones constitucionales sobre la educación, salud, familia, religión y una variedad de derechos políticos. Para aprender más sobre la metodología de WORLD, consulte la sección correspondiente en la web de la organización (WORLD Constitutional Rights Database – Methods) y en el anexo (“Methods” Advancing Equality), escrito por Heymann, Sprague y Raub. 2020. Puede acceder a los datos de WORLD en www.worldpolicycenter.org. Para un mayor análisis sobre el papel de los tribunales en la aprobación de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, recomendamos consultar Lawson and Waddington, 2018.*

También existen disparidades en la educación cuando las personas con discapacidad entran en el mercado laboral. En 27 países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la tasa agregada de empleo de personas con discapacidad en edad laboral a finales del 2000 era de un 44% comparado con un 75% de las personas en edad laboral sin discapacidad.¹⁷² Incluso estando empleadas, las personas con discapacidad tienen más probabilidades en cargos de tiempo parcial¹⁷³ y de ganar sueldos más bajos,¹⁷⁴ y también de enfrentarse a barreras más grandes de desarrollo profesional.¹⁷⁵

Las personas con discapacidad también encuentran limitaciones en el acceso a la atención sanitaria de calidad.¹⁷⁶ En un estudio hecho por la OMS, las personas con discapacidad reportaron mayores necesidades de atención hospitalaria y ambulatoria, a la vez que mayores probabilidades de no recibir esa atención que las personas sin discapacidad.¹⁷⁷ El mismo estudio sintetiza las desigualdades en el acceso a la asistencia médica y sanitaria en áreas tan diversas como la detección de cáncer, la salud sexual y reproductiva y el cuidado dental.¹⁷⁸

Las personas con discapacidad también son más propensas a experimentar violaciones o restricciones de sus derechos civiles y políticos, incluido el derecho a votar, casarse o tener hijos, y generalmente de ejercer su capacidad legal.¹⁷⁹ Entornos jurídicos que les niegan a las personas con discapacidad su derecho a participar en la vida política –una de las vías fundamentales a través de la que los grupos marginalizados buscan la igualdad de manera más efectiva–,¹⁸⁰ constriñen severamente sus posibilidades de defender por sí mismos el reconocimiento de sus derechos. Esto incluye barreras sociales y ambientales, como casetas de votación inaccesibles o prácticas regresivas

¹⁷⁰ Filmer, 2008, p. 141.

¹⁷¹ Harpur and Stein, 2019, p. 139; Heymann y McNeill, 2013; United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2014.

¹⁷² Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010, p. 21.

¹⁷³ Jones, 2007, p. 695; *Ibíd.*, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010, p. 52; Schur, 2002, p. 601.

¹⁷⁴ Maldonado, 2006; Mitra y Sambamoorthi, 2009, p. 1393; *Op. Cit.*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2010, pp. 53-54.

¹⁷⁵ Wilson-Kovacs et al., 2008, p. 705.

¹⁷⁶ Drew et al., 2011, pp. 1664–1675; Evans et al., 2012, p. 1098; Mannan et al., 2012, p. 67; Stein et al., 2009, p. 1796.

¹⁷⁷ World Health Organization, 2011, p. 60.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 61-62.

¹⁷⁹ See e.g. Drew et al., 2011; Redley et al., 2012, p. 1026.

¹⁸⁰ Fiala-Butora, Stein y Lord, 2014, p. 83.

empleadas por las comisiones electorales.¹⁸¹ Las personas con discapacidad también enfrentan un riesgo especialmente alto de confinamiento involuntario. Por ejemplo, los niños con discapacidad en el Centro y Este de Europa son 17 veces más propensos a ser institucionalizados que aquellos sin discapacidad.¹⁸²

El reconocimiento global de los derechos de las personas con discapacidad ha avanzado considerablemente en el último medio siglo. El creciente movimiento por los derechos de las personas con discapacidad, liderado por organizaciones de personas con discapacidad (OPD), ha llamado la atención sobre la insuficiencia de los términos generales usados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que falló en abordar las necesidades y obstáculos específicos que una persona con discapacidad enfrenta.¹⁸³ El movimiento culminó con la adopción de la CDPD, la que se convirtió en el primer tratado de derechos humanos de la ONU específicamente para personas con discapacidad.

La CDPD promueve un modelo de discapacidad orientado por los derechos humanos enfocado en el dismantelamiento de los obstáculos sociales, con el fin de conseguir “participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad” (Art. 3). Presenta un marco holístico para garantizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, incluyendo el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 5), accesibilidad (art. 9), ajustes razonables (art. 2), educación (art. 24) trabajo y empleo (art. 27), salud (art.25), libertad y seguridad de la persona (art.14), libertad de circulación (art. 18) y la participación en la vida política y pública (art.29).¹⁸⁴

La CDPD está influenciando cada vez más la forma en que en las constituciones, y los tribunales que las interpretan, perciben los derechos y libertades de las personas con discapacidad. Por ejemplo, en la primera sentencia judicial de India que reconoció los ajustes razonables en el trabajo,¹⁸⁵ el Tribunal Superior de Bombay tomó la definición de ajustes razonables de la CDPD para reforzar los derechos constitucionales a la igualdad, la igualdad en la oportunidades en el empleo, en la vida y en la libertad personal.¹⁸⁶ Además, defensores de los derechos de las personas con discapacidad involucrados en procesos de reforma constitucional han utilizado la

¹⁸¹ A Ver Lord, Stein y Fiala-Butora, 2014, p. 115.

¹⁸² UNICEF, 2013.

¹⁸³ Van Weele, 2012, p. 9.

¹⁸⁴ Organización de Naciones Unidas, 2006.

¹⁸⁵ Ranjit Kumar Rajak vs. State Bank of India, 2009.

¹⁸⁶ Ver Constitución de India de 1949 (enmienda del 2016), arts. 14, 16 y 21.

CDPD como un punto de referencia y un modelo para la incorporación de protecciones específicos de los derechos de las personas con discapacidad: Durante la redacción de la Constitución de Zambia del 2011, una coalición local de defensores de los derechos de las personas con discapacidad presionó por la inclusión del reconocimiento de la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, así como por la modificación de las disposiciones relacionadas con la capacidad legal y la toma de decisiones.¹⁸⁷

A pesar de la creciente prominencia de protecciones constitucionales específicas para las personas con discapacidad, a nivel mundial estas protecciones siguen siendo relativamente infrecuentes en las áreas destacadas por las disposiciones de la CDPD:

1. Igualdad y no discriminación

Globalmente, el 27% de las constituciones prohíben la discriminación o garantizan la igualdad de derechos en relación con la discapacidad. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador establece: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones (...) discapacidad (...)”.¹⁸⁸ Esta es una proporción relativamente pequeña comparada con el número de constituciones que garantizan explícitamente la igualdad o la no discriminación de otros grupos protegidos: por ejemplo, el 85% de las constituciones establece garantías similares en base al sexo/genero, así como el 76% en base a la raza/grupo étnico.¹⁸⁹

A pesar de estos comparativamente pequeños porcentajes, en general, las últimas décadas han visto un aumento constante en la proporción de constituciones que garantizan la igualdad de derechos para las personas con discapacidad. Mientras que el 11% de las constituciones actuales adoptadas antes de 1990 explícitamente garantizaban la igualdad de derechos o la no discriminación hacia las personas con discapacidad, el 71% de las constituciones adoptadas entre 2010-2017 sí lo hacen. A pesar de este desarrollo positivo, las constituciones de cinco países continúan garantizando la igualdad de derechos sólo en la medida en que las personas con discapacidad sean consideradas capaces de ejercerlos. Por ejemplo, la Constitución de Timor-Leste establece: Un ciudadano con discapacidad deberá gozar de

C.

Protección a los Derechos de las personas con discapacidad a nivel mundial

¹⁸⁷ Lord y Stein, 2013, pp. 109-110.

¹⁸⁸ Constitución de la Republica del Ecuador, 2008 (enmienda del 2015), art. 11(2).

¹⁸⁹ Heymann, Sprague y Raub, 2020, pp. 22 y 49.

los mismos derechos y estará sometido a los mismos deberes que el resto de ciudadanos, excepto por los derechos y deberes que él o ella es incapaz de ejercer o cumplir debido a su discapacidad”.¹⁹⁰ Disposiciones como la de Timor-Leste abren la puerta al trato discriminatorio al enfocarse en las limitaciones que se perciben en las personas con discapacidad, en vez de enfocarse en la igualdad y en los obstáculos ambientales cuya erradicación puede ayudar a maximizar la inclusión.

Las garantías constitucionales de igualdad específicas para las personas con discapacidad son herramientas invaluable para que los tribunales hagan cumplir los derechos de las personas con discapacidad. En 2014, la Corte Suprema de Justicia de México resolvió que un puesto de trabajo que especificaba que las personas con discapacidad no necesitaban postular era inconstitucional según los artículos 1 y 5 de la Constitución,¹⁹¹ que prohíben la discriminación por motivos de discapacidad y garantizan el derecho al trabajo, respectivamente.¹⁹² Las garantías constitucionales también pueden servir como un trampolín para la reforma legal: cuando Ecuador introdujo una ley integral de discapacidad en 2012, su preámbulo citó las disposiciones del artículo 11 (2) de la Constitución, citado anteriormente, como una de sus bases.¹⁹³

No obstante, las garantías constitucionales generales de igualdad que carecen de un lenguaje específico para la discapacidad pueden en algunos contextos ser herramientas efectivas para promover la igualdad de derechos sobre la base de la discapacidad.¹⁹⁴ Por ejemplo, citando la garantía general de igualdad en el artículo 14 de la Constitución,¹⁹⁵ el Tribunal Superior de Delhi dictaminó que las personas sordas son aptas para tomar un examen de conducción.¹⁹⁶ Sin embargo, los tribunales no siempre interpretan que las garantías generales de igualdad protegen específicamente a las personas con discapacidad. Por ejemplo, en 1927, la Corte Suprema de Estados Unidos desestimó un reclamo constitucional de igual protección y confirmó un estatuto que permitía la esterilización eugenésica involuntaria.¹⁹⁷

¹⁹⁰ *Constitución de la República Democrática de Timor-Leste*, 2002, sec. 21.

¹⁹¹ *Amparo Directo En Revisión*, 2014.

¹⁹² *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917 (enmienda del 2017).

¹⁹³ *Ley Orgánica de Discapacidad*, 2012.

¹⁹⁴ *Bryde y Stein*, 2012, pp. 287-300.

¹⁹⁵ *Constitución de India*

¹⁹⁶ *National Association of the Deaf vs. Union of India*, 2011.

¹⁹⁷ *Buck vs. Bell*, 1927.

2. Accesibilidad y ajustes razonables

El artículo 9 de la CDPD insta a los Estados Partes a “asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. A nivel mundial, sólo el 6% de las constituciones incluyen protecciones garantizadas o aspiracionales (es decir, protecciones expresadas en un lenguaje no autorizado) del derecho a la accesibilidad de los lugares públicos para las personas con discapacidad. Cuatro de las 193 constituciones incluyen disposiciones para garantizar la accesibilidad del transporte. Tres constituciones garantizan el derecho a utilizar el Braille como una forma alternativa de comunicación, al igual que cinco para el lenguaje de señas. Otro 4% de las constituciones se compromete a promover el uso de la lengua de señas.

Proporcionar ajustes razonables es esencial para contrarrestar las barreras al ejercicio de los derechos fundamentales, incluida la igualdad. El artículo 2 de la CDPD, por ejemplo, define los ajustes razonables como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Sólo dos de las 193 constituciones abordan directamente los ajustes razonables.

Aunque los tribunales pueden extender garantías constitucionales explícitas de igualdad a las personas con discapacidad para proporcionar el derecho a la accesibilidad y ajustes razonables –como la Corte Suprema de Canadá que, al citar la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, sostuvo que los hospitales deben proporcionar intérpretes para los sordos¹⁹⁸–, **la accesibilidad y los ajustes razonables siguen siendo, en la mayoría de los casos, la próxima frontera para la formulación de los derechos de las personas con discapacidad en los marcos constitucionales.**¹⁹⁹

¹⁹⁸ *Eldridge vs. British Columbia (Attorney General)*, 1997.

¹⁹⁹ *Esto es especialmente importante en un ambiente crecientemente interconectado, donde el acceso igualitario al mundo virtual es una preocupación real y al mismo tiempo una vía prometedora para la inclusión social. Ver Lazar y Stein, 2017.*

3. Derechos Sociales y Económicos

- Educación

A nivel mundial, el 28% de las constituciones garantizan los derechos educativos de los niños con discapacidad. El 19% lo hace brindando esta garantía específicamente a los niños con discapacidad, mientras que otro 9% protege el derecho a la educación en general y al mismo tiempo garantiza el derecho a la igualdad o prohíbe la discriminación de las personas con discapacidad. El 14% de las constituciones garantizan educación especializada o apoyo educativo general para niños con discapacidad, y el 2% exige específicamente que las escuelas sean accesibles para los niños con discapacidad.

Sin embargo, [los mandatos constitucionales para la integración de los niños con discapacidad en los sistemas escolares generales siguen siendo poco frecuentes](#): sólo el 3% de las constituciones garantizan explícitamente la integración educativa de los niños con discapacidad. Por ejemplo, la constitución de Bolivia establece: “El Estado promoverá y garantizará la educación permanente de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, o con talentos extraordinarios en el aprendizaje, bajo la misma estructura, principios y valores del sistema educativo, y establecerá una organización y desarrollo curricular especial”.²⁰⁰

Sin embargo, estas disposiciones pueden tener efectos profundos en el sistema educativo de un país. Por ejemplo, la Corte Suprema de Brasil desestimó una impugnación de un consorcio de escuelas privadas que afirmaba que una ley que obligaba a las escuelas privadas a brindar educación inclusiva era inconstitucional. El tribunal citó el artículo 208 de la Constitución, que obliga al Estado a implementar el derecho a la educación a través de “atención educacional especial a los portadores de deficiencias, preferentemente en el sistema ordinario de enseñanza”,²⁰¹ y afirmó que todas las escuelas, ya sean públicas o privadas, tienen un deber constitucional de promover la educación inclusiva.²⁰²

- Trabajo

El 22% de las constituciones del mundo garantizan el derecho al trabajo de las personas con discapacidad; el 12% lo hace al hacer explícita esta garantía a los trabajadores con discapacidad, y un 10% adicional garantiza los derechos laborales para todos y prohíbe la discriminación en el empleo por

²⁰⁰ *Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 85.*

²⁰¹ *Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil, 1988 (enmienda del 2017).*

²⁰² *Acción directa de inconstitucionalidad, 2016.*

motivos de discapacidad al mismo tiempo. Por ejemplo, la constitución de Malawi establece: Toda persona tendrá derecho a un salario justo y a una remuneración igual por un trabajo de igual valor sin distinción ni discriminación de ningún tipo, en particular por motivos de género, discapacidad o raza.²⁰³ Un 10% adicional de las constituciones generalmente garantiza el derecho al trabajo o la no discriminación en el trabajo y, al mismo tiempo, garantiza la igualdad o prohíbe la discriminación de las personas con discapacidad. Sin embargo, dos constituciones de 193 –Dinamarca y Arabia Saudita–, continúan limitando el derecho al trabajo a los ciudadanos "capacitados", lo que podría abrir la puerta a la discriminación laboral contra adultos con discapacidades físicas. La sección 75(1) de la Ley Constitucional de Dinamarca establece que con "el fin de garantizar el bienestar general, todo ciudadano apto para trabajar debe tener la oportunidad de trabajar en condiciones susceptibles de asegurar su sustento".

- **Salud**

El 21% de las constituciones garantizan el derecho a la salud de las personas con discapacidad. El 13% lo hace proporcionando explícitamente esta garantía. Por ejemplo, la constitución de España establece: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran".²⁰⁴ Un 8% adicional de las constituciones garantiza el derecho a la salud de todos y, al mismo tiempo, garantiza la igualdad o prohíbe explícitamente la discriminación por motivos de discapacidad. Además, el 7% de las constituciones garantizan en general servicios médicos gratuitos, una disposición que, incluso si no se refiere explícitamente a las personas con discapacidad, puede sin embargo desempeñar un papel importante, dados los vínculos bien documentados entre discapacidad y pobreza.²⁰⁵

4. Derechos Civiles y Políticos

Las personas con discapacidad siguen encontrando restricciones explícitas y legalmente impuestas que han sido eliminadas en gran medida para otros grupos sociales marginados, a menudo en base a suposiciones sobre las personas con discapacidad en su totalidad, o sobre algún tipo de discapacidad en particular, sin tener en cuenta la diversidad entre las personas, las circunstancias y experiencias.

²⁰³ *Constitución de la República de Malawi, 1994 (enmienda del 2017), art. 31.*

²⁰⁴ *Constitución Española 1978 (enmienda del 2011), España, art. 49.*

²⁰⁵ *World Health Organization, 2011, pp. 39-40.*

- Libertad y libertad de circulación

El 25% de las constituciones del mundo protegen explícitamente el derecho a la libertad de las personas con discapacidad. De estos, el 10% garantiza este derecho explícitamente y otro 15% garantiza el derecho a la libertad en general y al mismo tiempo protege la igualdad de derechos para las personas con discapacidad. Sin embargo, cinco de las constituciones que garantizan explícitamente el derecho a la libertad de las personas con discapacidad también incluyen restricciones potencialmente amplias a este derecho, como garantías de igualdad de derechos sólo en la medida en que se perciba que las personas con discapacidad pueden disfrutar de ellos, y **nueve de estas constituciones protegen explícitamente el derecho a la libertad de las personas con discapacidad, pero hacen excepciones específicas para las condiciones de salud mental.** Este tipo de disposición se ha utilizado históricamente para justificar el internamiento involuntario de personas con discapacidad en centros psiquiátricos o entornos de atención colectiva. En total, el 19% de todas las constituciones declaran explícitamente que se puede negar el derecho a la libertad a las personas con condiciones de salud mental. Cuatro constituciones también niegan la libertad de movimiento a las personas que no están "en su sano juicio".

- Voto y elegibilidad para cargos legislativos

La realización de los derechos fundamentales depende de que los países diseñen enfoques inclusivos. Los lugares de votación físicamente inaccesibles o los materiales y procedimientos que sólo funcionan para personas videntes son dos de los muchos ejemplos que con frecuencia restringen severamente los derechos de las personas con discapacidad en la práctica, incluso si tales limitaciones no están prescritas por la ley. Solo cinco constituciones contienen disposiciones diseñadas para facilitar el voto de las personas con discapacidad, y algunas están redactadas con más detalle que otras. Por ejemplo, mientras que la constitución de Uganda establece que el Parlamento promulgará leyes para facilitar que los ciudadanos con discapacidades se registren y voten,²⁰⁶ una disposición similar en la constitución de Malta menciona sólo a los votantes ciegos.²⁰⁷

Además, **el 23% y el 32% de las constituciones en todo el mundo niegan potencialmente a las personas con condiciones de salud mental el derecho al voto y el derecho a ocupar cargos legislativos, respectivamente.** Para las condiciones de salud física, las cifras son mucho más bajas, 3% y 4% respectivamente. Por ejemplo, la Constitución de Uruguay establece

²⁰⁶ *Constitución de la República de Uganda, 1995 (enmienda del 2017), 59(4).*

²⁰⁷ *Constitución de Malta, 1964 (enmienda del 2016), art. 56(10).*

que “La ciudadanía se suspende: 1°. Por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente”, pero no especifica cómo las discapacidades físicas podrían impedir la acción reflexiva.²⁰⁸ Estas disposiciones no se interpretan necesariamente con cautela ni son intrascendentes. En Hungría, las restricciones generales al voto de las personas bajo tutela dieron lugar a la privación del derecho a voto de más de 71.000 personas y, sin embargo, se consideró que solo de 8.000 a 12.000 de ellas tenían discapacidades “graves” o “profundas” que podrían afectar de manera plausible la capacidad de voto.²⁰⁹

Los datos que hemos presentado incluyen las constituciones de los 193 Estados miembros de la ONU, independientemente de si fueron enmendadas, cuándo y cómo. Por supuesto, las constituciones pueden modificarse con bastante frecuencia. Al momento de redactar este informe, la Constitución de Colombia tiene 29 años de vigencia y ha sido enmendada al menos una vez en 20 de esos años; en Brasil, esta cifra es al menos una vez en 27 de 32 años, y en México es 76 de 103 años.²¹⁰ [Las enmiendas pueden introducir –y a veces introducen– nuevos derechos para las personas con discapacidad.](#) Por ejemplo, Guyana agregó la “discapacidad” como motivo protegido contra la discriminación en una enmienda de 2003 a su Constitución.²¹¹ [Y sin embargo, según los datos que hemos recopilado durante casi 15 años, la redacción de nuevas constituciones ha sido hasta ahora una vía más común para implementar y expandir los derechos de las personas con discapacidad.](#)

[Dado que las nuevas constituciones son mucho menos frecuentes que las enmiendas a las existentes, es relativamente raro que las circunstancias se alineen para que un país apruebe una nueva constitución que pueda tener en cuenta los compromisos y contextos internacionales recientemente adquiridos.](#) En 2017, sólo nueve países que habían ratificado la CDPD también habían aprobado una nueva constitución después de la ratificación del tratado. Y, sin embargo, en este pequeño grupo, la presencia de protecciones constitucionales cruciales para las personas con discapacidad es –para todos los propósitos prácticos– universal. Los nueve países prohíben específicamente la discriminación por motivos de discapacidad. Los nueve países garantizan el derecho al trabajo de los adultos con discapacidad, o garantizan el derecho al trabajo a todos los ciudadanos y prohíben la

²⁰⁸ *Constitución de la Republica Oriental del Uruguay, 1966 (enmienda del 2005), art. 80.*

²⁰⁹ *Fiala-Butora et al., 2014, p. 92.*

²¹⁰ *Ver Constitute Project, sin fecha.*

²¹¹ *Guyana, 2003.*

D.

Nuevas constituciones tras la adopción de la CDPD

discriminación por motivos de discapacidad al mismo tiempo. Los nueve países también garantizan el derecho a la educación de los niños con discapacidad o garantizan el derecho a la educación de todos los niños y prohíben la discriminación por motivos de discapacidad al mismo tiempo. Los nueve garantizan los derechos a la salud de las personas con discapacidad o garantizan los derechos a la salud de todos y prohíben la discriminación por motivos de discapacidad al mismo tiempo. Los nueve garantizan el derecho a la libertad directamente o otorgan este derecho a todos y prohíben la discriminación por motivo de discapacidad, y ocho de los nueve hacen lo mismo por el derecho a la libertad.

Incluso las disposiciones constitucionales que son mucho menos frecuentes, como las relativas a la accesibilidad y los ajustes razonables, tienen más probabilidades de ser adoptadas durante la redacción de una nueva constitución. De los únicos cuatro países del mundo que constitucionalmente mandatan las escuelas accesibles, dos introdujeron su constitución después de ratificar la CDPD. De los únicos siete países del mundo que garantizan o aspiran a la integración de los estudiantes con discapacidad en la educación, dos incluyeron esta disposición en una nueva constitución posterior a la CDPD, al igual que cuatro de los nueve países que garantizan constitucionalmente la accesibilidad en el transporte y/o espacios públicos. Además, las tres constituciones a nivel mundial que garantizan el derecho a ocupar cargos legislativos a las personas con discapacidad fueron redactadas por países después de la ratificación de la CDPD, al igual que dos de las tres constituciones a nivel mundial que garantizan el derecho al voto. Todas estas cifras muestran una creciente consideración de los marcos constitucionales como el lugar apropiado para implementar las obligaciones internacionales creadas por la CDPD y, en general, ampliar los derechos y libertades de las personas con discapacidad.

E. **Conclusión**

En general, los datos presentados en este capítulo revelan que, en los cuatro tipos de derechos y libertades fundamentales examinados, la proporción de constituciones nacionales que garantizan la protección de las personas con discapacidad sigue siendo una clara minoría mundial. Esto es especialmente cierto cuando se compara esta cifra con la proporción de constituciones globales que protegen de la discriminación por motivos de sexo/género, raza/etnia o religión.

Sin embargo, esta cifra general oculta el progreso reciente y acelerado. Si bien el 11% de todas las constituciones vigentes que se aprobaron antes de 1990 garantizan explícitamente la igualdad o la no discriminación por motivos de discapacidad, el 71% de las adoptadas en 2010-2017 lo hacen. Se pueden observar tendencias similares en el acceso constitucional a los de-

rechos sociales y económicos de las personas con discapacidad, incluidos los relacionados con el empleo, la educación y la atención médica. Esta trayectoria refleja el impacto que el movimiento por los derechos de las personas con discapacidad ha tenido en el discurso de los derechos humanos y en la posterior modernización de los marcos legales, y es especialmente notable en aquellos países que promulgaron una nueva constitución después de haber firmado la CDPD.

Sabemos que los avances constitucionales en un país específico pueden tener un efecto dominó fuera de las fronteras de ese país. Las normas legales, las culturas y las formas de razonamiento con frecuencia se polinizan de forma cruzada en todo el mundo. Por ejemplo, una propuesta de enmienda sobre igualdad de la coalición de derechos de las personas con discapacidad *Initiativkreis Gleichstellung Behinderter* (Iniciativa para la igualdad de las personas con discapacidad), leída públicamente ante la Comisión Constitucional Alemana en 1992, atrajo fuertes influencias de la entonces relativamente reciente Carta Canadiense de Derechos y Libertades que otorga igual protección legal a las personas con discapacidades físicas o mentales.²¹² Dos años después, el art. 3 de la Ley Fundamental de Alemania se modificó para incluir la frase: "Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico".²¹³

La promulgación de una nueva constitución es un hecho poco común en comparación con la frecuencia relativamente mayor de enmiendas constitucionales. Sin embargo, el proceso de enmienda a menudo se ve limitado por barreras políticas y de procedimiento que limitan la entrada en vigor de protecciones fuertes para las personas con discapacidad. En contraste, la redacción de una nueva constitución puede ofrecer oportunidades únicas para el progreso transformador, como la que Chile tiene ahora. Esto es aún más cierto con la participación de los ciudadanos con discapacidad en la redacción. Si bien la CDPD es, evidentemente, un instrumento internacional vinculante, también es el producto final de décadas de trabajo de promoción de las OPD. Esta promoción ha llevado a una codificación cada vez mayor –tanto en la CDPD como en las constituciones que se han promulgado con posterioridad a su entrada en vigor– de cómo se ve un marco justo y equitativo de derechos y libertades para las personas con discapacidad en 2021. Tanto como piedra angular del sistema legal de un país, como una declaración de sus valores colectivos, las nuevas constituciones como la de Chile pueden seguir desempeñando un papel clave en la expansión de los derechos de las personas con discapacidad en todo el mundo.

²¹² *Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982 (enmienda de 1993), art. 15(2); Heyer, 2002, pp. 723-762.*

²¹³ *Constitución de Alemania, 1949 (con enmiendas hasta 2014).*

• BIBLIOGRAFIA

Acción directa de inconstitucionalidad (2016)
Superior Tribunal Federal de Brasil. ADI 5357.

Acta Constitucional de Dinamarca (1953).

Amparo Directo En Revisión 1387/2012 (2014) (México).
Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2012/10/2_139091_1794.doc (Consulta: 24 agosto 2021).

Bryde, B. y Stein, M.A. (2012)
'General Provisions Dealing with Equality', en Tushnet, M. et al., Routledge Handbook of Constitutional Law. Abingdon: Routledge, pp. 287-300.

Buck vs. Bell (1927)
Corte Suprema de Estados Unidos.

Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982)
Enmiendas hasta 1993.

Constitución de Alemania (1949)
Con enmiendas hasta 2014. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=es (Consulta: 24 agosto 2021).

Constitucion de España (1978)
Enmiendas hasta 2011. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es (Consulta: 24 agosto 2021).

Constitución de India (1949)
Enmiendas hasta 2016.

Constitución de la República de Malawi (1994)
Enmiendas hasta 2017.

Constitución de la República de Uganda (1995)
Enmiendas hasta 2017.

Constitución de la Republica del Ecuador (2008)
Enmiendas hasta 2015. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021.pdf?lang=es (Consulta: 24 agosto 2021).

Constitución de la República Democrática de Timor-Leste (2002).

Constitución de la Republica Oriental del Uruguay (1966)

Enmiendas hasta 2005. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Uruguay_2004.pdf?lang=es (Consulta: 24 agosto 2021).

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

Enmiendas hasta 2017. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=es (Consulta: 24 agosto 2021).

Constitución de Malta (1964)

Enmiendas hasta 2016.

Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil (1988)

Enmiendas hasta 2017. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es (Consulta: 24 agosto 2021).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)

Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es (Consulta: 24 agosto 2021).

Constitute Project (sin fecha)

Disponible en: <https://www.constituteproject.org/?lang=es> (Consulta: 24 agosto 2021).

Drew, N. et al. (2011)

'Human Rights Violations of People With Mental and Psychosocial Disabilities: An Unresolved Global Crisis,' The Lancet, 378(9803):1664-1675.

Ecuador (2012)

Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial, IV(796). Disponible en: https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/ley_organica_discapacidades.pdf (Consulta: 24 agosto 2021).

Eldridge vs. British Columbia (Attorney General) (1997)

Corte Suprema de Columbia Británica.

Evans, E., et al. (2012)

'Service Development for Intellectual Disability Mental Health: A Human Rights Approach,' Journal of Intellectual Disability Research, 56(11):1098-1109.

Fiala-Butora, J. (2014)

'The Democratic Life of the Union: Toward Equal Voting Participation for Europeans with Disabilities', *College of William & Mary Law School Faculty Publications*, 55(1):71-104.

Filmer, D. (2008)

'Disability, Poverty, and Schooling in Developing Countries: Results from 14 Household Surveys', *World Bank Economic Review*, 22:141-163.

Guyana (2003) Act No. 10 of 2003. Constitution (Amendment) (NO. 2) Act 2003.

Disponible en: https://parliament.gov.gy/documents/acts/4619-act_no_10_of_2003.pdf (Consulta: 24 agosto 2021).

Harpur, P. y Stein, M.A. (2019)

'Children with Disabilities, Human Rights, and Sustainable Development', en Fenton-Glynn, C. (ed.) *Children's Rights and Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 139-164.

Heyer, K. (2002)

'The ADA on the Road: Disability Rights in Germany', *Law & Social Inquiry*, 27(4):723-762.

Heymann, J. y McNeill, K. (2013)

Children's Chances: How Countries Can Move from Surviving to Thriving. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Heymann, J., Sprague, A. y Raub, A. (2020)

Advancing Equality. Berkeley, CA: University of California Press.

Jones, M. (2007)

'Does part-time employment provide a way of accommodating a disability?', *The Manchester School*, 75(6):695-716.

Lawson, A. y Waddington, L. (2018)

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice. Oxford: Oxford University Press.

Lazar, J. y Stein, M.A. (2017)

Disability, Human Rights, and Information Technology. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Lord, J. y Stein, M.A. (2013)

'Prospects and Practices for CDPD Implementation in Africa', *African Disability Rights Yearbook*, 1:109-110.

- Lord, J., Stein, M.A. y Fiala-Butora, J. (2014)
'Facilitating an Equal Right to Vote for Persons with Disabilities', Journal of Human Rights Practice, 6(1):115-139.
- Maldonado, S. (2006)
Trabajo y Discapacidad en el Perú: Mercado Laboral, Políticas Publicas e Inclusión Social. Lima, Perú: Fondo Editorial del Congreso del Perú y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Mannan, H. et al. (2012)
'Core Concepts of Human Rights and Inclusion of Vulnerable Groups in the Disability and Rehabilitation Policies of Malawi, Namibia, Sudan, and South Africa', Journal of Disability Policy Studies, 23(2):67-81.
- Mitra, S. y Sambamoorthi, U. (2009)
'Wage differential by disability status in an agrarian labor market in India', Applied Economic Letters, 16(14):1393-1398.
- National Association of the Deaf vs. Union of India (2011)
Tribunal Superior de Delhi. W.P.(C) 10849/2009.
- OECD (2010)
Sickness, Disability and Work: Breaking the Barriers. A Synthesis of Findings Across OECD Countries. Paris: OECD Publishing.
- Organización de Naciones Unidas (2006)
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Ranjit Kumar Rajak vs. State Bank of India (2009)
Tribunal Superior de Bombay. 5 Bom CR 227.
- Redley, M. et al. (2012)
'The Voting Rights of Adults with Intellectual Disabilities: Reflections on the Arguments, and Situation in Kenya and England and Wales', Journal of Intellectual Disability Research, 56(11):1026-1035.
- Schur, L. (2002)
'Dead end jobs or a path to economic well being? The consequences of non-standard work for people with disabilities', Behavioral Sciences and the Law, 20:601-620.
- Stein, M.A. et al. (2009)
'Health Care and the UN Disability Rights Convention', The Lancet, 374(9704):1796-1798.

UNESCO (2014)

Education for All Monitoring Report 2013/2014. Paris: UNESCO Publishing.

UNICEF (sin fecha)

Children and Young People with Disabilities Fact Sheet. Disponible en: www.unicef.org/disabilities/files/Factsheet_A5__Web_REVISED.pdf (Consulta: 24 agosto 2021).

United Nations Enable (sin fecha)

Fact Sheet on Persons with Disabilities. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/factsheet-on-persons-with-disabilities.html> (Consulta: 24 agosto 2021).

Van Weele, E. (2012)

‘The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Context of Human Rights Law’, en Anderson, J. y Philips, J. (eds.) Disability and Universal Human Rights: Legal, Ethical, and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Utrecht: Netherlands Institute of Human Rights, pp. 9– 30.

Wilson-Kovacs, D. et al. (2008)

‘Just because you can get a wheelchair in the building doesn’t necessarily mean that you can still participate: Barriers to the career advancement of disabled professionals’, Disability & Society, 23(17):705-717.

World Health Organization (2011)

World Report on Disability. Malta: Organización Mundial de la Salud.

World Health Organization (2020)

Disability and Health. Disponible en: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health> (Consulta: 24 agosto 2021).



Hacia un proceso constituyente inclusivo de las personas con discapacidad

Pablo Marshall,²¹⁴ Viviana Ponce de León²¹⁵ y Eduardo Marchant²¹⁶

DOI: 10.53110/DKXW1449

A. Introducción: El pasado 23 de diciembre se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.298, que modifica la actual Constitución Política para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la Convención Constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de los Convencionales Constituyentes. En particular sobre la participación de las personas con discapacidad (en adelante, PcD), esta ley incorpora al actual texto constitucional una disposición según la cual, al menos el cinco por ciento de la totalidad de las declaraciones de candidaturas de las listas conformadas por un solo partido político o pactos electorales de partidos políticos, deberá corresponder a candidaturas de PcD. La situación de discapacidad del candidato podrá acreditarse mediante la respectiva calificación y certificación prevista en la Ley N° 20.422 o mediante la verificación de la calidad de asignatario de pen-

²¹⁴ Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Glasgow, Reino Unido. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Austral, Chile. Correo electrónico: pmarshall@uach.cl. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8347-4620>.

²¹⁵ Abogada. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Católica del Norte, Chile. Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Austral, Chile. Correo electrónico: viviana.ponce-deleon@uach.cl. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7574-1717>.

²¹⁶ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral, Chile. Estudiante de Doctorado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Austral, Chile. Correo electrónico: ecmarchantvivanco@gmail.com. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1659-1357>.

sión de invalidez de cualquier régimen previsional. Finalmente, se establece que el incumplimiento de estos requisitos acarreará el rechazo de todas las candidaturas declaradas por la lista infractora, sin perjuicio de que se fijen reglas y procedimientos para subsanar dicha infracción.

De este modo, el debate constituyente que se desarrolla hoy en Chile representa un hito sin precedentes en materia de participación política de las PcD. *La elección de los Convencionales Constituyentes será la primera elección popular en Chile que contará con cuotas electorales específicamente reservadas para PcD.* A la luz de este hito, el objetivo del presente trabajo es analizar uno de los elementos necesarios para que un proceso constituyente tenga el potencial de reflexionar sobre la posición que las personas con discapacidad ocupan en la sociedad: garantizar una participación política efectiva de las PcD en el proceso constituyente chileno. Queremos dar cuenta de las potencialidades y dificultades que dicho camino enfrenta, considerando las medidas que han sido adoptadas para permitir esa participación. Para ello, en primer lugar, se introduce un marco conceptual que identifica el reto de la transformación constitucional que vaya en beneficio de las PcD (secciones b, c y d); en segundo lugar, se identifica un marco normativo en el que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, la participación de las personas con discapacidad debe desarrollarse (sección e); finalmente, se centra la discusión en la participación de las PcD en el órgano constituyente, identificando ciertos desafíos que la implementación de la Ley N° 21.298 debe afrontar para que dicha participación sea efectiva y significativa (sección f).

B. ***La sociedad capacitista***

Las PcD han sido tradicionalmente marginadas de la participación y la toma de decisiones políticas. Como consecuencia, es usual que las PcD vean que sus intereses son desplazados de la discusión y de las decisiones que se adoptan, lo que resulta especialmente problemático desde un punto de vista democrático cuando se trata de las decisiones que les afectan. Esto se deriva de un gran número de razones y se expresa en varias formas. Por ejemplo, se ha considerado que las PcD intelectual no tienen la capacidad o la independencia para participar en la toma de decisiones políticas. Otro ejemplo es el de la falta de mecanismos de votación que permitan sufragar a personas que no se pueden desplazar a los locales de votación. *Subyacente a estas experiencias de exclusión está la organización de la sociedad de una forma especialmente hostil para las PcD.* Si queremos traducir la operación de dicha hostilidad a una idea más cercana al lenguaje de los derechos humanos, podemos decir que ella se manifiesta a través de un conjunto de dispositivos o estructuras que se traducen en barreras para el ejercicio de derechos.

Tal como el machismo es criticado por los estudios de género por privilegiar un modelo masculino de sociedad por sobre uno que incluya y empodere a las mujeres, los estudios de la discapacidad han acuñado su propio término: el capacitismo. El capacitismo corresponde a la disposición de grupos y estructuras sociales a valorar y promover ciertas habilidades por sobre otras. Ciertas habilidades de las personas son normalizadas en contra de las personas que tienen una deficiencia médicamente diagnosticada, estableciendo una jerarquía entre las personas sin discapacidades y aquellas con discapacidades.²¹⁷ Esta jerarquía tiende a atribuir el poder, las ventajas y beneficios que son distribuidos por la sociedad a los individuos sin discapacidad y a privar de ello a priori, de manera discriminatoria, a las PcD. Una sociedad capacitista, por tanto, es una que discrimina, no siempre de manera deliberada, contra las PcD.

Para revertir la exclusión de la que son objeto las PcD, es importante tomar conciencia, primero, que vivimos en una sociedad capacitista, tal como en la última década se ha tomado conciencia de que vivimos en una sociedad machista. Luego, debemos adoptar medidas tanto para visibilizar como para empoderar a las PcD. De esta forma, el concepto de capacitismo es un término útil para describir que el conjunto de formas específicas de exclusión y barreras para el ejercicio de derechos de las PcD tienen un origen estructural y son producto de una construcción social que es posible de transformar. Desde la perspectiva del derecho, los derechos reconocidos a las demás personas, por lo general, también les son reconocidos a las PcD. Sin embargo, el ejercicio de dichos derechos en igualdad de condiciones es impedido, en la medida que su implementación ha sido llevada a cabo en una sociedad capacitista. Las PcD enfrentan barreras de la más diversa índole: actitudinales, físicas, jurídicas, económicas, sociales y de comunicación, que un proceso constituyente tiene la potencialidad de ayudar a remediar.

La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) ha sido fundamental para visibilizar las barreras que las PcD enfrentan para ejercer sus derechos. En el lenguaje de la CDPD la discapacidad es concebida como un conjunto de barreras para el ejercicio de derechos que se manifiestan cuando las PcD interactúan con la sociedad. El problema, en esta línea, no está en las personas sino en la sociedad opresora. Es por eso que la CDPD no establece nuevos derechos, sino que se enfoca en cómo los derechos tradicionales deben entenderse para evitar las barreras en su ejercicio. Por ejemplo, el derecho a reunirse en el espacio público es más difícil y muchas veces imposible de ejercer para una

C.

Una constitución para las personas con discapacidad

²¹⁷ Wolbring, 2008, pp. 252-258.

persona que debe movilizarse en silla de ruedas; el ejercicio del derecho a sufragio está prohibido por el derecho para muchas personas con discapacidad mental (artículo 16 numeral primero de la Constitución) y los locales de votación son muchas veces inaccesibles para personas con movilidad reducida; el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es mucho más difícil y muchas veces imposible para personas sordas, que requieren para ser comprendidas de un destinatario que entienda la lengua de señas. Estos son sólo algunos ejemplos de las dificultades que experimentan las PcD en el ejercicio de sus derechos de participación. Si bien nuestra sociedad no es insensible a dichas barreras y algunos esfuerzos han sido desplegados para eliminarlas —por ejemplo, estableciendo mecanismos alternativos para sufragar—, esos esfuerzos son, como veremos, todavía insuficientes.

Un estudio publicado en 2016 muestra el nivel de recepción de normas constitucionales específicamente dirigidas a garantizar los derechos de las PcD en un universo de 193 jurisdicciones.²¹⁸ Los derechos específicos de las PcD que más comúnmente se encuentran consagrados constitucionalmente en el derecho comparado dicen relación con derechos de contenido social: el derecho a la educación (28%), a la salud (26%) y al trabajo y la no discriminación en el empleo (18%). Asimismo, hay un número relevante de constituciones que establecen una regulación específica del derecho a la igualdad y no discriminación (24%) y de los derechos de participación política (22%) en relación con las PcD. Finalmente, en un número mucho más limitado se ubica la garantía de la libertad de movimiento y expresión (9%) y el derecho de asociación (7%). La garantía de derechos constitucionales que hagan específica mención a las PcD en su regulación no es una solución definitiva al problema de las barreras de acceso que afectan a la población con discapacidad. Es, sin embargo, un primer paso. Se requiere también una legislación complementaria, una actividad de litigación judicial y una movilización social acorde para garantizar que los derechos consagrados constitucionalmente se realicen en la práctica. Las disposiciones constitucionales no sólo tienen un efecto regulativo que puede ser importante para la garantía de los derechos de las PcD, por la vía legislativa y judicial, sino que también tienen un efecto simbólico importante. Ese efecto puede contribuir a promover no sólo el respeto de los derechos de las PcD sino también una visión de la sociedad en su conjunto en que las preocupaciones de las PcD no sean invisibilizadas.

La consagración de regulaciones específicas para las PcD no agota el potencial contenido de una nueva constitución al servicio de la eliminación de las barreras que experimentan las PcD en el ejercicio de sus derechos.

²¹⁸ Raub et al., 2016, pp. 203-240.

Hay dos caminos adicionales, inéditos en el diseño constitucional comparado, que pueden adoptarse a la hora de la redacción de las nuevas disposiciones constitucionales. En primer lugar, está la idea de un **diseño institucional inclusivo**, eso es, pensar no sólo los derechos sino también la composición de los órganos y la consagración de atribuciones a dichos órganos de una forma que los haga accesibles a las PcD. En segundo lugar, se encuentra la posibilidad de **incluir cláusulas específicamente dirigidas a la protección de las PcD**, por ejemplo, incluyendo la obligación de todos los órganos del Estado de resguardar el principio de accesibilidad o el principio de acceso universal en su caso, y el derecho a los ajustes razonables para las PcD. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 70 a 72 de la Constitución Boliviana, que garantizan derechos específicos de las PcD: la prohibición de la discriminación, maltrato y violencia, y el compromiso del Estado con acciones positivas, entre otros. Una cláusula con dicho contenido también podría establecerse en la regulación del derecho a la igualdad y no discriminación. Estas alternativas son complementarias y podrían fortalecer la protección de los derechos de las PcD.

Es sin duda importante que las PcD puedan participar en la creación de una nueva constitución. Ello viene dado por el necesario respeto a su derecho a autodeterminarse individualmente y a formar parte, mediante el ejercicio de un conjunto de derechos, de la autodeterminación colectiva. El derecho a participar ha quedado establecido tanto en la CDPD como en las legislaciones nacionales. Desde esta perspectiva, las PcD tienen derecho a participar y dicho derecho debe ser respetado por consideraciones de principio.

Sin embargo, la participación de PcD no sólo puede ser defendida por razones de principio. También puede ser bienvenida por razones de justicia epistémica, esto es, desde el punto de vista de la específica contribución que con su conocimiento único solo ellas pueden entregar,²¹⁹ en este caso, **al proceso de discusión de una nueva constitución**. En esta línea, sólo las PcD, a través de los conocimientos aprendidos por sus propias experiencias de vida, pueden perfilar con detalle las medidas que deben ser adoptadas para concebir una constitución que permita desmontar las barreras para el ejercicio de sus derechos, en la que tengan igual oportunidad de desarrollar sus planes de vida individuales y participar en proyectos colectivos. Esto supone, por un lado, reconocer la autoridad epistémica de las PcD en los asuntos que implican comprender sus propias experiencias. Por otro lado, exige un esfuerzo de humildad de parte de las personas sin disca-

D.

La contribución que las personas con discapacidad pueden hacer al proceso constituyente

²¹⁹ Tremain, 2016, cap. 9.

pacidad, para reconocer que es imposible entender qué es lo que significa ponerse en el lugar del otro, cuando ese otro ha sido, por largo tiempo, alguien invisible tanto en el espacio público como en las representaciones culturales de la sociedad.

Con todo, la contribución que las PcD pueden hacer, obviamente, no sólo proviene de su experiencia personal. Por un lado, ella es mucho más rica y de seguro incluirá puntos de vista, razones y argumentos novedosos, críticos y desafiantes para las formas en que las personas sin discapacidad han pensado en la sociedad. Por otro lado, incluso contra todas las barreras que hacen su organización improbable y difícil, las PcD se han organizado en redes de colaboración y apoyo que les permitirán articular sus demandas de una forma colectiva.

La contribución que las PcD pueden hacer no sólo puede impactar en la eliminación o la mitigación del capacitismo de nuestra sociedad y la consecuente eliminación de barreras que las afectan. Su contribución puede tener mayores alcances. Contar con una activa participación de PcD en la discusión constituyente contribuirá a la elaboración de un mejor arreglo social para todos los que aún no tenemos ninguna discapacidad, en la medida que puede contribuir a visibilizar la vulnerabilidad inherente de todo ser humano y el cuidado que todos requerimos en algún momento de nuestras vidas adultas. Para entender esto debemos recordar que la discapacidad es un fenómeno mucho más extendido que lo que se piensa. Según el último estudio nacional sobre la discapacidad, cerca de 2,9 millones de personas, aproximadamente un 16,7% de la población nacional, posee algún tipo de discapacidad,²²⁰ y la prevalencia de la discapacidad sólo puede tender a extenderse. El envejecimiento de la población va a hacer que las discapacidades relacionadas con la edad avanzada se multipliquen y que ambientes y servicios más accesibles se transformen en una necesidad urgente. Esto puede confirmar la idea de que todos somos potenciales PcD, pero más radicalmente puede contribuir a que entendamos que todos somos dependientes unos de otros. Las ideas de vulnerabilidad, interdependencia y solidaridad pueden constituir un aporte propio de la tradición de la lucha de las PcD al proceso constituyente.

²²⁰ SENADIS, 2015.

El derecho de participación se encuentra garantizado a todas las personas en una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos. No obstante, a efectos de la participación política de PcD, el instrumento más relevante en esta materia es la ya mencionada CDPD. En ella se establecen una serie de principios generales, como el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual de las PcD, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, entre otros. Todos ellos son importantes de considerar en la redacción de una nueva constitución en la medida que establecen obligaciones internacionales para el Estado. Más específicamente, en lo que respecta a la inclusión de PcD en el marco del proceso constituyente, hay al menos dos artículos de la CDPD que aportan orientaciones relevantes.

El primero es el artículo 4 párrafo 3, que impone a los Estados partes el deber de celebrar consultas y colaborar activamente con PcD para la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la CDPD, además de en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las PcD. Esta disposición hace eco de la consigna acuñada por los movimientos y agrupaciones de PcD: “Nada sobre nosotros sin nosotros”. Según lo ha expresado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General N° 7, las cuestiones relacionadas con las PcD podrían, justamente, “guardar relación con el derecho constitucional, los derechos electorales, el acceso a la justicia, el nombramiento de las autoridades administrativas a cargo de las políticas en materia de discapacidad o las políticas públicas en los ámbitos de la educación, la salud, el trabajo y el empleo”.²²¹ El Comité también ha puntualizado que “los Estados partes deberían considerar las consultas y la integración de las personas con discapacidad como medida obligatoria antes de aprobar leyes, reglamentos y políticas, ya sean de carácter general o relativos a la discapacidad”.²²²

Es así como la consulta se erige en una etapa ineludible en el proceso constituyente, toda vez que en él surgirán diversas cuestiones que afectarán directa o indirectamente a las PcD. Dichas consultas deberían tener lugar en las fases iniciales de los procesos de adopción de decisiones y contribuir en sus resultados finales. En ellas se deberían considerar a todas las PcD, incluyendo a las PcD psicosocial e intelectual, así como también a las organizaciones de PcD (en adelante, OPD) que las agrupan y representan sus intereses. En cuanto a su valor, el Comité ha precisado que las opiniones

E.

Las exigencias del derecho internacional y su puesta en práctica

²²¹ *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, pág. 20.*

²²² *Ibíd., pág. 15.*

recabadas en las consultas deben ser debidamente consideradas. En consecuencia, los Estados parte deben garantizar que se escuche a las PcD no como una mera formalidad o gesto simbólico, sino teniendo en cuenta las observaciones y demandas que las PcD hagan, de manera que éstas se reflejen en las decisiones que se adopten.²²³

El segundo artículo relevante es el artículo 29 de la CDPD, referido a la participación en la vida política y pública. Este artículo establece el deber de garantizar a las PcD los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones que las demás. Para ello, se debe asegurar que aquellas puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos su derecho y posibilidad de votar y ser elegidas. Asimismo, prevé la obligación de promover activamente un entorno en el que las PcD puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. Que la participación de las PcD sea plena supone su presencia regular en reuniones de alto nivel y en negociaciones. Que sea efectiva implica que sus contribuciones deben reflejarse en la decisión final que se adopte.²²⁴

Aunque el Comité ha proporcionado una serie de directrices para satisfacer estas exigencias, existen todavía brechas considerables en su implementación. Entre los criterios que podrían contribuir a reducir estas brechas se encuentran la transparencia, la participación de PcD desde las etapas iniciales de los procesos de toma de decisiones, la colaboración amplia de todos los actores relevantes, el despliegue de campañas educativas para generar conciencia, la evaluación continua y la influencia directa en las decisiones mediante la provisión de información basada en evidencia.²²⁵

Tanto el deber de consulta como el derecho a participar en la vida política y pública se reconocen, sin duda, respecto de las PcD consideradas en forma individual. Sin embargo, ambos se hacen extensivos también a las organizaciones que son dirigidas, administradas y gobernadas por PcD y cuyos miembros son mayoritariamente PcD. Dichas organizaciones son creadas con el fin de actuar, expresar, promover, perseguir o defender los derechos de las PcD.

La participación significativa de estas organizaciones suele enfrentar una serie de desafíos. Entre ellos cabe destacar, primero, la falta de recursos

²²³ *Ibíd.*, pár. 48.

²²⁴ *Birtha*, 2013, pp. 115-138.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 133.

y capacidad técnica para conducir investigación que pueda informar la implementación de la CDPD y, segundo, la ausencia de una voz uniforme y una participación equilibrada de las OPD.²²⁶ Para abordar estas dificultades, el Comité ha establecido que los Estados parte deben proporcionar el apoyo y financiamiento necesario para garantizar la participación de los representantes de todas las PcD en los procesos de consulta, en todos los niveles de adopción de decisiones y en los procesos de aplicación y seguimiento de la CDPD.²²⁷ Por otra parte, es importante asegurar la participación de OPD que reflejen la diversidad dentro de la discapacidad, así como a una variedad de segmentos sociales y grupos etarios. Especial consideración ha de darse a la participación significativa de PcD que experimentan formas de discriminación múltiples e interseccionales, como mujeres, niñas y niños, indígenas minorías étnicas, refugiados, y personas que viven en zonas rurales o remotas, entre otros.²²⁸

En términos del impacto de la intervención de las OPD, una estrategia relativamente exitosa a nivel comparado consiste en conformar grupos de trabajo unitarios entre ellas. Estos grupos de trabajo se centran exclusivamente en determinados asuntos fundamentales en los que las posiciones de las PcD están alineadas y presentan un frente unido ante los mismos. Por contraste, otros asuntos de interés exclusivo para ciertos grupos de PcD quedan de lado y son atendidos de manera separada. Con todo, esta estrategia no está exenta de retos y tensiones. Después de todo, las distintas OPD pueden tener distintas prioridades, pueden representar intereses incompatibles, estar relacionados estrechamente con grupos frente a los que otras OPD son hostiles —como profesionales del área de la salud y el cuidado o familiares de PcD— o pueden tener que competir entre sí por recursos limitados.²²⁹

²²⁶ *Ibíd.*, p. 133-136.

²²⁷ *Op. Cit.*, *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2018, párr. 7, 39, 45, 46, 60-64 y 94.

²²⁸ *Ratray y Lako*, 2018.

²²⁹ *Sherlaw y Hudebine*, 2015, p. 15.

Hacia un órgano constituyente inclusivo

1. ¿Cómo hacer inclusivo el órgano constituyente?

Un proceso constituyente inclusivo no sólo debe preocuparse de que las PcD puedan participar a través de elecciones y plebiscitos. **Un aspecto fundamental de la participación de las PcD supone que ellas puedan integrar el órgano constituyente mismo.** En este sentido, el artículo 29 CDPD consagra el derecho de las PcD a presentarse efectivamente como candidatas en procesos electorales, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, incluyendo la integración de un órgano constituyente. Si bien no es común que haya normas que prohíban la participación de PcD en cargos de elección popular,²³⁰ hemos visto que ellas experimentan importantes barreras para acceder a las instancias de participación política.

Como una forma de contrarrestar estas barreras y entendiendo que la exigencia de inclusión de las PcD en la participación política debe expresarse en la adopción de medidas afirmativas, en la literatura comparada han sido consideradas dos tipos de medidas. Una primera alternativa corresponde al **establecimiento de cuotas de participación de PcD.** Estas pueden asumir la forma de escaños reservados, como ocurre en las elecciones de la Asamblea Nacional de Uganda, o de cuotas en las listas electorales, como sucede en las elecciones municipales de Túnez. **Aunque esta estrategia puede contribuir a generar una minoría crítica de personas con discapacidad capaz de ejercer alguna influencia decisiva en los contenidos del nuevo texto constitucional, tiene el potencial inconveniente de generar el fenómeno del single-issue label, esto es, la práctica de asumir que solamente los representantes con discapacidad abordarán cuestiones relacionadas con la discapacidad.**

Respondiendo a dicho inconveniente, una segunda alternativa, complementaria a la anterior, consiste en **disponer de consultas con PcD, a través de las OPD.** Según lo expresado por el Comité, estas consultas deben basarse en la transparencia, el respeto mutuo, el diálogo genuino y la voluntad sincera de alcanzar acuerdos colectivos y deben desarrollarse conforme a procedimientos que respondan a la diversidad de las PcD.²³¹ Por otro lado, “a fin de asegurarse de que no se deja a nadie atrás en relación con los procesos de consulta, los Estados partes deberían designar a personas encargadas de hacer un seguimiento de la asistencia, detectar grupos subrepresentados y velar por que se atiendan los requerimientos de accesibilidad y ajustes razonables”.²³²

²³⁰ *Op. Cit., Raub et al., 2016, pp. 233-235.*

²³¹ *Op. Cit., Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, párr. 47.*

²³² *Ibíd., párr. 76.*

2. La Ley N° 21.298 y algunos desafíos para la participación efectiva de las PcD en la Convención Constitucional

La Ley N° 21.298 expresa una elección por la primera de las alternativas señaladas más arriba, en tanto que opta por la reserva de cuotas para las PcD en las listas electorales que se presenten a la elección de los Convencionales Constituyentes. Ahora bien, sin perjuicio de que la promulgación de la ley represente un avance para la participación de las PcD en el proceso constituyente, en su implementación existen al menos dos desafíos para que dicha participación resulte efectiva y significativa.

- **Órgano constituyente accesible**

Tratándose de la elección de convencionales constituyentes, es necesario garantizar que las PcD puedan efectivamente asumir y ejercer sus cargos. Para ello, resulta esencial que gocen de accesibilidad óptima a los procedimientos, información e instalaciones que correspondan.²³³ Al respecto, estudios que se han preocupado de documentar las experiencias de PcD en el acceso o ejercicio de cargos públicos dan cuenta de que las barreras derivadas de la ausencia de accesibilidad se expresan en distintas instancias, tales como la participación en actos de campaña, la participación en la discusión y deliberación al interior del órgano colegiado en el que participan, la distribución de la información relevante para la toma de decisiones, etc.²³⁴

De este modo, el establecimiento de cuotas en las listas electorales es solo un paso inicial en el recorrido hacia a la inclusión de las PcD en el órgano y en el debate constituyente. Este recorrido hacia la inclusión requerirá de la elaboración de una estrategia de accesibilidad que, en primer lugar, sea sensible a la diversidad de las PcD (en el sentido de prever distintas medidas de accesibilidad de acuerdo al tipo de discapacidad); y que, en segundo lugar, sea comprensiva de las distintas instancias o momentos de participación en el seno de la discusión constituyente. Esta estrategia posibilitará que, de resultar electas PcD para servir como convencionales constituyentes, se puedan proveer las medidas de adecuación que se requieran para su participación en igualdad de condiciones, las que podrían incluir, por ejemplo, rampas de acceso, asientos adaptados o preferenciales, lectoescritura braille, traducción en lengua de señas, distribución de información escrita en formato de lectura fácil, modalidades de asistencia personal, etcétera.

²³⁴ *Op. Cit., Ratray y Lako, 2018, p. 39.*

²³⁵ *Evans y Reher, 2020.*

- Heterogeneidad de las PcD como grupo social

Las PcD son un grupo heterogéneo, integrado por personas con tipos de discapacidad distintos (por ejemplo, discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y psicosociales). En este escenario de diversidad al interior de las PcD se aloja un fenómeno de especial impacto para el cumplimiento de las cuotas electorales que establece la Ley N° 21.298: *el problema de la «jerarquía de las deficiencias»* (hierarchy of impairments). Esta expresión se ha utilizado en los estudios sobre discapacidad para transmitir la idea de que las percepciones y actitudes hacia las PcD varían y usualmente dependen del tipo y el origen de las deficiencias que ellas tienen.

Dicho esto, al utilizar la expresión genérica “personas en situación de discapacidad”, la Ley N° 21.298 deja abierta la posibilidad de que opere la jerarquía de las deficiencias y que, en consecuencia, se prefiera la selección de candidatos y candidatas con ciertos tipos de discapacidades por sobre otras. Al respecto, un estudio respecto de la presentación de PcD como candidatos en las elecciones provinciales del año 2013 en Columbia Británica (Canadá), detectó que todas las PcD que se presentaron como candidatos a tales elecciones eran PcD física –usuarios de sillas de ruedas– y que, por lo tanto, sus experiencias no reflejaban las experiencias de las personas con otros tipos de discapacidades.²³⁶ De este modo, *que la Ley N° 21.298 no sea sensible a la heterogeneidad dentro de las PcD constituye un obstáculo de particular relevancia para que mediante su participación el proceso constituyente pueda enriquecerse con sus experiencias y para que sus distintos intereses, demandas y perspectivas puedan ser consideradas debidamente*. Tomarse en serio la inclusión de las PcD en el proceso constituyente debiese significar ser conscientes de dicha diversidad y, en consecuencia, favorecer que las distintas realidades y experiencias que integran la discapacidad se vean representadas.

G.

Conclusiones

La vida de las PcD es determinada no sólo por su contingente posición social, sino también por su mayor dificultad para satisfacer sus necesidades, ejercer sus derechos y lograr reconocimiento de sus diferencias. La CDPD ha sido fundamental para visibilizar las barreras que las PcD enfrentan para ejercer sus derechos y a nivel comparado se observa una creciente tendencia en orden a la consagración constitucional de los derechos de aquellas. Ahora bien, aunque el reconocimiento constitucional de tales derechos representa sin duda un avance, es insuficiente por sí solo para eliminar definitivamente las barreras que enfrentan las PcD. Para ello se re-

²³⁶ Langford y Levesque, 2017, p. 11.

quiere, adicionalmente, una legislación complementaria, una actividad de litigación judicial, un movimiento social acorde y un diseño institucional inclusivo. Estas alternativas complementarias podrían fortalecer la protección de los derechos de las PcD.

Una transformación del modelo de sociedad que implique una inyección de igualdad y solidaridad podría impactar positivamente la vida de las PcD. Esa transformación social podría ser impulsada por el cambio constitucional. Sin embargo, ello enfrenta dos tipos de desafíos. En primer lugar, requiere en un proceso constituyente que habilite a la democracia para llevar a cabo las transformaciones que permitan satisfacer las demandas sociales de la ciudadanía, lo que no está de ninguna manera asegurado. En segundo lugar, esta vez en relación con las PcD, requiere que los intereses de éstas, junto con sus derechos y perspectivas sean consideradas en el proceso constituyente, lo que, como se ha visto, tampoco está garantizado.

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado el derecho de participación de las PcD, por un lado, en relación con su derecho a no ser excluido del padrón electoral y tener acceso a sufragar, y, por otro lado, en relación con su derecho de participar políticamente a través de sus propias asociaciones. Estas últimas son el principal medio mediante el cual los Estados pueden dar cumplimiento a su deber de consultar a las PcD en los asuntos que se relacionen con ellas. A su vez, el derecho internacional de los derechos humanos, en especial a la práctica desarrollada por el Comité CDPD, otorga diversas pautas y orientaciones que pueden informar la participación de las PcD en el proceso constituyente.

Para que un proceso constituyente pueda calificarse como inclusivo, la participación de las PcD en el órgano constituyente mismo es un aspecto fundamental. La consideración de este aspecto se ha materializado en la Ley N° 21.298, que establece cuotas para personas con discapacidad en las listas electorales que se presenten para la elección de Convencionales Constituyentes. Aunque la Ley N° 21.298 apunta en la dirección correcta, en tanto apunta a la inclusión de las PcD en el órgano constituyente, las condiciones de accesibilidad y la heterogeneidad dentro de las PcD representan dos desafíos especialmente relevantes para una participación efectiva y significativa de estas personas en la discusión constitucional.

• BIBLIOGRAFIA

Birtha, M. (2013)

'Nothing about CRPD Monitoring without Us: A Case Study on the Involvement of the Disability Movement in Policy-Making in Zambia', African Disability Rights Yearbook, 1:115-138.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018)

Observación general núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención. Documento No. CRPD/C/GC/7.*

Deal, M. (2003)

'Disabled people's attitudes toward other impairment groups: a hierarchy of impairments', Disability & Society, 18(7):897-910.

Evans, E. y Reher, S. (2020)

'Disability and political representation: analysing the obstacles to elected office in the UK', International Political Science Review. DOI: 10.1177/0192512120947458.

Langford, B. y Levesque, M. (2017)

'Symbolic and substantive relevance of politicians with disabilities: a British Columbia case study', Canadian Parliamentary Review, 40(2):8-17.

Rattray, S. y Lako, E. (2018)

Disability Inclusive Development in UNDP. Guidance and entry points. New-York: UNDP.

Raub, A. et al. (2015)

'Constitutional rights of persons with disabilities: an analysis of 193 National Constitutions'; Harvard Human Rights Journal, 29:203-240.

SENADIS (2015) II Estudio Nacional de la Discapacidad.

Disponible en: https://www.senadis.gob.cl/pag/355/1197/ii_estudio_nacional_de_discapacidad (Consulta: 24 agosto 2021).

Sherlaw, W. y Hudebine, H. (2015)

'The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Opportunities and tensions within the social inclusion and participation of persons with disabilities'; ALTER, European Journal of Disability Research, 9:9-21.

Tremain, S. (2016)

'Knowing Disability, Differently', en Kidd, J. et al. (eds.), The Routledge Handbook on Epistemic Injustice. New York: Routledge, cap. 9.

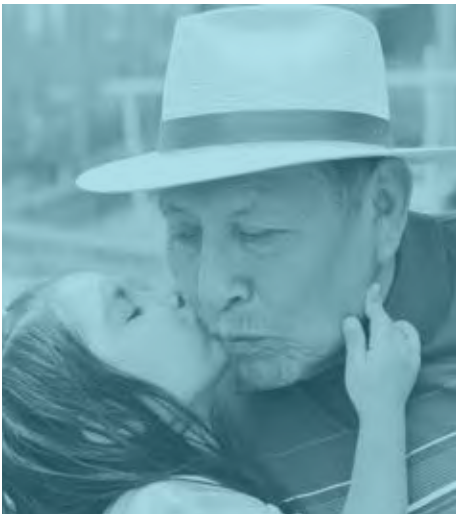
Wolbring, G. (2008)

'The Politics of Ableism', Development, 51(2):252-258.

F

sección

"Adultos mayores"







La constitucionalización de los derechos de las personas mayores: Una práctica emergente

Frederic Megret²³⁷ y Alexander Agnello²³⁸

DOI: 10.53110/MAWX8628

A. Introducción: Las personas mayores son tratadas explícitamente en las constituciones de al menos 106 Estados miembros de la ONU (Anexo 1). Las cuestiones relacionadas con las personas de edad se consideran claramente una preocupación pública que merece un tratamiento constitucional. Sin embargo, las constituciones nacionales, la mayoría de las veces, enmarcan estos temas en términos estrictos de salud o económicos; tienden a concentrarse únicamente en brindar a las personas mayores servicios médicos especializados o seguridad social, como si la vejez fuera una deficiencia que requiriera soluciones útiles.

Por el contrario, centramos nuestro análisis en la necesidad de disposiciones constitucionales que, en general, sean más habilitantes de las personas adultas mayores mediante la protección de sus derechos. Las disposiciones que son habilitantes de derechos humanos parten del estrecho enfoque asistencialista anterior, y en cambio, les empoderan para vivir una

²³⁷ Profesor titular y becario William Dawson en la Facultad de Derecho, y codirector del Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill. De 2006 a 2016 ocupó la Cátedra de Investigación de Canadá sobre Derechos Humanos y Pluralismo Legal. Antes de llegar a McGill, fue profesor asistente en la Universidad de Toronto, investigador asociado en el Instituto Universitario Europeo y agregado en el Comité Internacional de la Cruz Roja.

²³⁸ Investigador y candidato a Maestría en Derecho (LL.M.) en la Facultad de Derecho McGill, donde también obtuvo los títulos de Juris Doctor (J.D.) y Licenciatura en Derecho Civil (B.C.L.). Ha trabajado para la OCDE, el Banco Asiático de Desarrollo y el Defensor del Pueblo de Columbia Británica.

vida digna mediante el desarrollo de sus capacidades en formas responsivas a sus necesidades y experiencias específicas. El enfoque que recomendamos, en otras palabras, es similar a la transición en el discurso de los derechos de las personas con discapacidad, por ejemplo, entre un modelo asistencialista/médico y uno basado en la dignidad/derechos.

La investigación que condujo a este capítulo identificó tales disposiciones en 29 constituciones nacionales (Anexo 2), disposiciones que ayudan a mostrar cómo *la experiencia de las personas mayores está al menos tan construida por factores sociales, económicos y políticos como por el mero hecho de la vejez.*²³⁹ Estas disposiciones garantizan a las personas mayores una amplia gama de derechos en formas que, afirmamos, hacen justicia a la complejidad de su existencia: el derecho a la vida familiar; participación comunitaria y política; oportunidades de educación, desarrollo personal y trabajo; vivienda adecuada; acceso a una justicia expedita; y estar libre de discriminación, violencia y abuso. Aunque la mayoría de estos derechos son evidentemente derechos de todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado, sostenemos que son susceptibles de un significado específico en el contexto de las personas mayores. *La tendencia a constitucionalizar los derechos de las personas mayores demuestra un apoyo creciente a la idea de que las personas mayores son una categoría de humanidad cuyas necesidades y experiencias son lo suficientemente irreductibles como para merecer un reconocimiento especial en la ley.*²⁴⁰

El capítulo procede de la siguiente manera: la primera sección cubre los instrumentos internacionales que abordan explícitamente los derechos de las personas mayores, contemplando diferentes regiones por separado para resaltar algunas de sus diferencias en el abordaje del tema. Dadas las lagunas a nivel internacional y regional, la constitucionalización de los derechos de las personas mayores a menudo ha asumido un papel destacado y renovado, siendo luego examinada en la segunda parte desde una perspectiva más sintética y transversal para destacar las principales evoluciones de los derechos.

²³⁹ *Mégret, 2011, p. 63.*

²⁴⁰ *Ibíd., pp. 37, 41-42.*

Si bien no existe un solo tratado de la ONU dedicado a los derechos de las personas mayores, existe un mosaico de disposiciones de tratados de la ONU que reconocen derechos de relevancia específica para las personas mayores. Esta sección también identifica las protecciones progresistas en los tratados regionales africanos e interamericanos sobre los derechos de las personas mayores, al tiempo que reconoce que el tratado africano carece de la membresía necesaria para entrar en vigor, mientras que el tratado interamericano carece de la membresía necesaria para establecer mecanismos formales para monitorear su implementación.

1. Sistema de derechos humanos de la ONU

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ofrecen protecciones no específicas a las personas mayores.

Los derechos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de interés especial para las personas mayores son la libertad de conciencia, expresión, reunión y asociación, incluido el no proselitismo (arts. 18-19, 21); el derecho a elegir la propia residencia (art. 12) y a no sufrir injerencias arbitrarias en el hogar, la intimidad o la familia (art. 17 (1)); el derecho a participar en la vida política y cívica (art. 25 a) y b)); y a acceder a los servicios públicos en igualdad de condiciones con los demás (art. 25 c)).

Los derechos de especial interés en el PIDESC incluyen condiciones de trabajo seguras y apropiadas (art. 7 (b)); el derecho a la seguridad social (art. 9) y a un nivel de vida adecuado (art. 11 (1)); el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12); y el derecho a participar en la vida cultural (art. 15).

Otros tratados de la ONU que abordan específicamente los derechos de los grupos desfavorecidos, proporcionan algunas protecciones específicas por edad. El art. 11 (1) (e) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) especifica un derecho igualitario de mujeres y hombres a la seguridad social, “en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez (...) [y] vejez”. La Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW) incluye la “edad” en el art. 7, dentro de los motivos prohibidos de discriminación en relación con los derechos establecidos en el tratado, aunque no se limita a la vejez.

Si bien no todas las personas mayores son personas con discapacidad (PCD), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

B.

El marco internacional

(CDPD) incluye protecciones que cubren la intersección de la edad y la discapacidad. Estos son, el art. 8 que obliga a los Estados miembros a abordar los estereotipos y prejuicios relacionados con las personas con discapacidad, incluidos los basados en el sexo y la edad; el art. 9 sobre igualdad de acceso al entorno construido, la información y los servicios públicos; el art. 13(1) sobre “ajustes de procedimiento (...) adecuados a la edad” para facilitar el papel de las personas con discapacidad de edad avanzada como participantes directos e indirectos en el sistema de justicia; y los arts. 19, 20 y 26 sobre medidas apropiadas para permitir la vida independiente, la movilidad personal y la (re)habilitación para maximizar la independencia y la participación en todos los aspectos de la vida.

2. Sistemas regionales de los derechos humanos

África y las Américas son las únicas dos regiones con instrumentos jurídicamente vinculantes dedicados a los derechos de las personas mayores.

- África

La Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos de 1981 es el primer instrumento de derechos humanos del mundo que reconoce y protege expresamente los derechos de las personas mayores como una categoría distinta de derechos.²⁴¹ El art. 18(4) de la Carta Africana establece que “Los ancianos y los minusválidos tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales”. A pesar de su tratamiento distintivo de los derechos de las personas mayores, el art. 18(4) ha recibido críticas por agrupar a mujeres, niños y personas con discapacidad con personas mayores, como si sus necesidades y experiencias fueran las mismas o en gran medida similares.²⁴²

En 2002, la Unión Africana (UA) aprobó el Marco Africano de Política Pública y Plan de Acción sobre el Envejecimiento, que pedía específicamente la adopción de un protocolo adicional a la Carta Africana relacionado con los derechos de las personas mayores.²⁴³ La UA adoptó el Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos de las Personas Mayores en 2016.

Curiosamente, el Protocolo no detalla expresamente los derechos de las personas mayores, sino que los articula indirectamente al definir las obligaciones de los Estados Partes. Obliga a las partes a eliminar la discriminación contra las personas mayores (art. 3); y proporcionar un acceso equitativo al

²⁴¹ Chirwa y Rushwaya, 2019, p. 60.

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ *Ibíd.*, p. 54, citando la recomendación del Marco Africano de Política Pública y Plan de Acción sobre el Envejecimiento, 1(a) del párrafo 6.1.

empleo (art. 6), la seguridad social (art. 7), los servicios de salud (art. 15), la educación (art. 16) y la infraestructura (art. 18). Este enfoque, basado en las obligaciones del Estado en lugar de centrarse en los derechos per se, no es desconocido particularmente en el contexto de la discapacidad, y puede ser apropiado cuando el Estado requiere importantes inversiones en bienestar.

Existen disposiciones específicas que protegen a las mujeres mayores de la violencia de género (art. 9) y de prácticas tradicionales nocivas como las acusaciones de brujería (art. 8); proporcionar a las personas mayores rescate de emergencia, asentamiento y repatriación, con carácter prioritario (art. 14); y proveen apoyo financiero a las personas mayores indigentes que se ocupan de los niños huérfanos por la epidemia del SIDA/VIH (art. 12).

Además, la inclusión en el Protocolo del deber de las personas de edad de orientar y transmitir conocimientos y experiencias a las generaciones más jóvenes y de fomentar y facilitar el diálogo y la solidaridad intergeneracionales (art. 20) es particularmente singular y progresista.

Sin embargo, al 15 de enero de 2021, sólo dos países habían ratificado el Protocolo (Lesotho y Benin) y se necesitan quince ratificaciones para que entre en vigor.²⁴⁴

- Las Américas

La Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores (CIDPM) es el primer tratado internacional dedicado a la protección de los derechos de las personas mayores, adoptado en 2015 y vigente desde 2017. Ciertas disposiciones son particularmente progresistas y hablan directamente a los obstáculos ambientalmente específicos que enfrentan las personas mayores para garantizar sus derechos. El art. 12, por ejemplo, garantiza que se respeten todos los derechos humanos en los entornos de cuidados de larga duración, subrayando el acceso a la información (art. 12 (i)); la protección de su integridad, privacidad e intimidad (art. 12 (c) (v)); y el derecho a la recreación, el esparcimiento y el deporte (art. 22) para mejorar su salud y calidad de vida y promover su autonomía y realización personal. El art. 24 especifica el derecho a una vivienda que sea segura y que pueda adaptarse a las necesidades de las personas mayores.

²⁴⁴ Listado de países que han firmado, ratificado o accedido al Protocolo a la Carta Africana de derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de las personas mayores: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36438-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20AFRICAN%20CHARTER%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%E2%80%99%20RIGHTS%20ON%20THE%20RIGHTS%20OF%20OLDER%20PERSONS.pdf>.

Al 15 de enero de 2020, solo 7 países habían ratificado la Convención. Esto significa que el tratado tiene tres miembros menos de los diez necesarios para establecer los mecanismos de seguimiento establecidos en el tratado para monitorear su implementación.

- Europa

Hasta que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea entró en vigor en 2009, los derechos de las personas mayores no estaban expresamente reconocidos en la legislación de la UE.²⁴⁵ Incluso hoy en día, sólo se encuentran algunas referencias dispersas a nivel regional en Europa.

El art. 21 de la Carta brinda protección explícita contra la discriminación por edad. El art. 25 especifica que “[l]a Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”. El art. 25 se dice que marca un cambio desde un enfoque bienestarista tradicional de las necesidades de las personas mayores hacia uno basado en los derechos y fundado en el empoderamiento y la participación de las personas mayores.²⁴⁶ El art. 34 reconoce el derecho de las personas mayores a una red de protección social no restringida a las personas en el entorno laboral.²⁴⁷ Sin embargo, esta canasta de derechos para las personas mayores no es equivalente –en términos de la ambición– con los marcos comprensivos de derechos en el nivel regional de África y las Américas.

C. *El marco doméstico*

En ocasiones, las constituciones nacionales pueden ir más allá de lo que exigen estrictamente los instrumentos internacionales de derechos humanos, o al menos enmarcar la protección de los derechos de las personas mayores de manera diferente, y en formas que se erigen para enriquecer el registro de enfoques disponibles. Si bien los derechos que identificamos en las disposiciones constitucionales no son derechos inherentes a las personas mayores, estas disposiciones reenfozan, reformulan o adaptan de manera importante los derechos existentes para cubrir mejor las necesidades y experiencias propias de las personas mayores. Además, clasificar estas disposiciones ayuda a comprender mejor cómo pueden afectar la ontología de los derechos, ya que algunas disposiciones formulan derechos para las personas mayores que nunca se han enmarcado como tales en los instrumentos de derechos humanos.

²⁴⁵ Doron, 2013, pp. 604-605.

²⁴⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, 2018, p. 16.

²⁴⁷ *Ibíd.*

Estas disposiciones constitucionales pueden considerarse pertenecientes a una de tres categorías. **Primero, hay disposiciones que aclaran cómo se aplican los derechos existentes a las personas mayores.** Éstas pueden estar reafirmando lo obvio, pero ciertamente ayudan a asegurar que las personas mayores no sean olvidadas como igualmente dignas de la protección de esos derechos. **En segundo lugar, están las disposiciones que reformulan, amplían o adaptan el contenido de los derechos existentes para cubrir mejor las necesidades y experiencias inherentes a las personas mayores.** Tal movimiento no crea necesariamente nuevas categorías de derechos porque se relacionan con derechos existentes, pero agrega alcance y complejidad a los elementos que podrían requerirse para realizar esos derechos. **Finalmente, dejamos al descubierto disposiciones que detallan deberes en lugar de derechos.** Las disposiciones del tercer tipo pueden atribuir, a través de la constitucionalización, importancia moral a un deber del Estado sin depender del “discurso” de derechos, lo que conlleva un bagaje conceptual considerable. Sin embargo, para todos los efectos y propósitos, ellos pueden ser vistos como “la otra cara” de los derechos.

1. Disposiciones que aclaran cómo los derechos existentes se aplican a las personas mayores

Las disposiciones constitucionales que aclaran cómo se aplican los derechos existentes a las personas mayores hacen que las personas mayores se incluyan de manera más evidente dentro de estos derechos en un contexto donde la discriminación por edad podría no hacer que parezcan beneficiarios obvios. Esto puede ayudar a ver cómo las violaciones de estos derechos afectan a las personas mayores de manera particular y anticipar las barreras edad-específicas para el disfrute de estos derechos.

2. No discriminación, igualdad y el derecho al empleo (arts. 3, 4 y 26 del PIDCP; art. 6 del PIDESC; y arts. 5 y 18 del CIDPM)

Las constituciones de Venezuela de 1999 (art. 89 (5)) y Paraguay de 1992 (art. 88) abordan la realidad de que las personas pueden necesitar seguir trabajando en la vejez y proporcionan protecciones para prohibir específicamente la discriminación basada en la edad en el lugar de trabajo. Estos artículos parecen centrarse en el lugar de trabajo, en particular, como un lugar de discriminación para las personas mayores. El art. 88 de la Constitución de Paraguay especifica además que el “trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado”. **Esta disposición identifica una razón clave por la cual las personas mayores pueden ser discriminadas en el lugar de trabajo, anticipando cómo las personas mayores pueden ser marginadas por la industrialización.**

Más allá de la cuestión de la discriminación, la Constitución de Irlanda de 1939 garantiza un trabajo adecuado a la edad. El art. 45(2) de la Constitución, garantiza que los ciudadanos irlandeses no se vean obligados por necesidades económicas a realizar un trabajo inadecuado para su edad y fuerza. Si entendemos la igualdad no como un trato equivalente, sino como un trato sensible a las necesidades que permiten a las personas vivir en igualdad de condiciones, entonces el trabajo apropiado para la edad puede verse como una medida que brinda a las personas mayores oportunidades –sensibles a sus necesidades– para trabajar en igualdad de condiciones con los demás.

Las edades de jubilación obligatorias se consideran un trato desigual injustificado y, por lo tanto, una discriminación, ya que exigen la jubilación en función de la edad y no de un factor justificado, como la capacidad de una persona para realizar su función laboral. Tanto la jubilación obligatoria como su rechazo constitucional por parte de las personas mayores ha sido causa de polémica. El fundamento tradicional de la política de jubilación obligatoria es brindar a las generaciones más jóvenes la oportunidad de participar en la economía y ganarse la vida. Enmarcado de esta manera, la jubilación obligatoria podría considerarse como una intervención afirmativa para promover la solidaridad intergeneracional, un principio que se entreteje a través del CIDPM y el Protocolo de la UA.²⁴⁸

Sin embargo, el aumento de los costos de vida, el estancamiento de los salarios y la erosión del estado de bienestar en muchas partes del mundo significan que una proporción creciente de la población puede verse obligada a trabajar después de la edad de jubilación por razones financieras. En la actualidad, en Europa, hay un promedio de 3,4 personas en edad laboral para apoyar la jubilación de las personas de 65 años o más. Para 2050, se prevé que ese número disminuya a 2.²⁴⁹ En los EE.UU., cerca del 20% de las personas de 45 a 59 años informan una falta total de ahorros para la jubilación y esa cifra es del 13% para las personas de 60 años o más.²⁵⁰ Estas tendencias reflejan un problema global. En la mayoría de los países, el riesgo de pobreza aumenta con la edad.²⁵¹ Obligar a las personas a dejar de trabajar en un entorno en el que no se pueden garantizar unos ingresos mínimos puede, por tanto, afectar no sólo su derecho al trabajo, sino también su derecho a la salud o incluso su derecho a la vida. Un mejor enfoque

²⁴⁸ *Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores*, art. 3(j); *Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos de las Personas Mayores*, art. 20(2).

²⁴⁹ Amaglobeli, Dabla-Norris y Gaspar, 2020, p. 31.

²⁵⁰ *Board of Governors of the Federal Reserve System*, 2019, pp. 47-48.

²⁵¹ *Department of Economic and Social Affairs programme on ageing*, sin fecha, p. 1.

es aquel que simultáneamente no hace obligatoria la jubilación y ayuda a quienes buscan jubilarse más allá de cierta edad a hacerlo, salvaguardando así las dimensiones negativas y positivas del derecho al trabajo.

3. Derecho a una vivienda adecuada (art. 11 del PIDESC; art. 24 del CIDPM)

El derecho a la vivienda permite el disfrute de otros derechos y condiciones necesarios para una vida digna.²⁵² Una vivienda adecuada puede permitir el derecho al trabajo. Pone a sus beneficiarios cerca de las opciones de empleo. A medida que nuestros hogares se han convertido en nuestros espacios de trabajo durante la pandemia de COVID-19, un entorno hogareño seguro, higiénico, bien iluminado y bien ventilado es esencial para el trabajo y la empleabilidad. Además, a menudo se requiere una dirección permanente para buscar trabajo y abrir una cuenta bancaria. Una vivienda adecuada también promueve la salud al proteger a las personas de los peligros ambientales y los vectores de enfermedades, proporcionar agua potable y ponerlos al alcance de los servicios de salud. [El art. 24 de la CIDPM reconoce que tener un hogar puede facilitar la asignación de atención médica, en particular de atención continua.](#)

Las constituciones de Angola de 2010 (art. 82), Portugal de 1976 (art. 72) y Mozambique de 2004 (art. 124), incluyen específicamente el derecho a la vivienda de las personas mayores y reconocen expresamente este derecho como vital para su autonomía y para prevenir el aislamiento y marginación social. Un hogar adecuado es un espacio digno que puede facilitar una vida familiar y comunitaria y es una condición previa para la privacidad y la intimidad con los demás. [Esto es particularmente clave para las personas mayores alojadas en centros de atención de larga estadía, ya que vivir en este tipo de entorno significa ser vulnerable a diversos grados de paternalismo y puede implicar la negociación, y a veces la ruptura, de la distinción público-privado.](#)

4. Participación en la gobernanza y en el proceso político (arts. 19, 21, 22 y 25 del PIDCP; arts. 27 y 28 del CIDPM)

[Como categoría de la humanidad, las personas mayores ejemplifican la paradoja poder/vulnerabilidad.](#)²⁵³ En general, las personas mayores tienen un poder y una influencia políticos considerables y un capital financiero. Predominan en los puestos más altos del poder, desde la junta directiva de las empresas Fortune 500 hasta los principales puestos de formulación

²⁵² *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 199.*

²⁵³ *Mégret, 2011, p. 45.*

de políticas públicas. Las personas mayores pueden ser más ricas en promedio, concentrar una parte relativamente alta del capital y, al menos en Occidente, se considera que tienen amplias oportunidades de recreación y esparcimiento durante la jubilación.²⁵⁴

Al mismo tiempo, envejecer puede significar vivir fuera de la vista, y con una libertad disminuida, en situaciones de vulnerabilidad inherente. Esto es particularmente cierto en el caso de las personas mayores bajo tutela legal o admitidas en un centro de atención de larga estadía. *A menudo, en estos escenarios, se presume que las personas mayores carecen de capacidad jurídica y pueden estar en una relación de subordinación mediada por el Estado que obstaculiza en gran medida su capacidad para conducir su propia vida o defender sus intereses.* Esto tiene efectos obvios y graves en la capacidad de una persona mayor para asociarse y reunirse con otros para dejar su huella en la vida pública y política.

La Constitución de Tailandia de 2017 incluye una disposición con visión de futuro que promueve la representación de los intereses de las personas mayores en la legislatura nacional. El art. 128 requiere que los comités ad hoc para la legislación relativa a las personas mayores estén compuestos en un tercio por personas mayores o representantes de ONG directamente interesadas en los derechos de las personas mayores. Dada la preocupación por la falta de capacidad jurídica y libertad, esta disposición es un complemento importante de otros mecanismos formales de participación política, como el derecho al voto, que requiere capacidad jurídica.

5. Acceso a una justicia expeditiva y apropiada a la edad (art. 14(c) del PIDCP; art. 13(1) del PIDESC; art. 31 del CIDPM)

*El hecho de que las personas mayores tengan menos vida por delante se ha considerado relevante para evaluar si los procedimientos se han retrasado injustificadamente.*²⁵⁵ Otro factor clave para una justicia expedita es el tipo específico de problemas que los adultos mayores llevan ante los tribunales, algunos de los cuales son particularmente urgentes y pueden ameritar un tratamiento acelerado. Las disputas de tutelas y guardas deben tratarse rápidamente porque generalmente implican la pérdida severa de la autonomía personal y la propiedad, entre otras libertades. Las disputas sobre pensiones merecen una determinación rápida cuando se depende de una pensión para salir adelante.

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ *Jablonska v Poland, 2004; Sussman v Germany, 1996.*

El acceso a una justicia expedita también es vital en los casos de violencia o abuso doméstico que involucran a personas mayores donde una víctima mayor se encuentra en una relación de dependencia con su agresor. El art. 81 de la Constitución del Ecuador reconoce este hecho social y obliga al Estado a proporcionar fiscales y defensores especiales y procedimientos expeditos para conocer de los casos de violencia intrafamiliar y otros delitos perpetrados contra las personas mayores. Estas medidas reconocen que el sistema legal generalmente asume un cierto grado de habilidad, comprensión de la ley y el sistema legal e independencia para tomar decisiones con implicaciones de por vida, por parte de los participantes; supuestos que no siempre son precisos para la población promedio y es probable que lo sea aún menos que el promedio. Este es particularmente el caso cuando, en el contexto de la justicia penal, la revictimización del trauma y la vergüenza puede estar involucrada.

6. Derecho a la familia y a participar en la vida comunitaria (Art 23(1) del PIDCP; arts. 19 y 29 de la CDPD; art. 3(j) t 8 del CIDPM)

El Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (PAIME) de 2002 puso de manifiesto cómo **las personas mayores de todo el mundo corren un mayor riesgo de soledad y marginación social**. Es más probable que enfrenten la pérdida de sus seres queridos, e impedimentos como la pérdida de audición y la movilidad reducida, en combinación con obstáculos ambientales y barreras sociales y de actitud, hacen que sea relativamente más difícil para ellos mantener vínculos sociales significativos y participar en la vida comunitaria.²⁵⁶

La forma que adoptan estos problemas varía en función de si las personas mayores viven en entornos urbanos o rurales, o están pasando de un entorno rural a otro urbano. En las economías en transición, la marcha de las generaciones más jóvenes a las ciudades en busca de oportunidades laborales significa que las personas mayores pueden quedarse atrás en las comunidades rurales sin el apoyo familia.²⁵⁷ Además, las personas de edad avanzada en los países en desarrollo que hacen la transición de zonas rurales a las urbanas, a menudo se enfrentan a la pérdida de sus redes sociales y adolecen de una falta de infraestructura y servicios accesibles en las ciudades, lo que puede conducir a su marginación y exclusión.²⁵⁸

²⁵⁶ *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2002, párr. 29.*

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ *Ibíd., párr. 31.*

El PAIME establece conexiones importantes entre la calidad del entorno de vida de una persona mayor, la vida familiar y su riesgo de aislamiento y marginación social. Sin embargo, la conexión entre estos factores también se aborda en las constituciones de Angola de 2010 (art. 82), Portugal de 1976 (art. 72) y Mozambique de 2004 (art. 124), que tratan la vivienda, la familia y la vida comunitaria como elementos integrales que “eviten y superen su aislamiento o su marginación social”.²⁵⁹ La vivienda y la situación de vida de una persona mayor pueden tener un impacto considerable en su capacidad para establecer conexiones sociales, moverse libremente e incluso determinar si hay una comunidad a su alrededor en la que participar. Además, el rol de la familia en la prevención o lucha contra el aislamiento y la marginación de las personas mayores se enfatiza aún más en las constituciones de Brasil (arts. 230), Colombia de 1991 (art. 46) y República Dominicana (art. 57), que especifican el papel activo que debe desempeñar la familia en estos asuntos. Por ejemplo, el art. 46 de la constitución colombiana exige que la familia, con respecto a las personas mayores, promueva “su integración a la vida activa y comunitaria”.

Estas disposiciones proporcionan una perspectiva específica para las personas mayores sobre el derecho a la familia del art. 23(1) del PIDCP. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se centra en general en la primacía y la integridad de la familia y el papel del Estado y la sociedad en su protección y promoción. [Las disposiciones constitucionales analizadas, en cambio, abordan los deberes familiares hacia los miembros mayores de la familia, incluido el deber de integrar socialmente a las personas mayores, a medida que pierden sus lazos sociales significativos al envejecer y requieren apoyo para crear otros nuevos.](#)

7. Protección contra la violencia y el abuso (art. 16 de la CDPD; art. 9 del CIDPM)

[Las personas mayores son particularmente susceptibles a la violencia y el maltrato. Una reducción en la capacidad y la fuerza física puede ponerlos en relaciones de dependencia y en mayor riesgo de violencia y abuso.](#) La violencia y el abuso también pueden perpetuarse en su contra sobre la base de estereotipos negativos y prejuicios que se convierten en prácticas sociales nocivas, como las acusaciones de brujería contra mujeres mayores en África.²⁶⁰ Se podría suponer que la libertad frente a la violencia y el abuso es un derecho de larga data, pero de hecho se codificó por primera vez en el art. 16 de la CDPD en términos de la protección “contra todas las formas de explotación, violencia y abuso”.²⁶¹

²⁵⁹ *Constitución de Portugal, 1976, art. 72.*

²⁶⁰ *Müller y Sanderson, 2020.*

²⁶¹ *Mégret, 2008, pp. 507-508.*

La Constitución de Bolivia de 2009 especifica una prohibición clara contra toda forma de maltrato, violencia y abandono contra las personas mayores (art. 68 (ii)). Curiosamente, "abandono" se agrupa con "maltrato" y "violencia" en esta disposición. El abandono de personas adultas mayores por "familiares o las instituciones establecidas para su protección" también es punible por la ley en virtud del art. 38 de la Constitución de Ecuador de 2008. Dicho esto, se puede argumentar que el "derecho a no ser abandonado" no es un derecho exigible. Es difícil determinar cuándo el umbral del "abandono" se alcanza, cuándo el deber de no abandonar se compromete y qué actores son responsables de cumplir con ese deber.

Puede que no exista el derecho a no ser abandonado, pero alguna situación particular puede imponer el deber moral de no abandonar a otros. Al igual que las acciones, las inacciones y las omisiones pueden conducir a resultados moralmente repugnantes.²⁶² En situaciones en las que una persona mayor depende en gran medida de otra para recibir apoyo vital y esa dependencia da lugar a una relación de dependencia, el abandono puede ser moralmente equivalente a un maltrato activo. Las disposiciones anteriores en las constituciones de Bolivia y Ecuador y en la CIDPM parecen reconocer esta realidad social.

Esta subsección identifica las disposiciones constitucionales que reformulan o amplían los derechos existentes. Si bien estas disposiciones no transmiten derechos inherentes a las personas mayores per se, hablan de la necesidad de introducir leyes que prioricen ciertos aspectos de la experiencia humana inherentes a las personas mayores.

1. El derecho a la asistencia médica especializada y medicamentos gratuitos

A medida que nuestra población envejece, las sociedades deben tomar decisiones difíciles con respecto a la distribución de los escasos recursos sanitarios. Una de las principales preocupaciones son los costos de los medicamentos de mantenimiento y los tratamientos especializados para tratar los problemas de salud asociados con el envejecimiento y cuyo objetivo es permitir que las personas mayores tengan una vida más larga y saludable.

El derecho a la salud se establece en términos generales en las constituciones de Egipto de 2014 (art. 83) y Gabón de 1991 (art. 1 (8)), y ha sido criticado por ser vago e incapaz de proporcionar mucha orientación sustantiva

D.

Reformulación o expansión de los derechos existentes

²⁶² Jarvis Thomson, 1985, pp. 1395–1415.

sobre cómo distribuir los recursos de la salud.²⁶³ El art. 37(1) de la Constitución de Ecuador establece prioridades específicas y brinda orientación sobre dicha distribución de recursos. Estipula el derecho a una atención médica especializada gratuita, así como el acceso gratuito a los medicamentos. Esto podría verse como una adaptación del derecho a la salud para los propósitos de las personas mayores que aborda un punto que de otra manera no estaría claro. El art. 19(m) de la CIDPM indica que los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud deben estar disponibles y accesibles para las personas mayores. Se podría decir que el art. 37(1) de la Constitución de Ecuador va más allá al detallar qué se entenderá por accesible (gratuito).

2. Derecho a un salario mínimo para personas indigentes

El art. 203(v) de la Constitución brasileña de 1988 garantiza expresamente un salario mínimo a las personas mayores indigentes, independientemente de si han cotizado en el sistema de seguridad social. La mayoría de los trabajadores de la economía informal no tienen acceso a la protección social, incluida la seguridad social. Los datos de la Encuesta Nacional de Hogares a principios de 2020 muestran que alrededor de 38 millones de personas en Brasil trabajaban en la economía informal.²⁶⁴ El art. 203(v) podría considerarse una ampliación del derecho a la seguridad social que se encuentra en el art. 9 PIDESC y en el art. 17 de la CIDPM para cubrir a los trabajadores excluidos de la seguridad social cuando llegan a la vejez.

E.

Disposiciones que crean deberes estatales en vez de un derecho

Es perfectamente coherente referirse a las obligaciones del Estado sin referirse a los derechos correspondientes. No todos los deberes estatales de gran importancia moral deben formularse como un derecho. Hablar de los deberes del Estado sin invocar derechos puede ayudar a eludir los problemas de indeterminación de algunos supuestos derechos al tiempo que se atribuye importancia moral a un deber del Estado.

El art. 38 de la Constitución del Ecuador especifica un marco de obligaciones para el cumplimiento de derechos específicos de las personas mayores adelantados en el art. 37 (por ejemplo, derecho al trabajo remunerado, jubilación universal, etc.). Los marcos de obligaciones amplios proporcionan una buena señal de lo que generalmente se requiere para implementar el derecho en cuestión. Por ejemplo, para implementar el derecho de las personas mayores al trabajo remunerado (art. 37 (2)), el Estado está obligado

²⁶³ Daniels, 2008, capítulo 12.

²⁶⁴ Nogueira, Amaral y Jones, 2020.

a fomentar la participación de las personas mayores en las instituciones públicas y privadas y debe desarrollar programas de capacitación laboral, basados en su profesión y ambiciones a tal efecto (art. 38 (2)).

El ámbito de la protección de los derechos de las personas mayores está cambiando y es relativamente nuevo. Como hemos señalado, hay una serie de iniciativas internacionales influyentes, sobre todo regionales, que han tratado de orientar esos esfuerzos. Pero las prácticas constitucionales, algunas impulsadas por la implementación internacional y otras en gran parte de cosecha propia, también evidencian un rico registro de normas que apuntan a captar mejor la especificidad de la experiencia de los derechos de las personas mayores. Esto debería crear auténticas aperturas para la experimentación constitucional que reconozca la contribución y los límites de lo que el discurso de los derechos puede hacer por las personas mayores. En algunos casos, todo lo que se necesitará es la protección general e igual de los derechos de todos; en otros casos, puede ser útil explicar con más precisión qué significa un derecho general específicamente para las personas mayores. Luego, esto puede enmarcarse como parte de debates sociales más amplios sobre la solidaridad intergeneracional o la dignidad en la vejez. **El punto fundamental sigue siendo que las vulnerabilidades específicas de las personas mayores deben tomarse en serio en cualquier contexto constitucional.**

F.

Conclusión

• ANEXO 1

Afganistán, Algeria, Angola, Argentina, Australia, Baréin, Bangladés, Bélgica, Benín, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Canadá, Cabo Verde, República Centroafricana, Chad, China, Colombia, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Cuba, República Checa, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Etiopía, Eritrea, Estonia, Finlandia, Gabón, Gambia, Ghana, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Honduras, Hungría, India, Irán, Iraq, Irlanda, Italia, Jordania, Kenia, Kuwait, Kirgizstan, Laos, Latvia, Libia, Lituania, Madagascar, Malawi, Malasia, Maldivas, Malta México, Mongolia, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Nicaragua, Nepal, Omán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Rusia, Ruanda, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Eslovaquia, Sudáfrica, España, Somalia, Corea del Sur, Sudán del Sur, Sudan, Suazilandia, Suecia, Siria, Tayikistán, Timor-Leste, Tailandia, Togo, Turkmenistán, Uganda, Emiratos Árabes Unidos, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Vietnam, Sahara Occidental, Yemen y Zimbabue.

• ANEXO 2

Angola, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estonia, Finlandia, Gabón, Guatemala, Honduras, Irlanda, Kenia, Malawi, Perú, Portugal, Sudáfrica, España, Suecia, Uruguay, Venezuela, Tailandia y Uganda.

• BIBLIOGRAFIA

Amaglobeli, D., Dabla-Norris, E. y Gaspar, V. (2020)

'Getting Older but Not Poorer', Finance & Development, 57(1). Disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2020/03/impact-of-aging-on-pensions-and-public-policy-gaspar.htm> (Consulta: 24 agosto 2021).

Board of Governors of the Federal Reserve System (2019)

Report on the Economic Well-Being of U.S. Households in 2018. Disponible en: <https://www.federalreserve.gov/publications/files/2018-report-economic-well-being-us-households-201905.pdf> (Consulta: 25 noviembre 2020).

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf> (Consulta: 24 agosto 2021).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2009)

Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (Consulta: 10 diciembre 2020).

Chirwa, D. y Rushwaya, C. (2019)

'Guarding the Guardians: A Critical Appraisal of the Protocol to the African Charter on the Rights of Older Persons in Africa', Human Rights Law Review, 19(1). DOI: 10.1093/hrlr/ngy046.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991)

Observación general Nº 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCES-CR%2fGEC%2f4759&Lang=en (Consulta: 20 noviembre 2020).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (Consulta: 24 agosto 2021).

Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015)

Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp (Consulta: 24 agosto 2021).

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx> (Consulta: 24 agosto 2021).

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016)

Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (Consulta: 24 agosto 2021).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1988)

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (Consulta: 24 agosto 2021).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)

Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (Consulta: 24 agosto 2021).

Daniels, N. (2008)

Just Health: Meeting Health Needs Fairly. Cambridge UK: Cambridge University Press.

Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002)

Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento.

Disponible en: <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mi-paa-sp.pdf> (Consulta: 24 agosto 2021).

Department of Economic and Social Affairs programme on ageing (sin fecha)

Income Poverty in Old Age: An Emerging Development Priority. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/ageing/documents/PovertyIssuePaperAgeing.pdf> (Consulta: 24 agosto 2021).

Doron, I. (2013)

‘Older Europeans and the European Court of Justice’, *Age and Ageing*, 42(5). DOI: 10.1093/ageing/aft053.

Doron, I. et al. (2018)

‘Ageism and Anti-Ageism in the Legal System: A Review of Key Themes’, en Ayalon, L. y Tesch-Römer, C. (eds.) *Contemporary Perspectives on Ageing*. Springer Cham, pp. 303-319. DOI: 10.1007/978-3-319-73820-8_19.

European Union Agency for Fundamental Rights (2018)

Fundamental Rights Report 2018. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/fundamental-rights-report-2018> (Consulta: 24 agosto 2021).

Fredvang, M. y Biggs, S. (2012)

'The Rights of Older Persons: Protection and gaps under human rights law', Social Policy Working Paper, 16. Disponible en: <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/fourth/Rightsolderpersons.pdf> (Consulta: 24 agosto 2021).

Hassoun, N. (2019)

'The Human Right to Health: A Defense', Journal of Social Philosophy, 51(2):158-179. DOI: 10.1111/josp.12298.

Jablonska v Poland (2004)

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso No. 60225/00.

Mégret, F. (2008)

'The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?', Human Rights Quarterly, 30(2):494-516. DOI: 10.1353/hrq.0.0000.

Mégret, F. (2011)

'The Human Rights of Older Persons', Human Rights Law Review, 11(1). DOI: 10.1093/hrlr/ngq050.

Müller, C. y Sanderson, S. (2020)

'Witch hunts: A global problem in the 21st century', Deutsche Welle, 10 agosto. Disponible en: <https://www.dw.com/en/witch-hunts-a-global-problem-in-the-21st-century/a-54495289> (Consulta: 24 agosto 2021).

Nogueira, M., Amaral, A.I. y Jones, G. (2020)

'The impact of COVID-19 on Brazil's precarious labour market calls for far-reaching policies like universal basic income', LSE Blog, 3 junio. Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/latamcaribbean/2020/06/03/the-impact-of-covid-19-on-brazils-precarious-labour-market-calls-for-far-reaching-policies-like-universal-basic-income/> (Consulta: 24 agosto 2021).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (Consulta: 24 agosto 2021).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (Consulta: 24 agosto 2021).

Ping-Kwong, K. (1996)

'Empowering Elderly People: A Community Work Approach', Community Development Journal, 31:230-240. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/44257279> (Consulta: 24 agosto 2021).

Protocol to the African Charter on Human and Peoples'

Rights on the Tights of Older Persons in Africa (2016) Disponible en: https://au.int/sites/default/files/treaties/36438-treaty-0051_-_protocol_on_the_rights_of_older_persons_e.pdf (Consulta: 24 agosto 2021).

Sussman v Germany (1996)

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso No. 20024/92.

Thomson, J. (1985)

'The Trolley Problem', Yale Law Journal, 94(6):1395–1415. DOI: 10.2307/796133.

