

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 22 de junio de 2015 - Sesión 257.

## **I. Antecedentes**

El Estado de Chile ha realizado esfuerzos en los últimos años con el propósito de dotarse de una institucionalidad y un marco normativo eficaz que garantice el respeto de los derechos de todas las personas sin discriminación. Uno de los hitos normativos en la materia, fue la aprobación y publicación de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. La normativa es relevante, por un parte, dado que consagra un mecanismo judicial específico al cual pueden recurrir las personas que han sido víctimas de discriminación y, por otro, por la incorporación de la “orientación sexual” y la “identidad de género” como categorías sospechosas en la definición contenida en el artículo 2. Si bien la creación de una acción judicial específica constituye un avance para alcanzar el efectivo respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación, aún hay desafíos pendientes<sup>1</sup> y vacíos legislativos que deben ser subsanados.

El INDH desde su establecimiento, especialmente a través de sus Informes Anuales, ha resaltado la importancia del principio de Igualdad y no Discriminación y como el Estado de Chile debe “propender hacia la igualdad a través de medidas efectivas e impedir todo acto de discriminación, esto es, prohibir toda diferenciación basada en fundamentos arbitrarios o absurdos que afecten el acceso al goce y ejercicios de derechos”<sup>2</sup>. Específicamente, el INDH analizó la tramitación y promulgación de la ley que establece medidas contra la discriminación<sup>3</sup>, señalando que “[I]uego de siete años de debate parlamentario, el 24 de julio de 2012 empezó a regir la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Su aprobación es relevante, por un lado, porque dispone de un mecanismo judicial específico al cual pueden recurrir las personas que consideren que han sido víctimas de discriminación, y por otro, en tanto mensaje simbólico que el Estado envía respecto de aquello que no resulta aceptable en la sociedad chilena actual. Sin embargo, la complejidad y diversidad de la discriminación y sus prácticas requerirán en el tiempo de esfuerzos mayores, adicionales, a los fines de lograr transformar los prejuicios y prácticas sociales e institucionales existentes”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Durante la tramitación de la ley se eliminaron las propuestas relativas a consagrar normativamente la procedencia de las “medidas de acción afirmativas”, cuestión que debiera considerarse para ser analizado el futuro como un mecanismo efectivo para enfrentar las distintas formas de discriminación.

<sup>2</sup> INDH, Informe Anual 2010, pág. 78.

<sup>3</sup> INDH, Informe Anual 2010, pág. 77 a 79; Informe Anual 2011 pág. 237 a 238; Informe Anual 2012 pág. 109 a 113; Informe Anual 2013 pág. 165 a 177.

<sup>4</sup> INDH, Informe Anual 2012, pág. 109.

En relación al principio de igualdad y no discriminación los mecanismos convencionales de Naciones Unidas a través de sus “Observaciones Finales” han manifestado su preocupación por la afectación y menoscabo al derecho a la igualdad y no discriminación en Chile y han recomendado al Estado dirigir sus esfuerzos a la adopción de un marco normativo en conformidad a los estándares internacionales<sup>5</sup>. Específicamente, el año 2013 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó al Estado de Chile “revisar las categorías de discriminación consideradas “no arbitrarias” para alinear la Ley de no discriminación a la Convención” y clarificar si “la Ley contempla las medidas especiales en el combate de la discriminación racial tomando en cuenta su Recomendación general N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención”<sup>6</sup>. Anteriormente, el año 2012, el Comité para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, en relación con la definición de discriminación contenida en la Ley 20.609, exhortó al Estado a que “adopte una definición jurídica general de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque tanto la discriminación directa como la indirecta, y establezca en su Constitución y/o en otra legislación el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, de conformidad con el artículo 2 a) de la Convención, con miras a lograr una igualdad formal y sustantiva entre la mujer y el hombre”<sup>7</sup>.

En el marco del Segundo Ciclo del Examen Periódico Universal el Estado de Chile recibió un conjunto de recomendaciones en materia de igualdad y no discriminación<sup>8</sup>. Específicamente, la recomendación 121.70 de Colombia planteó al Estado “Elaborar y poner en práctica un plan de aplicación de la Ley Antidiscriminación que incluya medidas positivas y preventivas. En particular, hacer frente a la discriminación basada en la identidad de género y la orientación sexual” y la recomendación 121.72 de los Países Bajos exhortaba a “Prestar apoyo a las nuevas leyes y medidas para luchar contra las actitudes discriminatorias en la sociedad y para evitar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la educación pública y apoyar iniciativas en materia de igualdad”.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, en materia de igualdad y no discriminación cabe destacar la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile por discriminar a la jueza Karen Atala<sup>9</sup> en razón de su orientación sexual, al negarle la tuición de sus hijas. La resolución de este caso fue un hito en la

---

<sup>5</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales, 7 de septiembre de 2009, párr. 12. CERD/C/CHL/15-18; Comité de los Derechos de los Niños, Observaciones finales, 23 de abril de 2007, párr. 30. CRC/C/CHL/CO/3.

<sup>6</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales, 23 de septiembre de 2013, párr. 9. CERD/C/CHL/CO/19-2.

<sup>7</sup> Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer, Observaciones finales, 12 de noviembre 2012, párr. 11, CEDAW/C/CHL/CO/5-6.

<sup>8</sup> Recomendaciones 121. 51 a 121.73. A/HRC/WG.6/18/L.3, Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review, Eighteenth session, Geneva, 27 January –7 February 2014.

<sup>9</sup> Corte IDH, caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012.

jurisprudencia y contribuye para avanzar en los cambios a favor de erradicar la discriminación y construir una sociedad que pueda reconocer en la diversidad y las diferencias entre las personas como un valor a ser resguardado. Otro importante hito, en el marco del sistema interamericano, fue la adopción en el año 2013 de dos nuevos instrumentos internacionales en relación al principio de igualdad y no discriminación: la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”<sup>10</sup> y la “Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia”<sup>11</sup>. Ambos instrumentos reafirman el principio de igualdad y reconocen que “la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general” y el convencimiento que las actitudes discriminatorias “representan una negación de los valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías previstos en la Carta de la en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Carta Social de las Américas, en la Carta Democrática Interamericana, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”. Asimismo, los dos textos destacan por incorporar definiciones de discriminación e intolerancia, en todas sus manifestaciones – individual, estructural e institucional- incluyendo los conceptos de discriminación indirecta y discriminación múltiple o agravada. Ambos tratados consagran un conjunto de deberes para los Estados, afirmando que el principio de igualdad y no discriminación son conceptos democráticos dinámicos que propician el fomento de la igualdad jurídica efectiva y presuponen obligaciones para los Estados, entre las cuales destacan la adopción de medidas de acción afirmativa y de políticas especiales a favor de los individuos o grupos que son víctimas de la discriminación tanto en la esfera de actividad pública y privada. Respecto a la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia” cabe resaltar especialmente dos puntos: primero la incorporación en la definición de discriminación<sup>12</sup> como categorías sospechosas a la orientación sexual, identidad y expresión de género, este hecho constituye un avance significativo dado que hasta ahora ningún tratado incorporaba expresamente tales categorías<sup>13</sup>; un segundo punto en relación a

---

<sup>10</sup> AG/RES. 2804 (XLIII-0/13) aprobada el 5 de junio de 2013.

<sup>11</sup> AG/RES. 2805 (XLIII-0/13) aprobada el 5 de junio de 2013.

<sup>12</sup> Artículo 1.1 “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.”

<sup>13</sup> Sin perjuicio de la interpretación extensiva que se ha realizado de los tratados internacionales vigentes para incorporarlas dentro de la frase “cualquier otra condición social”. A modo de ejemplo ver Caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de Febrero de 2012 párrafos 83 a 93.

los deberes del Estado de prevenir, eliminar y sancionar las manifestaciones de discriminación e intolerancia es la referencia a la utilización de los diversos medios de comunicación, incluyendo internet.

En definitiva, las nuevas convenciones constituyen un desarrollo significativo para el *corpus iuri* del derecho internacional de los derechos humanos ya que ambos instrumentos tienen “como méritos principales reafirmar, actualizar y perfeccionar alguna de las nociones consagradas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU del 1965, consolidando y especificando para las Américas el contenido democrático de los principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación”<sup>14</sup>. Sin embargo, el Estado de Chile no firmó ninguna de ellas. El INDH manifiesta su preocupación al respecto, dado que la explicación del Estado para no manifestar su consenso fue “en razón a que el procedimiento de consultas jurídicas internas no ha finalizado respecto al Proyecto de Convención contenido en la presente resolución, favorece su aprobación pero se reserve (sic) su posición en relación al mismo hasta no contar con los análisis e informes pertinentes.” Ambas Convenciones entrarán en vigor cuando sean ratificadas por dos Estados Miembros. A la fecha Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay se convirtieron en los primeros firmantes de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. El INDH alienta al Estado de Chile a adoptar las medidas sustantivas pertinentes para hacerse parte de ambas Convenciones y avanzar hacia una mayor esfera de protección de todas las personas víctimas de discriminación.

## II. Estándares de Derechos Humanos

El ejercicio de derechos para todas las personas en igualdad de condiciones es requisito esencial en una sociedad democrática. Así lo determina el derecho internacional de los derechos humanos al establecer la prohibición para los Estados de discriminar. En el mismo sentido, la Constitución Política de la República en su Artículo 1° inciso 1° consagra que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta igualdad exige tanto un reconocimiento formal y también demanda una igualdad sustantiva, es decir, que el ejercicio de los derechos por parte de las personas no se vea obstruido por impedimentos fácticos. En otras palabras, el derecho no solo debe ser legalmente reconocido, sino que debe ser en la práctica ejercido libremente sin restricciones arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y

---

<sup>14</sup> Palabras del Secretario General Insulza, Boletín Informativo Junio 2013 del Departamento de Derecho Internacional OEA. Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines\\_informativos\\_tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_jun-17-2013.html](http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_tratados_multilaterales_interamericanos_jun-17-2013.html)

general relativo a la protección de los derechos humanos”<sup>15</sup>. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial afirma que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituye un principio básico de la protección de los derechos humanos”<sup>16</sup>. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que “Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos”<sup>17</sup>.

En virtud del principio de igualdad y no discriminación, fundamento del sistema internacional de protección de los derechos humanos, se establece como una obligación del Estado de Chile adoptar aquellas medidas legislativas que sean necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a propósito de los/las migrantes indocumentados señaló en su Opinión Consultiva que “... el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”<sup>18</sup>. En efecto, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra reconocido como cláusula general en los diversos tratados internacionales de derechos humanos.

El Proyecto de ley, que se analiza a continuación, busca subsanar aquellas deficiencias o vacíos identificados en la aplicación de la Ley 20.609 en sus casi tres años de vigencia. En efecto la moción parlamentaria señala que su objetivo es modificar la normativa para que sea “verdaderamente una ley general antidiscriminación”.

---

<sup>15</sup> Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18 “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr.1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168.

<sup>16</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General No. 14 relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, 42º período de sesiones, 1993, párr.1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 239.

<sup>17</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 34º período de sesiones, 2005, párr. 7. E/C.12/2005/4.

<sup>18</sup> Corte IDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

### **III. Proyecto de Ley que modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación.**

El INDH destaca la presentación realizada el 6 de mayo de 2015<sup>19</sup> del proyecto de ley que modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación. La iniciativa legislativa tiene como propósito hacer modificaciones a la Ley 20.609 con el fin de subsanar las deficiencias que han sido identificadas en la aplicación de la normativa. En concreto, la moción señala como fundamento la información proporcionada por el Poder Judicial, respecto al uso del mecanismo contemplado en la Ley 20.609, el cual informa que desde la entrada en vigencia de la normativa sólo se han presentado 119 acciones ante los Juzgados de Letras<sup>20</sup> y que no existen a la fecha políticas públicas promovidas por el Gobierno para dar cumplimiento al deber de los órganos de la Administración del Estado de garantizar el goce de derechos a toda persona sin discriminación arbitraria. Además el proyecto en análisis propone modificar algunas definiciones contenidas en la ley con el fin de ampliar su esfera de protección y plantea reformas al mecanismo judicial consagrado con el objetivo de otorgar una efectiva reparación a las víctimas de discriminación.

Para efectos del análisis, y en virtud de los estándares internacionales expuestos, se han seleccionado cuatro temas sobre los cuales se formulan observaciones con el propósito que los artículos que componen el proyecto se encuentren en armonía con los estándares internacionales. Los temas que serán analizados son: el propósito de la ley y el deber que corresponde a los órganos del Estado para su efectiva aplicación; el concepto de discriminación y sus alcances; las modificaciones al mecanismo judicial tanto en su establecimiento como en su resolución; y la vigencia de la norma general de interpretación de la Ley 20.609.

### **IV. Observaciones al Proyecto de Ley modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación.**

#### **a) Propósito de la ley y deber de los órganos del Estado**

El artículo 1 inciso primero de la ley señala que el objetivo principal de la normativa es instaurar “un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se comenta un acto discriminatorio”. El inciso segundo consagra un deber general de los órganos de la Administración del Estado, para que dentro de su competencia, “elaboren e implementen políticas públicas destinadas a garantizar a toda personas, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos”. La moción en análisis propone tres modificaciones a este artículo:

---

<sup>19</sup> Moción parlamentaria iniciada por los/as Honorables Senadores/as Señora Van Rysselberghe y Señores Coloma, Orpis, Ossandón y Pérez Varela.

<sup>20</sup> Poder Judicial, repuesta a solicitud de transparencia N° NR001T0000367, citado en los antecedentes de la moción.

*1) Al inciso primero del artículo 1º, para sustituirlo por el siguiente: "Artículo 1º- Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental prevenir, eliminar y sancionar todas las formas de discriminación arbitraria que se ejerzan contra cualquier persona".*

Respecto a la primera modificación propuesta, cabe señalar que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de no discriminación establecen deberes de respeto y garantía, y para ello se requieren medidas de prevención, así como acciones judiciales tendientes a investigar y sancionar cuando corresponda a las personas responsables de hechos discriminatorios. A través de la acción judicial, la ley actualmente vigente solo satisface una de estas dimensiones. La norma actual es débil en materia de prevención, es decir, en formular la obligación de acciones orientadas a informar a la ciudadanía y a transformar mitos, prejuicios e imaginarios culturales que están en la base de la discriminación, lo que constituye una importante debilidad<sup>21</sup>. La erradicación de la discriminación no se agota con la existencia de esta normativa, menos aún si esta solo pone acento en la sanción judicial de actos discriminatorios. Se requerirá del Estado una acción sostenida para transformar – a través de campañas de bien público y otras modalidades- las construcciones culturales que están en la base de los discursos y conductas discriminatorias, así como el desarrollo de procesos de formación hacia funcionarios/as públicas y el continuo mejoramiento de los procesos educativos en todos sus niveles, que aborden la cuestión de la igualdad y la no discriminación<sup>22</sup>.

Por lo expuesto, el INDH valora positivamente la incorporación expresa del deber de prevención toda vez que coincide con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado de Chile en la materia, sin embargo, se destaca que este cambio de propósito de la normativa debe estar en coherencia con el contenido de la ley y para ello deben considerarse otras modificaciones tales como la consagración de medidas de acción afirmativa y otros elementos – como campañas educativas - orientados a la eliminación de la discriminación.

*2) Al inciso segundo del artículo 1º, para reemplazar la frase "a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" por la siguiente: "prevenir todo tipo de discriminación arbitraria y garantizar además a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".*

En relación con esta segunda propuesta de modificación, y en concordancia con el análisis desarrollado respecto al punto anterior, se debe señalar que conforme a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en relación con la obligación de garantía,

---

<sup>21</sup> Valoración ya desarrollada por el INDH en el Informe Anual 2012, pág. 111.

<sup>22</sup> INDH, Informe Anual 2012, pág. 113.

el cabal cumplimiento de esta obligación supone para los Poderes del Estado adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento efectivo a los derechos fundamentales<sup>23</sup>. Esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas; requiere emprender acciones concretas destinadas a asegurar los derechos contemplados en los tratados internacionales y mantener una continua actitud de observancia, de manera de anticiparse a posibles vulneraciones<sup>24</sup>. Cumplir con esta obligación conlleva adoptar leyes, definir políticas públicas, asignar recursos, y establecer prácticas administrativas y procesos judiciales con el fin de generar condiciones para el pleno goce de los derechos humanos. En efecto, de la obligación de garantía se desprenden tres subobligaciones: *prevenir, investigar y sancionar*.

- Prevenir las violaciones de derechos humanos implica que el Estado debe tomar acciones para evitarlas. Un Estado no puede ser responsable de cualquier situación de riesgo y teniendo en cuenta las dificultades que implican la planificación y adopción de políticas públicas, “las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”<sup>25</sup>.

- En virtud de la obligación de investigar, el Estado tiene el deber de generar procesos judiciales para esclarecer las circunstancias y las responsabilidades, establecer las sanciones pertinentes y asegurar a la(s) víctima(s) una adecuada reparación<sup>26</sup>.

- La obligación de sancionar “a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, en general exige que el Estado lleve a cabo un proceso penal serio, imparcial y efectivo”<sup>27</sup>. La investigación y sanción deben estar orientadas a lograr verdad y justicia, a evitar situaciones de impunidad y a garantizar la no repetición<sup>28</sup>. Se trata de un deber jurídico del Estado, y no de una mera gestión de intereses particulares que descansa en la iniciativa de la víctima y/o de sus familiares.

---

<sup>23</sup> Respecto de la obligación de garantía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166.

<sup>24</sup> La Corte agregó que esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas, sino que “comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *Ibidem*.”

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafo 155.

<sup>26</sup> Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, *Op. Cit.*

<sup>27</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías, del 30 de enero de 1987, párrafo 19.

<sup>28</sup> A modo de ejemplo ver Corte IDH, caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004; caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000; y, caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.



En virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes y por cómo ha sido conceptualizado por el derecho internacional de los derechos humanos el deber de “garantizar” no parece necesaria la modificación propuesta en la moción, de reemplazar la palabra “garantizar” por “prevenir y garantizar” toda vez que el deber de prevención se entiende comprendido como una de las subobligaciones derivadas del deber general de garantía.

*3) Para incorporar un inciso tercero nuevo al artículo 1° en los siguientes términos: "Asimismo, los Órganos de la Administración del Estado podrán establecer medidas especiales destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas discriminadas arbitrariamente".*

Esta tercera modificación es coherente con la modificación del inciso primero del artículo 1, toda vez que extiende el alcance y esfera de protección de la normativa proponiendo consagrar como un deber de los órganos de la administración del Estado la adopción de medidas especiales de protección en materia de igualdad y no discriminación. En definitiva la moción en análisis propone consagrar como un deber del Estado la adopción de medidas de acción afirmativa.

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”.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en los párrafos 3 y 4 del artículo 5, establece que “3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables; 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

Estos artículos hacen referencia a lo que se ha denominado “medidas de acción afirmativa”, 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, sino que esta igualdad debe expresarse además en el igual goce de los derechos.

Así entonces, para el derecho internacional de los derechos humanos, estas acciones constituyen un estándar internacional. Para el Comité DESC “los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible”<sup>29</sup>. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”<sup>30</sup>.

Un tratamiento específico sobre el tema fue el que hizo la extinta Comisión de Derechos Humanos, la cual interpretó que la “verdadera igualdad que persiguen los instrumentos internacionales no es necesariamente fruto de un trato idéntico para todos, sino que hay medidas favorables especiales que son perfectamente compatibles con ese objetivo y no constituyen discriminación, siempre y cuando no se mantengan una vez que haya desaparecido la necesidad de aplicarlas”<sup>31</sup>. Por su parte, el Comité de la CEDAW ha establecido que “la eliminación de las barreras jurídicas, aunque necesaria, no es suficiente. [L]os Estados Partes tienen la obligación de garantizar que las medidas especiales de carácter temporal se orienten claramente a apoyar el principio de igualdad y, por consiguiente, cumplan los principios constitucionales que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos”<sup>32</sup>.

Sobre este mismo punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también expresó que “las medidas de acción afirmativa están en pleno cumplimiento del principio de no discriminación y de las disposiciones aplicables de la ley de derechos humanos; de hecho, tales medidas bien podrían ser requeridas para lograr la igualdad

---

<sup>29</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 sobre la No discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, 2009, párr. 9.

<sup>30</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre No Discriminación, 1989, párr. 10.

<sup>31</sup> Comisión de Derechos Humanos, El concepto y práctica de la acción afirmativa, E/CN.4/Sub.2/2000/11, 2000, párr. 34.

<sup>32</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 23 sobre Vida Política y Pública, 1997, párr. 15.

sustantiva de oportunidades”<sup>33</sup>. Finalmente, la Corte IDH ha señalado que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”<sup>34</sup>.

Así entonces, las acciones afirmativas se enmarcan dentro de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, a saber: promover, respetar y garantizar. Justamente, el deber de garantía implica la adopción de medidas especiales para el efectivo ejercicio de los derechos. Sobre este punto, el INDH ha señalado que “esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas; requiere emprender acciones concretas destinadas a asegurar los derechos contemplados en los tratados internacionales”<sup>35</sup>. Uno de esos derechos fundamentales es la igualdad, por lo que el Estado está obligado a no discriminar, como también a subsanar cualquier situación de discriminación presente en la sociedad. Es en este contexto que las acciones afirmativas constituyen una herramienta útil para este objetivo.

#### **- Límites de las medidas afirmativas**

Para evitar un abuso en la utilización de las medidas afirmativas, los estándares internacionales en la materia han fijado una serie de criterios con el objeto de una correcta aplicación de estas acciones. Estos límites se pueden resumir en dos puntos: a) las acciones afirmativas no pueden provocar una discriminación; y b) son esencialmente temporales.

#### **- La acción afirmativa no puede originar una nueva discriminación**

El sentido político de las medidas afirmativas es eliminar la discriminación de hecho presente en la sociedad. Por lo mismo, es un requisito de estas medidas el que no constituyan un nuevo acto de discriminación. Así entonces, ¿es la medida afirmativa un acto discriminatorio? Los estándares han respondido negativamente esta pregunta. Los ya citados artículos 4 de la CEDAW, el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y el artículo 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señalan expresamente que la adopción de medidas afirmativas no constituye un acto discriminatorio. La razón de estas expresiones radica en que se debe diferenciar entre discriminación y distinción. Tal como señala la Comisión de Derechos Humanos, “no todas las diferencias de trato están prohibidas, sólo aquellas que desembocan en una discriminación”<sup>36</sup>. Esto es confirmado por

---

<sup>33</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Consideraciones sobre la compatibilidad de las Medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, OEA/Serv.L/V/II.106, 1999, p. 7.

<sup>34</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 104.

<sup>35</sup> INDH, Informe Anual 2010, p. 33.

<sup>36</sup> Comisión de Derechos Humanos, El concepto y práctica de la acción afirmativa, E/CN.4/Sub.2/2000/11, 2000, párr.52.b

el Comité de Derechos Humanos al observar que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]”<sup>37</sup>. La Corte IDH también ha señalado que “el término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos”<sup>38</sup>.

Las medidas de acción afirmativa nacen producto de las históricas discriminaciones de las que los grupos en situaciones de vulnerabilidad han sido objeto, por lo que el objetivo de estas no es producir una nueva discriminación, sino que subsanar un escenario que ha sido discriminatorio para miles de personas producto de su raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, condiciones económicas, entre otros motivos. Estas discriminaciones históricas producen y reproducen la desigualdad, expresada en la diferencia de oportunidades y de desarrollo de planes de vida.

Así, aquellas acciones afirmativas planteadas a favor de un grupo determinado de forma desproporcional, irracional o subjetiva, están prohibidas a la luz de los estándares internacionales por constituir un acto de discriminación. A contrario sensu, si son medidas proporcionales, racionales y objetivas, no pueden ser catalogadas como discriminatorias, ya que en su esencia constituyen una distinción amparada por el derecho internacional de los derechos humanos y por tanto, legítimas. Tal como se ha señalado, “el fin de una acción positiva (legítima), a favor de las mujeres o de una minoría étnica o racial, no es discriminar a los hombres o a los blancos, sino promover, mediante tratos preferenciales, la igualdad sustantiva de las mujeres o bien de los que pertenecen a una minoría”<sup>39</sup>. Asimismo, para Dinah Shelton se ha establecido –a la luz de la jurisprudencia del Tribunal EDH- que “la existencia de la justificación objetiva y razonable [está dada por] si la medida en cuestión tiene un propósito legítimo y [si] existe una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los objetivos que se intenta lograr”<sup>40</sup>.

#### - **La acción afirmativa es esencialmente temporal**

La función de la medida afirmativa es eliminar una determinada situación de discriminación de la cual es víctima un grupo específico, es decir, la adopción de medidas mientras persista un escenario de vulnerabilidad. Por lo mismo, una vez solucionado el problema estructural que originaba la vulnerabilidad, la medida afirmativa debe cesar, ya que constituiría un privilegio a favor de un grupo, sin fundamento para su mantención. En

---

<sup>37</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre No Discriminación, 1989, párr.13.

<sup>38</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 84.

<sup>39</sup> María Vittoria Ballestrero, Igualdad y Acciones Afirmativas. Problemas y argumentos de una discusión infinita; en Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006, p. 60.

<sup>40</sup> Dinah Shelton, Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en Anuario de Derechos Humanos 2008, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, p. 23.

otras palabras, la justificación objetiva y razonable, requisito de las medidas afirmativas, no sería plausible.

Este límite ha sido también remarcado por los ya citados artículos 4 de la CEDAW, el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y el artículo 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el sentido que las medidas deben cesar en sus efectos una vez que se ha logrado la igualdad. Tal como señaló la Comisión de Derechos Humanos, “la concesión de unas medidas de acción afirmativa no tiene por qué desembocar en la perpetuación de normas desiguales o distintas, por lo que las medidas cesarán una vez que se hayan logrado los objetivos para los cuales fueron tomadas”<sup>41</sup>.

En el ordenamiento jurídico nacional, son escasos los ejemplos en que el legislador haya adoptado medidas afirmativas. En efecto, 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”.

En este mismo orden de ideas, el proyecto de ley original que establece medidas contra la discriminación, señalaba 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.*

---

<sup>41</sup> Comisión de Derechos Humanos, El concepto y práctica de la acción afirmativa, E/CN.4/Sub.2/2000/11, 2000, párr. 66.

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.

Parte de la objeción hacia estas medidas sería que afectan la “meritocracia”, es decir, en caso de que un hombre tenga más aptitudes que una mujer para un determinado puesto laboral, se privilegiaría a la mujer. Al respecto cabe argumentar que la superación de la desigualdad y la discriminación no dependen exclusivamente de la voluntad y fuerza de las personas afectadas y constituyen, la mayoría, fenómenos sistémicos y estructurales. Si se asume que las desigualdades son un problema estructural, entonces le cabe al Estado la obligación de modificar esas estructuras y, al mismo tiempo, contribuir a la igualdad sustancial. En este sentido, también se ha señalado que “quienes así argumentan (refiriéndose a la posición en contra de las cuotas por afectar el mérito) parecen olvidar que nuestro país no solo ostenta una evidente desigualdad en la distribución de los ingresos, sino que es modestamente meritocrático, presenta una escasa movilidad en la elite, poca movilidad intergeneracional y la familia de origen continúa teniendo un peso determinante en el futuro desarrollo de las personas. Así, cabe preguntarse por qué a las mujeres se les pide que esgriman condiciones que la sociedad, como un todo, no satisface”<sup>42</sup>.

Paradójicamente, pese a que la ley ha sido renuente al establecimiento de acciones afirmativas, en las políticas públicas estas acciones son de extendida aplicación. Ejemplo de esto es en el caso de acceso a la justicia es el “privilegio de pobreza”, en virtud del cual las personas de escasos recursos que deban recurrir a tribunales “tendrán derecho para ser gratuitamente servidos por los funcionarios del orden judicial, y por los abogados, procuradores y oficiales subalternos designados para prestar servicios a los litigantes pobres”<sup>43</sup>. Con todo, esta figura ha sido objeto de críticas ya que “se exige al interesado no solo conocer la existencia de este beneficio sino, además, la presentación de una petición por escrito ante el tribunal y acreditar su condición de precariedad económica. En la práctica esto resulta a todas luces inviable”<sup>44</sup>. El esfuerzo debe estar en los órganos competentes del Estado y no en la persona.

En materia de educación existe la “Beca de Zona Extrema” en virtud de la cual “estudiantes vulnerables de zonas aisladas continúen sus estudios en establecimientos educacionales reconocidos por el Estado. [L]a beca comprende asignaciones de libre disposición

---

<sup>42</sup> María de los Ángeles Fernández, Equidad Política de Género en el Chile Actual: entre Promesas y Resistencias; en Anuario de Derechos Humanos 2008, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, p. 225.

<sup>43</sup> Artículo 591, inciso segundo, Código Orgánico de Tribunales.

<sup>44</sup> Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2007, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, p. 205.

consistentes en una asignación mensual por alumno”<sup>45</sup>. En esta situación se puede apreciar la existencia de una medida especial (la asignación mensual por alumno/a en situación de vulnerabilidad), por el hecho de estar geográficamente alejado/a del establecimiento escolar lo que afecta su derecho a la educación en igualdad de condiciones. Mientras persista la vulnerabilidad o no exista un establecimiento cercano, el Estado otorgará esta asignación, entendiendo que en caso contrario aumentará la deserción escolar, lo cual aumenta la desigualdad social.

Así, la medida 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. Para su aplicación, el Estado debe justificar racional y objetivamente su adopción y que esta sea proporcional en cuanto al fin que se quiere obtener. Solo así la medida adoptada no constituirá un acto discriminatorio nuevo, sino que una distinción legítima que un Estado puede adoptar para asegurar el ejercicio de un derecho por parte de un grupo en situación de vulnerabilidad. Del mismo modo, en atención a que el objetivo de la medida es equiparar, una vez que se ha logrado dicho objetivo, la medida afirmativa debe cesar en sus efectos, ya que de lo contrario esta pasa a ser un privilegio que no tiene fundamento alguno y, por tanto, discriminatorio.

En conclusión el INDH valora positivamente la propuesta de incorporar como uno de los deberes de los órganos de la Administración del Estado la adopción de medidas de acción afirmativa.

#### **b) Modificaciones a la definición de discriminación**

*1) La moción formula modificar la definición de discriminación contenida en el artículo 2 de la ley, para ello se propone eliminar la frase “exclusión y restricción”, afirmando que sólo basta consagrar en la ley la conducta “distinción” que sería “el género en el cual se pueden subsumir las demás clases en cuanto especies del mismo”.*

En relación con esta modificación, cabe destacar que en el marco del sistema de Naciones Unidas se identifican un conjunto de instrumentos internacionales que consagran el derecho a la no discriminación<sup>46</sup>. La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>47</sup>, particularmente el artículo 2, prescribe que toda persona tiene todos los derechos y

---

<sup>45</sup> Enrique Arzúa (consultor), VI Informe Interamericano de la Educación en Derechos Humanos, Consultoría elaborada para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (informe Preliminar), p. 28.

<sup>46</sup> A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos han consagrado dentro de su normativa alguna cláusula referente al principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Entre ellos se identifica: Artículo 2 Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 14 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

<sup>47</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

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 Políticos<sup>48</sup>, 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 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 Racial<sup>49</sup>, 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 Mujer<sup>50</sup> 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.

Destaca por su especialidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial<sup>51</sup> (CERD). La CERD consagra la definición del término

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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

<sup>51</sup> La CERD del año 1965, fue desarrollada con el objeto de garantizar a todas las personas el respeto universal de los derechos humanos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Se debe considerar el contexto en el cual se originó este instrumento internacional, en particular la preocupación manifestada por la comunidad internacional tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial por el desarrollo de doctrinas de superioridad basadas en la diferenciación racial y de políticas de gobierno tales como las del apartheid, segregación y separación. En virtud de lo anterior, se estimó determinante consagrar a nivel internacional directrices específicas en materia de discriminación.



“discriminación racial” en el artículo 1.1 señalando: “En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

El Comité de Derechos Humanos, como órgano que realiza las interpretaciones autorizadas de las normas integrantes del PIDCP, en la Observación General No. 18<sup>52</sup> denominada “No Discriminación” define el término “discriminación” a partir de otras convenciones internacionales referentes a la materia. El Comité alude al artículo 1.1 de la CERD y al artículo 1 de la CEDAW<sup>53</sup> para establecer una definición de “discriminación”. El párrafo 7 de la Observación General No. 18 señala: “Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”

A la luz de la definición desarrollada por el Comité de Derechos Humanos y la definición consagrada en el Artículo 1.1 de la CERD, resulta necesario determinar si el concepto propuesto en la modificación cumple con los estándares internacionales vigentes.

De la lectura del artículo 2 de la ley 20.609, se identifica la utilización del término “discriminación arbitraria”<sup>54</sup>, con el objeto de resaltar que la conducta discriminatoria no está asociada a una prohibición de hacer distinciones en forma general, más bien se prescribe realizar distinciones caprichosas. El Comité de Derechos Humanos ha señalado “que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se busca es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.”<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18, “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

<sup>53</sup> Artículo 1º: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

<sup>54</sup> Desde el proyecto original se utiliza dicha terminología de acuerdo a lo señalado en el Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. 14 de marzo 2005, Santiago.

<sup>55</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr. 13. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

En relación con las modalidades que puede adoptar la discriminación, que se puede traducir en *distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias*. El mensaje del proyecto que dio origen a la Ley 20.609 conceptualizó las modalidades señalando que, “las distinciones son diferenciaciones en base a alguna particularidad. Las exclusiones se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa. Las restricciones son reducciones a menores límites. Las preferencias, finalmente, son ventajas que se conceden a una persona sobre otra.”<sup>56</sup>

En definitiva, la normativa vigente se encuentra en armonía con la definición contenida en instrumentos internacionales, específicamente la definición consagrada en el artículo 1 del CERD que indica “la expresión de “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia...”, no siendo necesaria su modificación. Por lo tanto el INDH no comparte la modificación propuesta que busca eliminar la frase “exclusión, restricción” dado que representaría un retroceso a la luz de los estándares internacionales expuestos.

Por otra parte, el tenor de la normativa vigente es consistente con otras normas antidiscriminación, como es, a saber, el art. 2 inciso 4° del Código del Trabajo que dispone: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

*2) La moción en análisis propone también suprimir el inciso tercero del artículo 3°, el cual establece: “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.*

La actual legislación presenta desafíos evidentes, entre ellos destaca el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial aquellos contenidos en los números 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución. Al respecto, el INDH expresó en el debate parlamentario que en la eventualidad que ante un acto discriminatorio se alegue colisión de derechos, es tarea del juez ponderar en el caso concreto si hay o no discriminación. No es posible para el legislador decidir en abstracto y a todo evento qué situaciones no se entenderán como discriminatorias. La ponderación debe darse en pie de igualdad entre derechos y no estableciendo una ventaja normativa a favor de uno de ellos. Caso contrario, la apelación a conflictos de derechos conllevará ubicar el principio de igualdad y no discriminación en un estatus inferior al de otras garantías constitucionales. Este escenario

---

<sup>56</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. 14 de marzo 2005, Santiago.

requerirá del esfuerzo de jueces y juezas por incorporar en sus consideraciones y sentencias los estándares internacionales de derechos humanos en la materia. En conclusión, el INDH coincide con la necesidad de eliminar el inciso tercero, respaldando en este aspecto la moción en análisis.

*3) Una tercera modificación propuesta es incorporar un nuevo inciso 3° en los siguientes términos: "La discriminación arbitraria puede ser directa o indirecta. Por discriminación arbitraria indirecta se entiende la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a una persona en desventaja particular con respecto a otra u otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o practica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".*

En relación a esta modificación cabe señalar que lo propuesto en la indicación coincide con lo consagrado en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, la cual en su artículo 1.1 señala *"Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos"*.

El INDH valora la incorporación de la definición de discriminación indirecta ya que recoge los avances desarrollados en la materia a nivel internacional.

### **c) Modificaciones a la acción judicial**

*1) Para incorporar al inciso segundo del artículo 5°, luego del punto aparte que pasa a ser punto seguido, la siguiente "En ella también podrá solicitarse una indemnización si correspondiere".*

*2) Para incorporar en el inciso primero del artículo 12°, enseguida del punto aparte que pasa a ser punto seguido, la siguiente oración: "Deberá pronunciar también sobre la indemnización correspondiente en caso de haberse solicitado oportunamente y siempre que proceda en derecho".*

*3) Para eliminar el inciso tercero del artículo 12°.*

Por último, el proyecto en análisis propone una serie de modificaciones a la acción judicial actualmente vigente. Los cambios propuestos se orientan a brindar una adecuada reparación a las víctimas de discriminación -cuestión que la legislación vigente no contempla- y a garantizar un acceso efectivo a la acción al proponer eliminar la multa en el caso que una sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento (previsto así en el actual artículo 12 inciso tercero).

En relación con el deber de reparación frente a la violación de un derecho humano, el Estado tiene la obligación de reparar íntegramente el daño producido<sup>57</sup> El acto de reparar significa reponer a la persona la situación en que se encontraba antes de que sus derechos fueran vulnerados, y en caso que no sea posible, compensarla de una forma que se considere equivalente. La reparación incluye por tanto la restitución o compensación y la adopción de medidas que aseguren la no repetición de los hechos que provocaron la violación de derechos, entre otras, la adecuación de la legislación interna, la realización de actos públicos en los cuales el Estado reconoce su responsabilidad o la capacitación de funcionarios/as en el conocimiento de los derechos humanos de las personas.

En definitiva, la actual normativa contempla una multa a beneficio fiscal en caso de que hubiera existido discriminación. La moción tiene por objeto incorporar en forma expresa la obligación del tribunal para pronunciarse sobre “la indemnización correspondiente” con el propósito de reparar a la víctima de la vulneración. Cabe destacar que si bien la actual normativa no señala en forma expresa la procedencia de una indemnización a la víctima de discriminación, si consagra en el artículo 12 que el juez/a “Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. Si bien la propuesta constituye un avance, tal como se explicitó en los párrafos precedentes, el deber de reparación es más amplio que solo una indemnización de carácter monetario, siendo esta propuesta de modificación una oportunidad para resaltar las otras medidas que componen el deber de reparación y que pueden contribuir a generar una mayor cultura en materia de igualdad y no discriminación a través de medidas que brinden una respuesta adecuada a las víctimas del caso pero que también impacten a nivel sociocultural.

#### **d) Vigencia de la norma general de interpretación de la Ley 20.609**

El artículo 18 de la Ley 20.609 dispone: “Interpretación de esta ley. Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres artículos precedentes”.

El INDH hace presente que de extenderse la finalidad de la ley al campo preventivo y, por lo tanto, abandonar el campo de la mera acción judicial, la norma general de interpretación del art. 18 perderá su razón de ser. En efecto, si de lo que se trata es de reforzar las competencias de prevención y medidas de acción afirmativa, la aplicación de la Ley Zamudio necesariamente escapará a los términos judiciales y, por lo tanto, la cláusula interpretativa final se transformará en un obstáculo para la debida aplicación de la ley revisada.

---

<sup>57</sup> Nash, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2009, pág. 11.

## V. Conclusiones

- El Estado de Chile ha realizado esfuerzos en los últimos años con el propósito de dotarse de una institucionalidad y un marco normativo eficaz que garantice el respeto de los derechos de todas las personas sin discriminación. Uno de los hitos normativos en la materia, fue la aprobación y publicación de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Si bien la creación de la acción judicial específica constituye un avance para alcanzar el efectivo respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación, aún hay desafíos pendientes y vacíos legislativos que deben ser subsanados.
- El INDH valora positivamente la incorporación expresa del deber de prevención toda vez que coincide con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado de Chile en la materia, sin embargo, se destaca que este cambio de propósito de la normativa debe estar en coherencia con el contenido de la ley y para ello deben considerarse otras modificaciones tales como la consagración de medidas de acción afirmativa y otros elementos – como campañas educativas - orientados a las eliminación de la discriminación.
- Por cómo ha sido conceptualizado por el derecho internacional de los derechos humanos el deber de “garantizar” no parece necesaria la modificación propuesta en la moción, de reemplazar la palabra “garantizar” por “prevenir y garantizar” toda vez que el deber de prevención se entiende comprendido como una de las subobligaciones derivadas del deber general de garantía.
- El INDH valora positivamente la propuesta de incorporar como uno de los deberes de los órganos de la Administración del Estado la adopción de medidas de acción afirmativa.
- En relación con la definición de discriminación, la normativa vigente se encuentra en armonía con la definición contenida en instrumentos internacionales, específicamente la definición consagrada en el artículo 1 del CERD que indica “la expresión de “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia...”, no siendo necesaria su modificación. Por lo tanto el INDH no comparte la modificación propuesta que busca eliminar la frase “exclusión, restricción” dado que representaría un retroceso a la luz de los estándares internacionales expuestos.
- El INDH coincide con la necesidad de eliminar el inciso tercero del artículo 2 de la actual legislación, ya que en la eventualidad que ante un acto discriminatorio se alegue colisión de derechos, es tarea del juez ponderar en el caso concreto si hay o no discriminación. No es posible para el legislador decidir en abstracto y a todo evento qué situaciones no se entenderán como discriminatorias.
- El INDH valora la incorporación de la definición de discriminación indirecta ya que recoge los avances desarrollados en la materia a nivel internacional.

- En materia de reparación a las víctimas de discriminación el INDH valora la modificación propuesta la cual constituye un avance. Pero destaca que el deber de reparación es más amplio que solo una indemnización de carácter monetario, siendo esta propuesta de modificación una oportunidad para resaltar las otras medidas que componen el deber de reparación y que pueden contribuir a generar una mayor cultura en materia de igualdad y no discriminación a través de medidas que brinden una respuesta adecuada a las víctimas del caso pero que también impacten a nivel sociocultural.

- El INDH hace presente que de extenderse la finalidad de la ley al campo preventivo y, por lo tanto, abandonar el campo de la mera acción judicial, debe analizarse la subsistencia de la norma general de interpretación contenida en el art. 18 de la ley.