

1.- Introducción

Si bien la Constitución Política contempla como derecho esencial de toda persona -en el artículo 19 N° 2- la igualdad ante la ley, asegurando que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, la realidad demuestra que el fenómeno de la discriminación está extendido en nuestra sociedad, en los ámbitos públicos y privados, en prácticas, normas y en comportamientos, fundados en la estigmatización en razón de las más diversas motivaciones.

A la base de la conducta discriminatoria subyace la intolerancia fundada en la ignorancia respecto de lo diverso. Esta misma realidad demuestra que las conductas que se pretenden prevenir y erradicar con el proyecto de ley en cuestión son una demostración inequívoca que los instrumentos normativos existentes en nuestro ordenamiento son deficitarios y que, por lo tanto, se requiere profundizar la legislación dotándola de mejores herramientas.

En este sentido, el proyecto de ley en discusión representa una oportunidad para llenar un vacío legislativo, de especial trascendencia para el fortalecimiento del principio de igualdad y no discriminación y el respeto efectivo de los derechos humanos, lo que ha sido representado tanto desde la sociedad civil como de la comunidad internacional.

La aprobación de este proyecto implica, además, cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la materia ante el Consejo de Derechos Humanos cuando, en el Examen Periódico Universal (EPU), se comprometió a:

1. Adoptar nuevas medidas para hacer frente a la discriminación contra la mujer y los miembros de los grupos vulnerables, incluidos los niños, las minorías y los indígenas, e intensificar los esfuerzos en pos del pleno respeto de sus derechos y su protección contra las prácticas discriminatorias (párr. 96 N°19);
2. Velar en mayor medida por la aplicación de la legislación que garantiza los principios de no discriminación y adoptar una estrategia integral para eliminar todas las formas de discriminación, en particular la discriminación por motivos de género; revisar y, si es necesario, modificar la legislación para garantizar a todos el derecho a no ser discriminados y, en particular, a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer (párr. 96 N°20);
3. Reforzar las medidas contra las actitudes discriminatorias en la sociedad, por ejemplo iniciativas de educación pública y de igualdad y medidas legislativas para

prevenir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género; (párr. 96 N°27); y

4. Prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas públicas de igualdad y utilizar los Principios de Yogyakarta como guía de la formulación de políticas públicas,(párr. 96 N°28)¹

2. El proyecto de ley y los estándares internacionales en derechos humanos

Del estudio del proyecto de ley, surgen tres aspectos fundamentales que debatir a la luz del derecho internacional de los derechos humanos: (2.1) la definición utilizada de discriminación, (2.2) las acciones afirmativas, y (2.3) el Recurso de Protección especial.

2.1 De la definición de discriminación

En el derecho internacional de los derechos humanos la prohibición de discriminación es una piedra angular y ha sido reconocida como una norma de *jus cogens*². La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principales tratados internacionales en la materia consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el respeto y garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales. Los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional si no cumplen con su obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos³, particularmente el artículo 2, prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados “*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. Consignándose además en el artículo 7° que “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*”

Recogiendo estos principios, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, especialmente el artículo 2, obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos declarados, sin distinción alguna. Igualmente se establece la obligación de adecuar la legislación interna y adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos garantidos por el Pacto. Del mismo modo, en su artículo 26 establece la igualdad

¹ Consejo de Derechos Humanos (2009). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile, 12° período de sesiones, A/HRC/12/10.

² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

⁴ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y el instrumento de ratificación depositado en la Secretaría General del referido organismo el 10 de febrero de 1972. Se promulgó por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

de todas las personas ante la ley, prohibiéndose toda discriminación y garantizándoseles una protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁵, dispone en su artículo 5 el compromiso de los Estados Partes de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley. Asimismo, la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁶ en su artículo 2 condena la discriminación contra la mujer y establece la obligación de los Estados Partes en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

En cuanto a Chile, además de las recomendaciones ya citadas del EPU, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), recomendó al Estado de Chile que *“intensifique sus esfuerzos para la adopción del proyecto de ley contra la discriminación racial enviado al Parlamento en 2005, y se asegure de que una definición de la discriminación racial, que incluya los elementos que figuran en el artículo 1 de la Convención, sea integrada en el ordenamiento legal chileno”*⁷.

El proyecto bajo análisis prohíbe la discriminación, *“en particular cuando aquellas se encuentren fundadas en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el lugar de residencia, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en asociaciones gremiales, el sexo, el género, la orientación sexual, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal, la enfermedad o discapacidad”*. Si bien el artículo ocupa el vocablo *“en particular”*, una redacción acorde a los estándares internacionales debe incorporar la frase *“o cualquier otra condición social o individual”* en la parte final del articulado.

Así, la redacción actual del artículo podría ser más cercana a los estándares internacionales. En términos generales, los criterios que se expresan en los tratados internacionales como la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquier otra condición social o individual, son ejemplos basados en discriminaciones históricas, por lo que una redacción cerrada a nuevas formas de discriminación no otorga en la práctica una verdadera y real protección.

⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, cuyo instrumento de ratificación fue depositado por Chile el 20 de octubre de 1971, y promulgado por el decreto supremo N° 747, de Relaciones Exteriores, de 1971, cuya publicación en el Diario Oficial se hizo el 12 de noviembre de 1971.

⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, fue suscrita por Chile el 17 de julio de 1980, ratificada en 1989, y su promulgación se hizo por el decreto supremo N° 789, de Relaciones Exteriores, de 1989, que se publicó en el Diario Oficial del 9 de diciembre del mismo año

⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales: Chile, párrafo 12.

Al haberse eliminado la frase “*o cualquier otra condición social o individual*”, cláusula contenida en la redacción original y por la que se permitía la adecuación de la ley protectora a las nuevas y emergentes realidades difíciles de prever y que pudieran constituir a futuro hipótesis de discriminación, no solo disminuye el campo de protección, sino que no está acorde a los estándares internacionales. Ejemplo de esto último, es que el Comité de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el concepto de discriminación, en la Observación General N° 18, estableció que los motivos o causa de discriminación puede ser “*cualquier otra condición social*” sin establecer taxativamente el catálogo de condiciones en las que se funda la discriminación.

En este sentido, las diversas categorías son reflejo de las históricas discriminaciones, por lo que se citan a modo de ejemplo y no como una enumeración taxativa. Es absurdo afirmar que una discriminación arbitraria basada en un criterio que no esté en la ley, no sería contraria a derecho.

2.2 Las acciones afirmativas

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial establece en su artículo 1.4 que “*Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron*”.

Del mismo modo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece en su artículo 4 que “*La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato*”.

Estos artículos hacen referencia a lo que se ha denominado “acciones afirmativas”, es decir, la adopción de medidas especiales en beneficio de un grupo específico con el fin de eliminar la situación de discriminación de la cual son objeto. Es una expresión de la igualdad sustantiva, donde no solo basta con que formalmente todas las personas sean iguales formalmente (una persona, un voto), sino que esta igualdad debe expresarse además en el igual goce de los derechos.

En efecto, esta figura no es una novedad en el ordenamiento jurídico interno, ya que el artículo 7 de la ley 20.422 que establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con discapacidad, establece que “*se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a*

evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”.

El proyecto original, establecía el deber del Estado de elaborar políticas y arbitrar acciones que fueran necesarias para garantizar que las personas no fueran discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Específicamente, se señalaba que:

Corresponde al Estado elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias para garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

El Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas, en los términos que establece la Constitución Política de la República.

El establecimiento de las distinciones o preferencias señaladas en el inciso anterior, deberá siempre tener carácter temporal, deberá cesar en cuanto se logre el objetivo que las justificó y no podrá derivar, en su aplicación, en el mantenimiento de estándares o derechos desiguales.

Esta redacción implicaba la creación de una herramienta de política pública eficaz para la erradicación de toda forma de discriminación, de manera tal que el Estado podía establecer diferenciaciones legítimas, en la medida que ellas se encaminaran a promover y fortalecer el principio de no discriminación y la real igualdad de oportunidades de las personas y grupos vulnerables. Cabe destacar que estas medidas son esencialmente temporales, es decir, su vigencia estará condicionada al hecho de mantenerse la brecha de desigualdad.

Así, la acción afirmativa es un estándar en materia de derechos humanos ya que permite concretar una igualdad de oportunidades que hasta el momento solo es nominal o formal para algunos grupos en situación de vulnerabilidad.

2.3 Recurso de Protección especial

El establecimiento de la acción especial para reclamar por las discriminaciones arbitrarias, ha sido uno de los temas de mayor debate y donde mayores resistencias ha suscitado el actual proyecto de ley. La razón de este debate ha sido la determinar la real necesidad de contar con una acción especial, toda vez que el ordenamiento constitucional ya contiene la acción de protección.

Por lo mismo, la Corte Suprema, mediante Oficio N° 27 de 23 de enero de 2007, informa favorablemente que *“ante la insistencia sobre su procedencia y como se advierte en lo sustantivo, que se clarifica el ámbito de aplicación de este arbitrio especial contra la discriminación y, en lo procesal, se expresa que interpuesta la acción de protección precluye el ejercicio de la que contempla la iniciativa legal, privilegiando de este modo el estatuto constitucional y corregidos, además, los otros reparos adjetivos advertidos por esta Corte, es que se emite un pronunciamiento favorable al proyecto en estudio”.*

No obstante lo anterior, lo que originalmente era una acción especial ante actos discriminatorios (que incluso daba derecho a una indemnización de perjuicios), concluyó finalmente en el actual artículo 3 del proyecto, señalando que “*La o las personas afectadas, por sí o por cualquiera a su nombre, podrán denunciar los actos u omisiones que importen una discriminación arbitraria que se hubieren cometido en su contra. Para ello, podrán interponer el recurso de protección*”. En otras palabras, se ha decidido optar por la remisión al artículo 20 de la Constitución.

En relación a las acciones de garantía de los derechos fundamentales, el Estado chileno se comprometió en el EPU a “*fortalecer institucionalmente la protección judicial a fin de garantizar plenamente el ejercicio de los derechos humanos consagrados en la Constitución*”⁸. Del mismo modo, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre protección judicial, establece que “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”.

Así, la cuestión por resolver es si el recurso de protección ha sido una acción legal efectiva en la protección del derecho a la igualdad y no discriminación. En este sentido, últimamente tal recurso ha sido utilizado mayoritariamente para efectos de reclamos en contra de alza de planes de salud por parte de las Isapres, mientras que las acciones presentadas por materia de discriminación no han tenido un buen futuro en las Cortes. Ante este escenario, el rol del Estado es fortalecer una acción judicial, de modo tal que en la práctica sea una herramienta eficaz en la protección de los derechos fundamentales y que restablezca eficazmente el ejercicio del derecho.

Lo señalado anteriormente no es un tema menor, ya que por cómo está definido en la Constitución, el recurso de protección no ampara el derecho a la salud (derecho comprometido en el alza de los planes), debiendo argumentarse indirectamente mediante la afectación al derecho de propiedad. En contraste con esto último, el derecho a la igualdad, que sí está protegido por esta acción, no ha encontrado una buena recepción por parte de las Cortes de Apelaciones ni Corte Suprema. En otras palabras, este recurso ha sido más eficaz en la protección de un derecho excluido de su mandato (salud), que en la protección de un derecho sobre el cual sí tiene aplicación directa (igualdad).

En este sentido, el estándar internacional exige la existencia de una acción eficaz, lo cual en materia de no discriminación no ha sido el caso. La sola enunciación que hace el artículo 3 del proyecto en cuanto a que toda persona afectada puede presentar esta acción, solo reitera algo que ya está dado en nuestra legislación por el artículo 20 de la Constitución y no agrega ningún elemento nuevo que dote de mayor eficacia a la acción, por lo que no se prevé cómo esta pueda cambiar.

⁸ A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 (5).

3. Conclusiones

Si bien la legislación nacional protege a nivel constitucional la igualdad y castiga la discriminación arbitraria e ilegal, la realidad muestra diversos escenarios de discriminación contrarios a los tratados internacionales y a los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos.

En este contexto, la aprobación de una ley específica que castigue la discriminación y promueva la igualdad, principalmente mediante la promoción de acciones afirmativas, dotando al Estado de herramientas específicas sobre la materia, constituiría un avance significativo en la protección de los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad.

Así, son motivo de preocupación para el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en consideración de los estándares internacionales sobre la materia, tres aspectos fundamentales existentes hoy en el proyecto: la definición de discriminación, la adopción de medidas afirmativas y el recurso de protección especial.

1. Respecto a la definición, resulta necesario modificar el actual proyecto en pos de establecer una redacción abierta en torno a los criterios en virtud de los cuales no se puede discriminar. Específicamente, esto pasa por agregar al final del artículo la oración “*o cualquier otra condición social o individual*”.
2. En relación a las acciones afirmativas, estas son promovidas por los tratados internacionales en materia de no discriminación, ya que se erigen como medidas de facto concretas que permiten el real y efectivo ejercicio de los derechos por parte de todas las personas, en especial, las pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad.
3. Finalmente, en cuanto al recurso de protección, el derecho internacional de los derechos humanos, establece como obligación para el Estado contar con una acción judicial efectiva para la protección de los derechos. Así entonces, en el caso chileno cabe constatar si en la práctica el recurso de protección es un mecanismo de tutela efectivo contra la no discriminación o, si de lo contrario, es necesario fortalecer una acción especial estructurada acorde a las exigencias del debido proceso.