

EN LO PRINCIPAL: TENGASE PRESENTE AMICUS CURIAE; PRIMER OTROSÍ: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA CALIDAD INVOCADA; SEGUNDO OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA

S.J.L EN LO CIVIL DE SANTIAGO (7º)

LORENA FRIES MONLEON, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en los autos sobre acción de no discriminación arbitraria, caratulados “Moreno con Empresas La Polar S.A.”, ROL N° C-1389-2013, a SS. Con respeto digo:

De conformidad con la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en particular lo señalado en los artículos 2° inciso 1 y 3° N° 3 de dicha ley y lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, vengo en presentar un *amicus curiae*, a través del cual ponemos a su disposición nuestra opinión jurídica en materia de derechos humanos en la causa Rol N° C-1389-2013, sobre la acción de no discriminación arbitraria presentada por el Sr. [REDACTED] ciudadano chileno, portador del síndrome de Down, en autos caratulados “Moreno con Empresas La Polar S.A.”.

La presentación se pronuncia a favor de la acción de no discriminación contemplada en el artículo 3° de la ley N° 20.609, presentada por el Sr. [REDACTED] en contra de **Empresas La Polar S.A.**, sociedad del giro de grandes tiendas comerciales; **Inversiones SCG S.A.**, sociedad del giro emisor de tarjetas de crédito; y **Corpolar S.A.**, sociedad del giro prestación de servicios de administración de carteras (en adelante La Polar). A nuestro juicio la negativa de La Polar de aceptar la realización del pago por parte del Sr. [REDACTED] con la tarjeta de crédito emitida, otorgada y administrada por las mismas empresas relacionadas antes señaladas, basada única y

exclusivamente en su apariencia física, propia de toda persona que posee la alteración cromosómica “trisomía 21” -conocida comúnmente como síndrome de Down-, constituye un acto de discriminación arbitraria de aquellos contemplados en el artículo 2º de la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación y que para obtener su cese la misma ley otorga en su artículo 3º la acción de no discriminación arbitraria.

Además en la siguiente presentación señalaremos cómo la discriminación arbitraria realizada por Empresas La Polar S.A. y sus empresas relacionadas, va en dirección opuesta a lo prescrito la Constitución Política de la República, especialmente en sus artículos 1 inciso 1º y 19 N° 2; a la ley N° 20.422 mediante la cual el Estado de Chile se compromete a generar las condiciones para que las personas con discapacidad accedan en igualdad de oportunidades e inclusión social a los distintos ámbitos de la vida y, a la ley N° 19.496 sobre protección a los consumidores.

Asimismo indicaremos, respecto a cada derecho involucrado los estándares internacionales en materia de derechos humanos que se estarían vulnerando con dicha acción.

Tabla de Contenidos

I. ACERCA DE LOS <i>AMICUS CURIAE</i> Y MANDATO DEL INDH.....	4
II. ANTECEDENTES SOBRE LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA PRESENTADA.....	7
A. Consideraciones generales acerca el síndrome de Down.....	7
B. Antecedentes de hecho sobre el titular de la acción.....	9
C. Los hechos.....	11
III. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA POR MOTIVOS DE DISCAPACIDAD.....	12
A. Obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.....	12
B. El artículo 5º inciso 2 de la Constitución Política de la República y la incorporación de los Tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno.....	14
C. El principio de igualdad. Desde la igualdad formal a la igualdad sustancial.....	15
IV. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	20
A. El principio de no discriminación en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas.....	20
B. El principio de igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos.....	25
C. Análisis particular sobre los estándares internacionales en derechos humanos sobre inclusión social de personas con discapacidad o capacidades diferentes.....	27
D. Informe Mundial sobre Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud.....	32
V. LA NEGACIÓN DE EMPRESAS LA POLAR S.A. DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DEL SR. [REDACTED] COMO HIPÓTESIS DE DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY N°20.609 QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.....	35
A. Consideraciones previas sobre la ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación.....	35
B. La acción de Empresas La Polar S.A. como acción de discriminación arbitraria.....	37
VI. CONCLUSIÓN.....	39
PRIMER OTROSÍ:	39
SEGUNDO OTROSÍ:	40

I.- ACERCA DE LOS *AMICUS CURIAE* Y MANDATO DEL INDH

El *amicus curiae* o “amigo del tribunal” corresponde a un instituto del derecho procesal que permite a terceros ajenos a una disputa judicial, y que cuenten con un justificado interés en la resolución del litigio, ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso¹.

Uno de los fundamentos de esta institución es que constituye un eficaz mecanismo que permite entregar opiniones técnicas a la judicatura ante la complejidad de elementos del caso particular, por cuanto lo auxilia en la adopción de una decisión informada y situada en el contexto académico y jurídico que le compete, resguardándose en todo caso, el irrestricto apego a la publicidad del proceso. Por lo anterior, al *amicus curiae* también se convierte en un instrumento que facilita la transparencia del debate público respecto de asuntos que, dada su trascendencia social, van más allá de las particularidades de cada caso².

Así entonces, la presentación del *amicus curiae* realiza una doble función. Por un lado, aporta al tribunal, bajo cuyo examen se encuentra un pleito judicial de interés público, argumentos u opiniones que puedan servir para ilustrar y luego resolver el asunto controvertido. De otra parte, reviste de carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general. En síntesis, el *amicus curiae* puede también ser entendido como un mecanismo procesal apto para viabilizar institucionalmente la participación ciudadana, de manera de tornar más amplio el debate judicial y, en consecuencia, la

¹ Cfr. Napoli, A. y Vezzulla, J. M. (2007). “El Amicus Curiae en las Causas Ambientales”. *Lexis Nexis*. (nº 4), p 1. Recuperado el día 27 de septiembre de 2011, de <http://www.farn.org.ar/arch/EI%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>

² ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. "Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino". En: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", compilado por los nombrados. CELS. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997. págs. 387 y ss.

legitimidad de las decisiones y sentencias proferidas en el ámbito de la jurisdicción democrática³.

En cuanto al ámbito de su aplicación, el *amicus curiae* ha tenido una función importante en litigios cuya controversia involucra directa o indirectamente a los derechos humanos, debido a la consecencial atención que suscitan aquellas causas en que los tribunales se ven llamados a decidir sobre el ejercicio de algún derecho fundamental y la creciente presencia y relevancia de instituciones estatales de derechos humanos y de organizaciones no gubernamentales orientadas a evitar restricciones legítimas a los Derechos Fundamentales⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, el *amicus curiae* encuentra respaldo en diversos preceptos constitucionales, destacando, en especial, el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 y en el art. 1° inciso 3° que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

Además, el Art. 3 números 2 y 3 de la Ley 20.405 que crea el INDH establece, respectivamente, que son atribuciones del INDH:

“2.- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el ejercicio de esta función, podrá solicitar al

³ HENNIN, Monia. "La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño". [en línea]. Revista de Estudios Constitucionales. Año 8_ n° 1, 2010. p. 284. Disponible en <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art10.pdf>>. [Última visita realizada el 22 de febrero de 2011].

⁴ El mismo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupa de regular y establecer cuáles son los requisitos para la presentación de la figura del *amicus*. Al efecto, dicha reglamentación exige:

- a) Que debe presentarse oportunamente junto a sus anexos a través de los medios contemplados en el Reglamento (tales como correo postal o electrónico);
- b) Debe estar escrito en el idioma del caso y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos;
- c) Debe ponerse de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia de la Corte.

organismo o servicio de que se trate un informe sobre las situaciones, prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos.

3.- Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos”.

Existen varios casos en que los *amicus curiae* han sido acogidos en nuestro país, tanto por los tribunales ordinarios de justicia como por el Tribunal Constitucional. Entre estos últimos, podemos mencionar el presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en Autos sobre control de constitucionalidad Rol N° 1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”⁵; la Causa Rol N° 740, Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud (caso “píldora del día después”); la Causa Rol N° 634-2006, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y, Causa Rol N° 1723-2010-INC, Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil, presentación de *amicus curiae* del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Respecto a los *amicus curiae* presentados ante tribunales ordinarios, podemos mencionar, entre otros, la Causa Rol 165085-3. Solicitud de presentación de *amicus curiae* por el Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante, CELS) ante el Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago y autos sobre recurso de nulidad Rol N° 2921-

⁵ En la sentencia del Tribunal Constitucional, se hace mención expresa al *amicus* del INDH en los siguientes términos: “que se deja constancia que a Fojas 40, el Tribunal resolvió tener presentes las observaciones formuladas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, representado por su Directora, en relación con aspectos generales de la legislación militar vigente en el país y en el Derecho Comparado y con reparos de constitucionalidad que le merecen a esa entidad algunas disposiciones del proyecto de ley materia de estos autos”. Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de noviembre de 2012 sobre control de constitucionalidad Rol N° 1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”, Fundamento Jurídico 3.

2011, presentación de *amicus curiae* del Instituto Nacional de Derechos Humanos ante la Corte Suprema.

En consideración a las normas y consideraciones señaladas, vengo en presentar un *amicus curiae*, con el objeto de colaborar con este Ilustre Tribunal en el pronunciamiento, de acuerdo a las siguientes argumentaciones que paso a detallar a continuación.

II.- ANTECEDENTES LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.

A. Consideraciones generales acerca el síndrome de Down.

La alteración cromosómica que importa el síndrome de Down, es una de las formas más conocidas de discapacidad intelectual y malformaciones congénitas. Es tan identificable y reconocible, que el trisomía 21 es detectable en fase prenatal y al momento mismo del nacimiento.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como “un tipo de retardo mental causado por material genético extra en el cromosoma 21 (...) el cual se puede deber a un proceso llamado *no-disyunción*, en el cual el material genético no se separa en la parte crucial de la separación de los gametos, resultando un cromosoma extra (llamado trisomía 21). La causa de esta falta de separación es desconocida, sin embargo de que se correlaciona con la edad de la mujer (...) Algunas de las características físicas del Síndrome de Down que se presentan en niños y niñas son disminución del tono muscular, cara plana, ojos oblicuos hacia arriba, orejas de forma irregular, la capacidad de extender las articulaciones más allá de la habitual, gran espacio entre el dedo gordo y el dedo vecino, lengua grande con respecto a la boca, etc.”⁶

⁶ Esta definición de Síndrome de Down y otros aspectos relevantes de esta alteración cromosómica se encuentran disponibles en el Centro de Investigación Genética de la OMS <http://www.who.int/genomics/public/geneticdiseases/en/index1.html>

En el mismo sentido de la OMS los médicos españoles JESUS FLORES y EMILIO RUÍZ de la Fundación Síndrome de Down, explican la causa del síndrome de Down señalando que:

“El síndrome de Down o trisomía 21 es una entidad que en la actualidad constituye la causa genética más frecuente de discapacidad intelectual y malformaciones congénitas. Es el resultado de una anomalía cromosómica por la que los núcleos de las células del organismo humano poseen 47 cromosomas en lugar de 46, perteneciendo el cromosoma excedente o extra al par 21. Como consecuencia de esta alteración, existe un fuerte incremento en las copias de genes del cromosoma 21, lo que origina una grave perturbación en el programa de expresión de muy diversos genes, no sólo del cromosoma 21 sino de otros cromosomas. Este desequilibrio génico ocasiona modificaciones en el desarrollo y función de los órganos y sistemas, tanto en las etapas prenatales como postnatales. Consiguientemente, aparecen anomalías visibles y diagnosticables; unas son congénitas y otras pueden aparecer a lo largo de la vida. El sistema más comúnmente afectado es el sistema nervioso y dentro de él, el cerebro y cerebelo; por este motivo, casi de manera constante la persona con síndrome de Down presenta, en grado variable, discapacidad intelectual⁷.

Sin embargo, y más allá de los rasgos comunes que pueden poseer las personas portadoras del trisomía 21, la investigación médica de los últimos 25 años ha sido categórica en señalar que el nivel de afectación orgánico, sistémico y psicosocial es total y absolutamente distinto en todas las personas que poseen síndrome de Down.

Esta conclusión tiene una doble importancia:

- El primero, es que sin perjuicio de los rasgos comunes y reconocibles visiblemente del síndrome de Down, las generalizaciones y estereotipos que se construyen en torno al nivel de discapacidad intelectual y física, son abiertamente contrarios a la evidencia científica por las razones antes comentadas;

⁷ FLORES Jesús, RUIZ Emilio. *El síndrome de Down: aspectos biomédicos, psicológicos y educativos*, disponible en <http://www.Down21-chile.cl/>.

- El segundo sentido, dice relación con la necesidad de emprender desde la temprana edad del portador del síndrome de Down, intervención médica, educativa, psicológica, la cual sumada a la obligación del Estado de generar todas las condiciones para propender a una efectiva inclusión social de este colectivo vulnerable, permitirá una mejor acción en los distintos niveles de discapacidad intelectual.

En este mismo sentido FLORES y RUIZ explican que “suponer unos rasgos propios y exclusivos de las personas con síndrome de Down lleva consigo dos peligros que suelen acompañar a los tópicos aplicados a cualquier grupo humano. Por un lado, el efecto inmediato de etiquetaje o generalización, que nos llevará a suponer que cualquier sujeto por el mero hecho de tener síndrome de Down ya contará con esos atributos, configurando un prejuicio difícil de superar posteriormente. En segundo lugar, la creación de unas expectativas respecto a las posibilidades futuras de esa persona, por lo general, limitando sus opciones. Está comprobado que las expectativas que se establezcan sobre su evolución determinarán en gran medida el grado de desarrollo que va a alcanzar en realidad”⁸.

Estas conclusiones, en relación al caso que ahora informamos, serán fundamentales, toda vez que suponer incapacidad absoluta de una persona que posee síndrome de Down exclusivamente por un examen superficial de su aspecto físico, no sólo es contrario a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de capacidades diferentes, sino que también es contrario a la evidencia científica sobre la materia.

B. Antecedentes de hecho del titular de la acción presentada.

El Sr. [REDACTED] titular de la acción de no discriminación, es portador del síndrome de Down, trastorno genético causado por la presencia de

⁸ FLORES, RUIZ. *op. cit.*

una copia o parte extra del cromosoma 21, el que habitualmente se presenta en un par. Por ello, el síndrome también es conocido como “trisomía 21”, y ocurre durante los primeros días de la gestación.

Tal y como señala el recurrente “al tener un origen genético, los portadores del síndrome de Down compartimos algunas características físicas (faciales y corporales), y experimentamos dificultades en el lenguaje expresivo y deficiencia mental en distintos grados, la que puede ir desde leve hasta profunda, lo último solo en el menor de los casos. En otras palabras, presentamos distintos grados de dificultad en el lenguaje y mental entre nosotros, tal y como ocurre con las personas que no tienen este trastorno, y en definitiva como todos los seres humanos”.

En el caso del Sr. [REDACTED], sus padres desde el comienzo de su vida, a través del trabajo con equipos interdisciplinarios –compuestos por educadores, fonoaudiólogos, kinesiólogos, entre otros profesionales– propiciaron todo un proceso para que el titular de la acción pudiera superar sus dificultades y así poder insertarse en la vida social. Dicho objetivo en definitiva pareciera haberse conseguido con éxito, toda vez que el Sr. [REDACTED] se incorporó con total normalidad la educación básica, media y posteriormente al mundo laboral.

Los antecedentes descritos relativos al proceso de integración del Sr. [REDACTED] [REDACTED] como los expondremos a continuación, están en total consonancia con los estándares nacionales e internacionales sobre la inclusión social de las personas con capacidades diferentes y la prohibición de discriminación respecto de grupos especialmente vulnerables. En este sentido, debemos entender a las personas que poseen síndrome de Down, puesto que éste no les impide llevar una vida plena y responsable, sujetarse a las obligaciones, cargas y derechos de cualquier otro ciudadano mayor de edad en nuestro país.

C. Los hechos

El día sábado 22 de diciembre de 2012, el Sr. ██████████ concurrió junto a su madre y su tía a la tienda La Polar ubicada en el centro comercial Portal La Reina, con el objeto de comprar regalos de navidad para su familia y un pantalón nuevo para su fiesta de cumpleaños, que se celebraría esa misma noche.

Luego, al acercarse a pagar a la caja registradora con su tarjeta La Polar (emitida por Inversiones SCG S.A., quien otorga la línea de crédito, y que designa como prestadora de servicios administrativos de dicha tarjeta y línea de crédito a Corpolar S.A), la que había obtenido en la misma tienda y usado en ocasiones anteriores, la cajera le informó a viva voz y frente a toda la gente allí presente, que su tarjeta se encontraba bloqueada y que no podría comprar.

Este hecho, como relata el recurrente en la acción deducida ante SS., le produjo una gran extrañeza, puesto que la tarjeta de crédito en cuestión la había usado en repetidas ocasiones sin ningún problema y, además, su comportamiento comercial era intachable.

Posteriormente, frente a la explicación del Sr. ██████████ ██████████ y su insistencia para poder realizar la compra, la cajera respondió en forma muy poco discreta que “debía traer un certificado médico porque tenía síndrome de Down”. En ese preciso momento, el recurrente y sus acompañantes comprendieron que la explicación anterior de la cajera en el sentido de que su tarjeta estaba bloqueada y que ese era el impedimento para realizar la compra, era sólo una excusa y que en consecuencia, el real motivo de la prohibición en su contra para celebrar el acto jurídico en cuestión era el aspecto físico del recurrente con síndrome de Down.

Precisamente la cajera de la multitienda La Polar, hizo todo lo contrario a lo recomendado por los especialistas en síndrome de Down, es decir, con solo mirar al Sr. ██████████, y al reconocer los rasgos típicos que poseen las personas portadoras de síndrome de Down, identificó a dicha alteración

cromosómica con incapacidad intelectual absoluta y/o con locura y/o con demencia, ignorando completamente que no todas las personas que poseen el trisomía 21, tienen las mismas dificultades intelectuales, generando a este respecto un estereotipo o estigma en relación a este grupo vulnerable.

Ahora bien, esta estigmatización en contra del Sr. [REDACTED] por su apariencia física no cesó en la acción de la cajera, sino que persistió en los distintos niveles organizativos de la empresa.

Efectivamente a raíz de la vergüenza que le generó la situación al Sr. [REDACTED] este intentó retirarse de la tienda. Sin embargo, su madre insistió sobre el particular, por lo que se dirigieron a servicio al cliente buscando una explicación. La respuesta fue la misma: el Sr. [REDACTED] debía traer un certificado médico para poder usar su tarjeta de crédito

El Sr. [REDACTED] y su familia, entendiendo que quizás tanto la cajera que los atendió el día 22 de diciembre como el personal de servicio al cliente, no tenían las herramientas necesarias para resolver una situación como aquella, buscando una instancia superior, se entrevistaron con la gerente de la tienda, Sra. Ana Teheran, quien señaló que lo ocurrido era una “política de la empresa” para “la gente enferma”, y que seguramente se había cometido un error al otorgarle una tarjeta.

III.- LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA POR MOTIVOS DE DISCAPACIDAD.

A. Obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

En términos generales en materia de derechos humanos los Estados están sujetos a dos tipos de obligaciones:

- Obligación de respetar, según la cual los Estados deben abstenerse de violar los derechos humanos a través de sus agentes, entendiéndose esta obligación como una restricción al ejercicio del poder estatal.
- Obligación de garantizar, de acuerdo a la cual los Estados organizan 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.

En el sistema interamericano, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso *Velásquez Rodríguez* fue muy clara acerca al distinguir entre los deberes de respeto y garantía del Estado, señalando sobre esta última obligación “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”⁹. A ello, la Corte agregó que “*La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte 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*”¹⁰.

⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

¹⁰ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

Dentro de la obligación de garantizar, existen algunas obligaciones específicas que requieren una atención en este caso y que serán abordadas en los acápite siguientes de esta presentación. Se trata de:

- Necesidad de adoptar todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar la integración social de las personas con capacidades diferentes;
- Eliminar y remover todos los obstáculos que impiden o entorpecen la efectiva inclusión social de este grupo vulnerable;
- Obligación de pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

B. El artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política de la República y la incorporación de los Tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno.

Para llevar adelante la obligación del Estado de cumplir con los estándares que le impone todo el sistema internacional de los derechos humanos, el artículo 5° inciso 2 de nuestra Carta Fundamental se torna en una herramienta imprescindible para cumplir dicho propósito.

Efectivamente el art. 5° de la Constitución Política del Estado, establece expresamente en su inciso 2° que *el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

Al respecto, la Corte Suprema ha declarado que el art. 5 N° 2 recién transcrito, otorga “rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que “en definitiva los derechos humanos

asegurados en un tratado de incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos” (S.C.S Rol 3125-04 de 13.3.2007, considerando trigésimo nono).

Por esta razón, todo lo que digamos en adelante acerca de los estándares y obligaciones que imponen los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile, debemos entenderlos como prescripciones con rango constitucional, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que en definitiva demandan un rol activo del Estado y de todos los miembros de la sociedad de cara a una efectiva promoción y protección de los derechos humanos¹¹.

C. El principio de igualdad. Desde la igualdad formal a la igualdad sustancial

En un Estado democrático de Derecho el principio de igualdad constituye un pilar fundamental que exige a los poderes públicos resguardar y garantizar que no se produzcan discriminaciones y que, además, se adopten medidas dirigidas a alcanzar la igualdad sustancial o de hecho.

El principio de igualdad implica tratar equitativamente a los que están en situación similar y dar un trato no igualitario a quienes se encuentran en una situación diferente. Al respecto, lo primero que cabe señalar es que el principio de igualdad constituye en su esencia un concepto relacional que obliga a un juicio comparativo: no puede verificarse su realización considerando a las

¹¹ Esta ha sido la posición del INDH desde el primer Informe Anual. Así, en dicho informe se afirmó que “Cuando se afirma que la Constitución es la norma suprema, se está señalando que para los derechos y garantías en ella contenidos, incluidos los establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, rige este principio, y por tanto el Estado no puede crear legislación que los afecte”. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012 situación de los derechos humanos en Chile*, 2010, página 28.

personas en realidades aisladas sino siempre en términos de comparación entre dos o más personas o situaciones¹².

Respecto a la existencia de afectaciones al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha afirmado que las diferencias realizadas por los poderes del Estado deben obedecer a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, deben ser adecuadas al fin que se pretende obtener y, por último, deben ser proporcionales, en el sentido que no pueden tratar de alcanzar siquiera fines constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional¹³.

Por otra parte, la Corte IDH ha señalado que no existe una vulneración de la igualdad ante la ley y la realización de una discriminación, cuando “esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”¹⁴.

De esta manera, se colige que el principio de igualdad no excluye la existencia de diferencias entre dos o más personas o situaciones sino más bien lo que realmente prohíbe son aquellas que se basan en distinciones de carácter arbitrario. Las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con los requisitos de idoneidad y proporcionalidad.

Sin embargo, el principio de igualdad no se ha entendido siempre de la misma forma. Precisamente la evolución misma de los derechos humanos,

¹² Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, p.12.

¹³ Cfr. Tribunal Constitucional: Sentencia Rol 790-07, de 11 de diciembre de 2007, Considerando vigésimo segundo.

¹⁴ Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984; Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, nota 66, párrafos 56 y 57.

desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1879 hasta nuestros días, se ha materializado a través de la inclusión de grupos que históricamente han sido excluidos (minorías étnicas, mujeres, niños, etc.).

Ahora, si bien durante todo el siglo XVIII, XIX y la primera mitad del XX la normativa nacional e internacional avanzó en reconocer e incluir a los grupos tradicionalmente postergados la situación social vivida en los países occidentales demostró que las grandes proclamas de libertad, igualdad y fraternidad no habían modificado las profundas desigualdades socioeconómicas y grandes capas de la población vivían en la precariedad¹⁵. En los dos últimos siglos ha habido una modificación paulatina de la doctrina de derechos humanos que, en lo referente específicamente a la igualdad, se ha traducido en una transformación de su noción meramente formal de igualdad ante la ley a la generación de un significado más amplio de igualdad sustancial o efectiva. La noción de igualdad varía, en palabras de DWORKIN, desde el derecho a un “igual tratamiento” al derecho “a ser tratado como un igual”, que justificaría distribuciones desiguales¹⁶. Si con la igualdad formal se busca poner atajo a las diferencias arbitrarias, en el caso del principio de igualdad sustancial se constata la existencia de desigualdades económicas, sociales, culturales o de otro tipo y se adoptan políticas que, respetando la diversidad, intentan eliminar las diferencias indeseables¹⁷. Se trata, en definitiva, de un principio de igualdad que expresa un compromiso igualitario en sentido “fuerte” puesto que requiere de la adopción de medidas concretas encaminadas a su efectiva realización.

En este contexto, es necesario revisar cuando existe una desigualdad de hecho que permite –o exige– un tratamiento diferenciado. En conformidad a la

¹⁵ Cfr. BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p.74.

¹⁶ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p.332.

¹⁷ Nos parece acertado lo señalado sobre este concepto por GARCÍA HERRERA: “la igualdad sustancial es el precipitado en el que convergen el reconocimiento de derechos y sus condiciones materiales de realización libre y efectiva, la atribución de titularidades jurídicas y su efectiva plenitud, la convivencia entre derechos económicos y derechos sociales, de libertades y redistribución, de autonomía privada y solidaridad, tanto pública como privada”. GARCÍA HERRERA, M., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, p.282.

teoría de ALEXY, se le atribuye a la igualdad de hecho el carácter de principio de manera que justificará la diferenciación en la medida que desplace a otros principios que puedan estar en juego como el principio de la igualdad de *iure* o principio formal de la libertad de configuración del legislador democráticamente legitimado¹⁸. En el caso de PECES BARBA se prefiere, en cambio, utilizar el concepto de “relevancia” para indicar las razones que pueden justificar un trato diferenciado¹⁹. La determinación de esa relevancia no sería fácil desde una perspectiva teórica debido a que “no estamos ante relaciones de hecho sino ante valoraciones que deben hacerse para fijar el ámbito de los contenidos normativos y las consecuencias jurídicas”²⁰.

Para hacer frente a estas desigualdades de hecho ya no es suficiente aplicar el principio de igualdad formal sino que hay que dar un paso que va más allá, que implica establecer un trato más diferente y más favorable para algunos grupos o sectores con el fin de igualar verdaderamente. Así en las legislaciones de múltiples países se han formulado acciones positivas que no son otra cosa que diferenciaciones a favor de la igualdad. Se han establecido en las últimas décadas como derechos preferentes para colectivos desaventajados, destacando especialmente las medidas adoptadas en el Derecho estadounidense a favor de las minorías raciales y en el ámbito comunitario en beneficio de la igualdad de género.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante “DIDH”), la incorporación de la noción de igualdad sustancial se ha manifestado también en la consagración de las acciones afirmativas en diversos tratados de derechos humanos. Destaca, especialmente, lo establecido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante “CEDAW”, por su sigla en inglés) donde se establece que *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal*

¹⁸ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002. pp.395-414.

¹⁹ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp.285-287.

²⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp.285-287.

encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerarán discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañarán, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato (artículo 4.1). Normas similares se establecen también en otros tratados como, por ejemplo en el artículo 1.4 la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (CIEDR) y en el artículo 5.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

En línea con la noción de igualdad sustancial, la Constitución italiana de 1947 en su art. 3.2 establece un deber político y jurídico del Estado en orden a remover los obstáculos que dificultan la igualdad y la libertad fáctica. En España, el artículo 1.1 que proclama un Estado social y democrático de Derecho, se ve reforzado por el art. 9.2., que establece un mandato a los poderes públicos para que persigan la igualdad real o efectiva, señalando que *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*²¹.

Por último, es pertinente recordar que este tipo de medidas encuentran respaldo constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, entre otras disposiciones, en el artículo 1 incisos 3 y 4 de nuestra Constitución, donde se establece que *El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible y que Es deber del*

²¹ El Tribunal Constitucional español ha reafirmado el principio establecido en el art. 9.2 señalando que “los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la igualdad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I la Constitución, y singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (artículo 9.2 CE)”. STC: 189/1987, de 24 de noviembre, FJ 10º.

Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

IV. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La prohibición de discriminación es parte del derecho humano a la igualdad (artículo 26 PIDCP), pero al mismo tiempo es un derecho humano aplicable a todos los derechos. Después de todo, como señala NOWAK, “la protección internacional de los derechos humanos se estableció en respuesta a la discriminación sistemática aplicada por el nacionalsocialismo”²², por lo mismo, una de las principales funciones de todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos sea contrarrestar cualquier tipo de discriminación.

Por esta razón la prohibición de discriminación constituye un principio transversal en el DIDH, existiendo varias normas de tratados internacionales que la regulan²³.

A. El principio de no discriminación en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas.

Frecuentemente se ha señalado que el principio de no discriminación consiste en una especie de corolario negativo del principio de igualdad dado, además, que las normas internacionales no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato entre las personas, sino que exigen que las personas sean tratadas sin discriminación²⁴.

²² NOWAK, MANFRED, *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*, 1 ed., Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 90.

²³ Esto se puede observar, por ejemplo en la Convención contra el Genocidio de 1948, la CIEDR, la CEDAW, la exitosa campaña contra el apartheid en el sudeste africano, así como en muchas otras medidas

²⁴ Cfr. PALACIOS, Patricia, *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del comité de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2006, p.29.

El principio de igualdad y no discriminación ha estado presente desde el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas. En la misma Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 1, se proclamaron entre los objetivos de la organización los siguientes: 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto a los *principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos (...)* y 3. Realizar la cooperación internacional en (...) el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*

Por otra parte, en el sistema universal, la mayoría de los tratados de derechos humanos contienen disposiciones que reconocen el principio de igualdad y no discriminación, en algunos casos en forma subordinada y en otros de manera autónoma. Su forma subordinada hace referencia a la obligación de los Estados Partes de un tratado sólo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos reconocidos en el respectivo instrumento sin discriminación, mientras que la cláusula autónoma establece el principio general de no discriminación en sí mismo, no restringiéndose al ámbito cubierto por la declaración o tratado, sino que puede ser aplicado justamente a otras situaciones²⁵.

Entre las cláusulas subordinadas se puede mencionar el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁶ 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.* Fórmula que se repite en el artículo 2º la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 de la Carta Africana, a través de la cual en definitiva todos los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de los

²⁵ Cfr. PALACIOS, Patricia, *op. cit.*, p.30.

²⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

tratados respectivos para todos sin ningún tipo de discriminación e incluso a contrarrestar algunas formas de distinción que, como se dijo, debido a experiencias pasadas son fuertemente desaprobadas, como las distinciones en términos de raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional. Más recientemente, otros criterio de distinción como la orientación sexual, la edad, la discapacidad, y la pertenencia a minorías nacionales, también se han declaradas condenables²⁷.

En cambio, en las formas autónomas, destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸ (en adelante PIDCP), que 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. De la misma forma, la CIEDR²⁹, 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 Mujer³⁰ 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. La no discriminación constituye un principio reconocido también en el

²⁷ Cfr. NOWAK, *op. cit.*, p. 91.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”) que lo consagra en el art. 2.2.

La mayoría de las cláusulas de no discriminación son “abiertas”, en el sentido que utilizan las palabras “sin distinción alguna” y la inclusión del término “o cualquier otra condición” dejando en claro que no se trata de listas taxativas.

Los órganos de diversos tratados de derechos humanos adoptados en el marco del sistema universal han tenido múltiples pronunciamientos sobre la cláusula de prohibición de discriminación. El Comité de Derechos Humanos, órgano monitor del cumplimiento de las obligaciones del PIDCP, concretó el concepto de discriminación que se ha usado para resolver los casos de supuesta discriminación presentados a dicho organismo en relación con el Pacto, señalando que “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”³¹.

Otras definiciones del término “discriminación” se han desarrollado en el marco de los tratados de derechos humanos que han sido producto del llamado proceso de “especialización”³². De esta forma, en el artículo 1.1 de la CIERD se establece que: *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*

³¹ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General Nº18: No Discriminación*, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

³² Entre los que se han referido a la especialización de los derechos humanos, *Vid.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, pp.241-262; PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, pp.108-130.

en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de la vida pública. En la CEDAW también se incluye un concepto de discriminación que tiene muchas semejanzas con el que se establece en la CIERD, señalándose en su artículo 1.1 que: *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, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*. Se ha producido de esta forma una especificación de las cláusulas de discriminación a la concreta situación de sectores o grupos de la población. Esta especialización de los derechos humanos ha implicado la atribución de determinadas prerrogativas a aquellas personas que, por diversos factores históricos, políticos, económicos y culturales, se encuentran en una posición desmedrada dentro de la sociedad. Se habla en este caso de la protección, por ejemplo, de los “derechos de la mujer”, de los “derechos del niño” y de los “derechos de las personas con discapacidad o capacidades diferentes”, lo que ha llevado a la adopción de una serie de tratados como las ya mencionadas CEDAW y CIERD, además de otros tratados que han sido ratificados por el Estado de Chile como la Convención de los Derechos del Niño (publicada en el Diario Oficial con fecha 27-09-1990), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (publicada en el Diario Oficial con fecha 08-06-2005), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo (publicada en el Diario Oficial con fecha 17-09-2008) y el Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (publicada en el Diario Oficial con fecha 14-10-2008).

Por otra parte, también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus Observaciones Generales ha hecho continuas referencias al principio de no discriminación en relación a los diversos preceptos del PIDESC. Por ejemplo, en relación al derecho a la vivienda, el Comité ha señalado que “tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o

de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del art. 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación”³³.

Cabe también señalar que el Comité de Derechos Humanos ha incluido en varios casos causales no expresamente nombradas en el PIDCP dentro de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del artículo 26³⁴.

En este sentido, NOWAK señala que “es importante destacar que la prohibición de discriminación es particularmente importante en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales, porque los grupos vulnerables o desventajados como las mujeres, minorías étnicas y religiosas, los homosexuales y personas con capacidades diferentes son discriminados especialmente cuando tratan de acceder a un trabajo o al mercado de vivienda, a las instituciones educativas y asistencia médica, así como los servicios sociales”³⁵.

B. El principio de igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos.

Respecto al sistema interamericano, las cláusulas de igualdad y no discriminación se encuentran incluidas en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 1.1 establece que *1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier*

³³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 4 (1991), *El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, Ginebra, 13 de diciembre de 1991, párr. 6.

³⁴ *Vid.*, entre otros, Comité de Derechos Humanos, *Caso Gueye v. Francia*, Comunicación N° 196/1985. A/44/40 (1989), párrafo 9.4, en el que el Comité incluyó en dicha expresión la nacionalidad adquirida mediante la independencia.

³⁵ *Cfr.* NOWAK, *op.cit.*, p. 93.

otra condición social. Por otra parte, el artículo 24 señala que *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*

En la Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) afirmó que no son admisibles los tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición³⁶. En esta descripción, la Corte incluyó nuevas categorías prohibidas de discriminación (convicción, origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio o estado civil), como parte de la expresión “condición social”. Lo anterior muestra que la interpretación del catálogo de factores prohibidos de discriminación puede evolucionar en el tiempo, permitiendo considerar implícita o explícitamente incluidos en el texto convencional nuevos motivos de discriminación³⁷.

Es importante también señalar que tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) han destacado la necesidad de una justificación más rigurosa en el caso de las diferenciaciones que recaen sobre las causales de discriminación explícitamente prohibidas. Así, por ejemplo, la CIDH ha afirmado que la doctrina del sistema interamericano de derechos “requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y

³⁶ Cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de

septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 101 (en adelante OC-18).

³⁷ Cfr. DULITZKY, Ariel, “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario de Derecho Humanos 2007*, Santiago, Universidad de Chile, 2007, p.19.

proporcionados con el fin que se persigue”³⁸. En el mismo informe la Comisión también agregó que “las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”³⁹. La misma doctrina ha sido seguida por la Corte Europea de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es frecuentemente seguida por los órganos del sistema interamericano⁴⁰.

C. Análisis particular sobre los estándares internacionales en derechos humanos sobre inclusión social de personas con discapacidad o capacidades diferentes.

Como señalamos anteriormente, la prohibición de discriminación arbitraria desde sus comienzos se ha constituido como uno de los pilares fundamentales en la construcción del sistema internacional de protección de los derechos humanos. También dijimos que los factores prohibidos de discriminación son esencialmente mutables, lo cual se puede observar en que al catálogo original de criterios de distinción arbitraria –raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional- se han sumado nuevos criterios de distinción como la orientación sexual, la edad, la discapacidad, la pertenencia a minorías nacionales, entre otros.

Si bien todos los catálogos vistos más arriba no son enumeraciones taxativas, precisamente para contrarrestar nuevas formas de discriminación arbitraria, la comunidad internacional consciente de estas nuevas formas y de los grupos vulnerables víctimas de ellas, ha avanzado sustancialmente en la codificación para nuevas formas de protección. Un buen ejemplo de esto, y en

³⁸ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 de octubre de 2002.

³⁹ *Ibidem*, párr. 338.

⁴⁰ *Vid.*, de manera especial, Corte Europea de Derechos Humanos: *Adulaziz, Cabales y Balkandakli v. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 78; *Inze v. Austria*, 28 de noviembre de 1987, párr. 41; *Hoffman v. Austria*, 23 de junio de 1993, párr. 36

cuanto al objeto que motiva este *amicus curiae*, es la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

La CDPD ya en su artículo 1° señala que su objetivo fundamental es *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente. Entendiendo que personas con discapacidad incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

Por lo mismo, del propio concepto podemos desprender que la CDPD se traza como una de sus tareas principales erradicar o contrarrestar la discriminación por motivos de discapacidad, la cual es definida por su artículo 2° como *cualquier distinción, exclusión, restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo (...).*

De esta manera, una vez establecidos y declarados sus principios, la CDPD insta a todos los Estados parte a asegurar y promover, adoptando todo tipo de medidas, el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por sus motivos de sus dificultades (artículo 4.1).

Posteriormente en su parte sustantiva la CDPD, junto con reforzar la protección de grupos vulnerables dentro del universo de personas con discapacidad (niñas, niños y mujeres con capacidades diferentes), reformula todos los derechos humanos aplicándolos al caso concreto de este grupo específico. Así la CDPD regula específicamente el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la vida, al acceso a la justicia, a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad, a la libertad y seguridad de la

persona, a la libertad de desplazamiento y nacionalidad, a la protección de la integridad personal, etc. También protege específicamente a este colectivo desventajado contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, contra la explotación, la violencia y los abusos.

Dentro de esta reformulación de los derechos tradicionales, toma una relevancia capital para el asunto controvertido que ahora informamos, el artículo 12 que prescribe el igual reconocimiento como persona ante la ley de este colectivo vulnerable.

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Como se puede observar en la norma antes citada, la Convención pone especial énfasis en que en todas partes, las personas con discapacidad deben tener pleno reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, instando a los Estados parte a tomar todas las medidas necesarias para propiciar y reconocer dicha capacidad jurídica.

Pero la CDPD no sólo se queda ahí, sino que exige a los Estados tomar todas las medidas necesarias, para que en el ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos, salvaguarda que debería en crear las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad accedan a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.

Como se puede observar, esta proyección concreta de la prohibición de discriminación arbitraria respecto de personas con discapacidad, en cuanto a la creación de las condiciones necesarias para facilitar el acceso de personas con capacidad diferente al tráfico jurídico, establece el estándar que debe considerarse para analizar a actuación de La Polar y sus empresas relacionadas en el caso sub lite.

A nivel regional, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

reproduce los principios y objetivos fundamentales de la CDPD. Precisamente en relación a los objetivos y finalidades de esta convención, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”⁴¹.

La Corte IDH en relación al deber de los Estados miembros de adoptar todas las medidas para erradicar todas las formas de discriminación arbitraria por razones de discapacidad señala que “las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”⁴².

Por último, no se debe olvidar que las dos convenciones que venimos analizando, debidamente ratificadas por Chile, al ser tratados sobre derechos humanos, por aplicación del artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta fundamental, son normas que se incorporan directamente en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional.

Chile en cumplimiento de sus obligaciones internacionales sobre eliminación de formas de discriminación arbitraria en contra de personas con discapacidad, ha incorporado a nuestra legislación interna gran parte de los

⁴¹ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, p.30.

⁴² *Cfr. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, p. 31.

principios contenidos en las convenciones que ahora comentamos, a través de la promulgación de la ley N° 20.422, que establece los estándares los estándares para propiciar igualdad de oportunidades y una efectiva inclusión social de las personas con discapacidad.

D) El informe Mundial sobre Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), consciente de los desafíos trazados por la normativa y los organismos internacionales en relación a “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” en el año 2011 realizó el *Informe Mundial Sobre Discapacidad*⁴³, la mejor muestra de carácter planetaria que permitió, entre otras cosas, identificar a escala global a este grupo vulnerable, sus problemas de inclusión social y las recomendaciones a los Estados y a la sociedad civil para generar las condiciones para su efectiva integración. En su *Informe* la OMS destaca que en el mundo existen más de mil millones de personas con algún tipo de discapacidad física o intelectual, es decir, más del 15% de la población mundial. Este dato, sumado a que todos y todas experimentaremos en algún momento de nuestras vidas la experiencia de discapacidad y a que, producto de la tendencia de envejecimiento de la población mundial y el aumento de las enfermedades crónicas, el número de personas con discapacidad aumentará considerablemente en el futuro, la OMS a buscado posicionar en lo más alto de la agenda internacional el tema de la discapacidad.

La OMS identificó como las causas más recurrentes que impiden remover los obstáculos para una efectiva inclusión social de este grupo vulnerable:

⁴³ Disponible en http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/index.html.

- a) Las políticas y normas insuficientes, en el sentido que éstas no siempre tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, o bien no se hacen cumplir las políticas y normas existentes;
- b) Las actitudes negativas, es decir, las creencias y prejuicios constituyen obstáculos para la educación, el empleo, la atención de salud y la participación social. Un ejemplo de estas actitudes negativas es precisamente la creencia de que una persona con discapacidad intelectual no puede celebrar actos jurídicos;
- c) La prestación de servicios insuficientes, toda vez que las personas con discapacidad son particularmente vulnerables a las deficiencias que presentan los servicios tales como la atención de salud, la rehabilitación y la asistencia y apoyo;
- d) Los problemas con la prestación de servicios, es decir, la mala coordinación de los servicios, la dotación insuficiente de personal y su escasa competencia pueden afectar a la calidad, accesibilidad e idoneidad de los servicios para las personas con discapacidad. Según los datos de la *Encuesta Mundial de Salud* en 51 países, las personas con discapacidad tenían más del doble de probabilidades de considerar que los proveedores de asistencia carecían de la competencia adecuada para atender sus necesidades; una probabilidad cuatro veces mayor de ser tratadas mal, y una probabilidad tres veces mayor de que se les negara la atención de salud necesaria. Muchos cuidadores están mal remunerados y tienen una formación insuficiente;
- e) La financiación insuficiente, ya que los recursos asignados a poner en práctica políticas y planes son a menudo insuficientes. La falta de financiación efectiva es un obstáculo importante para la sostenibilidad de los servicios, sea cual fuere el nivel de ingresos del país;
- f) La falta de accesibilidad ya que muchos edificios (incluidos los lugares públicos) y sistemas de transporte y de información no son accesibles a todas las personas. La falta de acceso al transporte es un motivo habitual que desalienta a las personas con discapacidad a buscar trabajo o que les impide acceder a la atención de salud;
- g) La falta de consulta y participación, ya que muchas personas con discapacidad están excluidas de la toma de decisiones en cuestiones que afectan directamente a su vida. Por ejemplo, donde las personas con discapacidad no pueden decidir y controlar cómo se les preste apoyo en sus hogares y por último;
- h) La falta de datos rigurosos y comparables sobre la discapacidad y la falta de pruebas objetivas sobre los programas que funcionan pueden dificultar la comprensión e impedir que se adopten medidas. Conocer el número de personas con discapacidad y sus circunstancias puede mejorar los esfuerzos para eliminar obstáculos discapacitantes y proporcionar servicios que permitan la participación de las personas con discapacidad. Por ejemplo, para facilitar la identificación de intervenciones ambientales rentables deben estudiarse mejor el entorno y sus efectos sobre los diferentes aspectos de la discapacidad.

La importancia del *Informe Mundial sobre Discapacidad* en el sentido de reconocer las causas que se constituyen en obstáculos para una integración real de las personas con capacidades diferentes, radica en el hecho que nos permite advertir que éstos -los obstáculos- no sólo tienen un gran impacto en la vida individualmente consideradas de las persona que poseen la discapacidad, sino que también inciden gravitadamente en las condiciones estructurales de vida que rodean a las personas de este grupo vulnerable.

En este sentido, señala el *Informe* que las personas que poseen discapacidad tienen peores condiciones de salud, peores resultados académicos, menos participación económica, tasas más altas de pobreza, mayor dependencia y una participación limitada, etc.

Por lo mismo la OMS, reconociendo que en los últimos años los países han avanzado en adoptar medidas para remover los obstáculos para la integración de las personas con discapacidad, sostiene que todavía queda mucho trabajo por hacer.

Para seguir avanzado en este sentido, la OMS ha formulado nueve recomendaciones para ser considerada en los más distintos niveles, tanto en el ámbito nacional e internacional. Estas recomendaciones son, a saber:

- Posibilitar el acceso a todos los sistemas y servicios convencionales;
- Invertir en programas y servicios específicos para las personas con discapacidad;
- Adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre discapacidad;
- Asegurar la participación de las personas con discapacidad;
- Mejorar la capacidad de recursos humanos;
- Proporcionar financiación suficiente y mejorar la asequibilidad;
- Fomentar la sensibilización pública y la comprensión de la discapacidad;
- Mejorar la recopilación de datos sobre discapacidad, y
- Reforzar y apoyar la investigación sobre discapacidad.

De esta manera, la OMS reconociendo que la CDPD elaboró y fijó las metas para propender hacia el reconocimiento e integración de las personas con capacidades diferentes, construyó el *Informe Mundial sobre Discapacidad* como una gran herramienta para la consecución de las mismas.

V. LA NEGACIÓN DE EMPRESAS LA POLAR S.A. DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DEL SR. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] COMO HIPÓTESIS DE DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA DEL ARTÍCULO 2° DE LA LEY N°20.609 QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.

A. Consideraciones previas sobre la ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación.

Si bien la Constitución Política chilena actualmente vigente, contempla como derecho esencial de toda persona en el artículo 19 N° 2 la igualdad ante la ley y la prohibición de todo acto de discriminación arbitraria, 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 lo anterior se agrega que los instrumentos normativos existentes en nuestro ordenamiento han sido deficitarios en el abordaje de las acciones discriminatorias. Al respecto, cabe señalar que el INDH en su Informe 2010 señaló su preocupación por la ineffectividad que el recurso de protección ha mostrado frente a las vulneraciones de derechos por razones de discriminación, situación que es nuevamente desarrollada en el Informe anual 2011⁴⁴. Tal como se señala en dicho Informe, otras acciones de protección que

⁴⁴ Durante el año 2011 el INDH realizó un estudio piloto en dos Cortes de la Región Metropolitana con el fin de analizar la utilización y eficacia del recurso de protección y de amparo para la protección de los derechos humanos que, entre otros resultados, arrojó precisamente la excesiva propietarización del recurso de protección y su poca eficacia para

contempla la legislación se refieren a materias específicas y fueron adoptadas con posterioridad a la instauración del recurso de protección, precisamente porque se ha requerido de acciones específicas para materias particulares⁴⁵.

En buena medida el estado de Chile, recogiendo las observaciones de distintos órganos de monitoreo de cumplimiento de los tratados sobre la materia⁴⁶, ha superado este déficit con la dictación de la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

Efectivamente la ley N° 20.609 en su artículo 2° define y enumera una serie de ejemplos constitutivos de discriminaciones arbitrarias, en primer lugar, estableciendo la exigencia de afectación del ejercicio legítimo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en tratados internacionales, y en segundo lugar, se incluyen algunas hipótesis concretas sobre situaciones de discriminación. La doctrina ha denominado a estas referencias expresas como “categorías sospechosas” y su sentido es el de mencionar algunas situaciones específicas de posible discriminación debido a la existencia de diferenciaciones históricas que han perjudicado tradicionalmente a algunos colectivos o sectores de la población. En esos supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación se torna aún más rigurosa, habiéndose exigido por la jurisprudencia constitucional comparada que, en el caso de realizarse diferenciaciones en esos casos, el juicio de legitimidad constitucional deba ser más estricto⁴⁷.

restablecer el imperio del derecho en casos de discriminaciones. Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2011, pp. 91-98.

⁴⁵ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2011, pp. 238.

⁴⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales: Chile*, párrafo; Comité de la CEDAW, *Observaciones Finales: Chile*, párrafo 10.

⁴⁷ Así lo ha hecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español. Cfr. SSTC: 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6. En la misma línea argumental se ha pronunciado la Corte Suprema de Estados Unidos señalando que las clasificaciones raciales “están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias (...) para la consecución de sus fines legítimos”. 4666 US 429.

Posteriormente la ley N° 20.609, establece como instrumento para el restablecimiento del derecho, quebrantado por una acción discriminatoria arbitraria de las que aparecen en su artículo 2°, la acción de no discriminación arbitraria (artículo 3°) y en sus artículos siguientes el procedimiento para sustanciarla.

B. La acción de Empresas La Polar S.A. como acción de discriminación arbitraria

Si miramos en perspectiva todo el análisis que hemos expuesto hasta ahora, en relación al principio de igualdad, la prohibición de discriminación y la prohibición de diferenciar a las personas en razón de su discapacidad, podremos advertir que todo lo relativo al tema de la discapacidad no está dirigido a la persona que posee capacidades diferentes, sino más bien está relacionado básicamente “al escenario que ofrece la comunidad a una persona, para que pueda desarrollarse plenamente y ejercer en igualdad de condiciones, los derechos que le correspondan de acuerdo a su naturaleza humana”⁴⁸.

Por lo mismo, el mandato contenido en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile en materia de eliminación de la discriminación por discapacidad, en la Constitución Política de la República y en la legislación interna, no está dirigido a quien posee algún tipo de discapacidad, otorgándole un estatus especial. Todo lo contrario, ese mensaje está dirigido al Estado y en general a todos los miembros de la sociedad, para que sean ellos quienes remuevan todos los obstáculos que impiden la efectiva inclusión social de las personas con capacidades diferentes, permitiendo así la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás⁴⁹.

⁴⁸ IGLESIAS Z., Irma, BRITO B., Verónica, Chile: Derechos vulnerados: Lesión a la dignidad afectando los derechos fundamentales y derechos del consumidor en *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. Algunas experiencias de Iberoamérica. Francisco J. Bariffi coord., Madrid: Dykinson, 2013, pp. 227.

⁴⁹ Cfr. IGLESIAS, BRITO, *op. cit.*, p 227.

Por esta razón en particular, estimamos que de acuerdo a los hechos relatados por el Sr. ██████████ en la acción presentada ante SS. E, incluso como se puede apreciar en el informe que consta en autos, evacuado por el representante de La Polar Sr. Marcos Perez Massoc, sería una política de la empresa La Polar, negar la capacidad jurídica a las personas con síndrome de Down.

Efectivamente, como se puede observar de los antecedentes que constan en el proceso, en las distintas etapas por las que pasó el Sr. ██████████ con el propósito de pagar con su tarjeta de crédito, desde la cajera de la multitienda, hasta la gerente de La Polar, pasando por el personal de servicio al cliente, se identificó al síndrome de Down con privación total de la razón.

Con esto La Polar no sólo operó con total ignorancia al desconocer que la ciencia médica ha sostenido que las personas que poseen síndrome de Down pueden tener distintos grados de discapacidad intelectual, rechazando una identificación con oligofrenias que privan totalmente de razón a quienes las padecen, sino que además tomó su decisión de negarle al Sr. ██████████ la posibilidad de celebrar el acto jurídico, basada únicamente en su apariencia física y por lo mismo asumiendo una mirada llena de prejuicios y estereotipos respecto de lo que es en verdad el trisomía 21.

Recordemos una vez más lo prescrito en el artículo 12.5 de la CDPD, para despejar cualquier tipo de duda:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por tanto SS., del análisis de la legislación tanto nacional como internacional, podemos colegir que es deber del Estado tomar todas las providencias necesaria para permitir el acceso al tráfico jurídico de las personas que poseen algún grado de discapacidad.

En el caso que motiva este *amicus curiae*, La Polar hizo todo lo contrario. Primero, omitió generar las condiciones para que el recurrente pudiera celebrar el acto jurídico que se proponía, y en segundo lugar, desconoció su capacidad jurídica, basándose únicamente en un análisis estético del Sr. [REDACTED].

Por lo mismo, consideramos que, en que SS. de por acreditados los antecedentes anteriores, la acción de La Polar sería una de aquellas que describe el artículo 2° de la Ley 20.609 y que por lo tanto hace procedente la acción que contempla su artículo 3°.

VI.- CONCLUSIÓN

En razón de lo precedentemente expuesto, a la luz de lo indicado en los estándares de derechos humanos sobre inclusión social de personas con capacidades diferentes y eliminación de toda forma de discriminación por razones de discapacidad, es que recomendamos a SS. considerar los estándares de derechos humanos expuestos en el presente *amicus curiae* en el conocimiento y fallo de la presente acción.

POR TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

Solicito a SS.: Tenerlo presente

PRIMER OTROSÍ: Hacemos presente a SSI. que la legitimación activa para estos efectos, está dada por el artículo 2° de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante INDH, el dispone que *El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las*

normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas respectivamente en los números 2, 4 y 5 del artículo 3° de la Ley 20.405:

- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y,
- Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva;
- Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.

POR TANTO,

Solicito a SS.: tenerlo presente.

SEGUNDO OTROSÍ: Que por este acto, acompañe copia legalizada de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que con fecha 2 de julio de 2013, nombró directora a doña Lorena Fries Monleón.