

Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013

Critical analysis of law 20.609 which establishes measures against discrimination, in the light of international human rights law and OAS conventions against discrimination 2013

XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI¹
Universidad de Concepción, Chile

RECEPCIÓN: 01/03/2014 • ACEPTACIÓN: 30/03/2014

RESUMEN El 24 de julio de 2012 fue publicada en el Diario Oficial la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, luego de años de tramitación legislativa y del impulso mediático que tuvo por acción de organizaciones de la sociedad civil tras la trágica muerte de Daniel Zamudio y la condena por discriminación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a Chile en el caso Atala Riffo y Niñas. Su publicación fue celebrada y considerada un avance importante en materia de derechos humanos y claramente puede ser vista así. Sin embargo, en cuanto aporte decisivo frente a situaciones de discriminación, existen claras insuficiencias que se han ido levantando por la doctrina nacional. Este trabajo tiene como objetivo

1. Doctora en Derecho. Académica de las áreas de Derecho Internacional y Derechos Fundamentales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Integrante del Consejo Consultivo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Chile, período 2012-2015. Correo: xgauche@udec.cl.

exponer el contenido y algunos antecedentes de esta ley de forma crítica y específicamente desde una mirada hecha a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA aprobadas en 2013 sobre la materia, tomando posición a favor de una reforma al cuerpo legal citado. Para ese propósito el trabajo se estructura en tres apartados que dan cuenta, respectivamente, de los desarrollos internacionales, los antecedentes y contenido de la Ley 20.609 y, a modo de conclusiones, algunos de los cambios que se estiman deberían introducirse a la legislación nacional.

PALABRAS CLAVE Discriminación, derechos humanos, tratados, derecho internacional.

ABSTRACT The Law 20.609 was published in the Official Journal on the July 24, 2012. The said law establishes anti-discrimination measures. It surges after years of legislative work and media drive that had a share of civic society participation due to the tragic death of Daniel Zamudio, as well as condemnation of Chile for discrimination in the case Atala Riffo at the Inter American Court of Human Rights. Law promulgation was held and considered an important advance in human rights and clearly is such. However, as decisive contribution in situations of discrimination, there are clear shortcomings that have been raised by the authors. This paper focuses on the content and some background of this law and specifically criticizes it from a point of view of the International Human Rights Law and OAS conventions on the subject adopted in 2013. Authors take a position in favor of an amendment to the said Chilean legislation. For that purpose the paper is divided into three sections that respectively reflect international developments, the background and content of the law and, by way of conclusion, consider what changes should be introduced into the national law.

KEYWORD Discrimination, human rights, treaties, international law.

Los estándares internacionales²

La discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, con especial referencia al caso Atala

En su origen, la idea de discriminación, su prohibición y su regulación —en cuanto se constituye en esencia por un tipo de «tratamiento» inadecuado que puede recibir una persona o grupo— es propia del ámbito interno. Como indica el clásico estudio de Vierdag³, desde tales sistemas ha sido adoptada por el derecho internacional tomando un lugar fuerte en el discurso a partir de lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial, el nacimiento de las Naciones Unidas y el sistema de protección de derechos humanos creado a su amparo. De hecho, si bien ni la Carta de las Naciones Unidas de 1945 ni la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, definen derechos humanos o discriminación, sí le otorgan a la prohibición de ella una importancia basal en el rol de promoción y protección de derechos humanos que se asume⁴.

2. Para los fines de este trabajo, entenderé por «estándares internacionales» el marco normativo constituido por tratados internacionales y otros instrumentos internacionales, tales como sentencias internacionales, opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comentarios generales de los comités que constituyen los órganos de vigilancia de los tratados del sistema de Naciones Unidas, informes de los relatores del sistema de Naciones Unidas, así como instrumentos de vocación normativa pero sin carácter vinculante («soft law»).

3. VIERDAG (1973) p. 2.

4. Ejemplo son el «Preámbulo» de la Carta de las Naciones Unidas cuando indica: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres» y los artículos 1.3 al consagrar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, «sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...» como uno de los propósitos de la organización; 13.1º.b. cuando consagra el deber de la Asamblea General de promover estudios y hacer recomendaciones para «ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»; 55.c, en relación a la promoción del respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos; y 76.c., a propósito de los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria. Por su parte, en la Declaración Universal dan cuenta de la importancia de la igualdad y la no discriminación los artículos 2.1

No obstante estos tempranos reconocimientos, incluso con el carácter convencional que tiene la *Carta* a diferencia de la *Declaración*, no se puede dejar de reconocer que, a priori, son bastante generales los primeros y débiles los segundos⁵, lo que se fue atenuando al avanzar en desarrollos convencionales en la materia, al considerar la obligatoriedad que tienen las disposiciones de la *Carta* para los integrantes de la organización, especialmente por la relación de los artículos 55 y 56, y por el valor que por vía consuetudinaria ha logrado la *Declaración Universal*, lo cual las convierte en la práctica en normas de obligado cumplimiento para los Estados.

Con la adopción de los pactos de derechos humanos de 1966⁶, la prohibición de no discriminación cobraría una vida renovada en el marco de instrumentos con fuerza vinculante y vocación de generalidad y, desde allí, pasaría a ser eje de los distintos instrumentos que han ido completando el derecho internacional de los derechos humanos hasta estos días, siendo el Comité de Derechos Humanos un órgano clave en la comprensión de la idea de discriminar y su adecuación a las distintas formas que ésta puede asumir en la vida de individuos y grupos, toda vez que los pactos no dieron una noción de ella. En esta labor, el órgano ha basado buena parte su trabajo en aquellas definiciones que se fueron estableciendo en instrumentos internacionales sectoriales y en los desarrollos de los tribunales regionales de derechos humanos⁷.

que establece la prohibición de discriminación; 7, que se refiere a la igualdad ante la ley; 16, en relación al derecho de los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, a casarse y fundar una familia sin restricción; 21, en cuanto reconoce el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas y al sufragio universal e igual en elecciones; y el 26, en materia de derecho a educación.

5. GAUCHÉ (2011) p. 163-165.

6. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos en vigor internacionalmente desde 1976, firmados por Chile el 16 de septiembre de 1969 y ratificados el 10 de febrero de 1972.

7. Fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT) quien dio vida a la primera definición positiva internacional de discriminación en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (111) relativo a la discriminación en materia de ocupación y empleo, de 1958, en vigor desde 1960, sobre la base de los verbos rectores distinguir, excluir o preferir, a los que luego se iría sumando la restricción por medio de definiciones posteriores. En su artículo 1 señala: «A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en

A través de su Observación General 18, de 29 de marzo de 1996, a propósito de los alcances de los artículos 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, ha dado un concepto que basándose en las definiciones de las Convenciones para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial contra la Mujer, indica que la discriminación se debe entender como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquiera 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»⁹.

motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados».

Un completo análisis de las definiciones positivas contempladas en diferentes convenciones y otros instrumentos de derecho internacional desde 1945 en adelante se encuentra en Gauche (2011) p. 168-190.

8. El párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El artículo 26 en tanto indica que todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas 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, en lo que se ha estimado una cláusula autónoma de discriminación, es decir, de aquellas que consagran la no discriminación respecto de cualquier derecho, con independencia de que esté contenido o no en el instrumento que la establece y abierta en la enumeración de categorías sospechosas.

9. Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2, párrafo 7.

De esta definición se puede apuntar que contiene como elementos estructurales de una discriminación los siguientes: se constituye por una desigualdad de tratamiento consistente en una distinción, exclusión, preferencia, limitación o restricción; la desigualdad se basa en ciertos motivos o criterios que se indican (las llamadas «categorías sospechosas»); tiene por objeto o por resultado producir un cierto efecto y que consiste en anular, alterar o menoscabar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales (dando espacio a la configuración de distintas formas de discriminación según la intencionalidad: directa e indirecta); y puede producirse en cualquier esfera de la vida pública, sea la política, la económica, la social, la cultural o cualquier otra, pues no se hace distinción en este aspecto.

Precisando sobre la frontera entre una diferenciación y una discriminación, la misma Observación General 18 señala en su parte final 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»¹⁰, lo que supone que toda distinción que sea hecha por un motivo no razonable, objetivo, o que no persiga los propósitos del Pacto, deberá ser considerada como discriminatoria. Esto lleva a la necesidad de determinar cuándo un criterio no es razonable u objetivo, para lo cual ha sido determinante en derecho internacional el trabajo jurisprudencial de los tribunales regionales de derechos humanos, especialmente el europeo, precursor en esta materia.

En efecto, en el fallo de 23 de julio de 1968, en el caso conocido como *Ciertos Aspectos del Régimen Lingüístico Belga*, incorporó el tema de la razonabilidad y objetividad y la relación de proporcionalidad a la hora de determinar si una conducta es discriminatoria o no. En lo pertinente a esta cuestión dice el fallo¹¹:

El artículo 14 no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos [...] Importa, por tanto, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato dada, relativa, por supuesto, al ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidas, contraviene o no el artículo 14. A este respecto, el Tribunal, siguiendo en

10. Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2, párrafo 13.

11. Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium con Bélgica (Application N° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) (1968).

la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos, considera que la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Surge de esta sentencia una fórmula de comprensión sobre los criterios para entender cuándo una diferencia normativa de trato constituye discriminación o cuándo se trata de una distinción en el trato legítima y por tanto permitida, criterios que:

deduce el Tribunal europeo de la práctica judicial de gran número de países democráticos y serían los siguientes: de los hechos debe desprenderse manifiestamente un trato diferente; el trato diferente no tiene un fin legítimo, o sea, carece de una justificación objetiva y razonable, teniendo presente el objeto y efectos de la medida de que se trate, y no hay relación de proporcionalidad razonable entre el medio utilizado y el fin perseguido.

En otras palabras, de lo que se trata es que la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y dicha justificación debe ser apreciada mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato¹².

A estos requisitos debe agregarse como complementario según han ido fijando los jueces de Estrasburgo el que se llama «requisito de la situación previa comparable», que supone que quien alega la violación del artículo 14 debe estar en una situación análoga o comparable con la de quienes disfrutaban de

12. GAUCHÉ (2011) p. 196.

mejor protección en el ejercicio del mismo derecho, situación de hecho que complejiza la resolución de casos particulares¹³, más aún cuando los Estados disponen del llamado «margen de apreciación nacional», cuestión a la que no entraré pues excede con mucho al objetivo expositivo de este trabajo.

En fallos posteriores ha mantenido el criterio a la hora de entender configurada una discriminación cuando la distinción que se formula carece de justificación objetiva y razonable constituyéndose en una jurisprudencia clave a la hora de entender e invocar la no discriminación en sede jurisdiccional internacional¹⁴ y es seguida en buena medida por su par americano, por ejemplo, en el emblemático caso *Atala Riffo y Niñas contra Chile*, fallado en 2012, al que referiremos luego.

Por otra parte, en cuanto a los motivos de discriminación o «categorías sospechosas» a la hora de hacer análisis de casos concretos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha encargado de reforzar que la enumeración de criterios de discriminación no es exhaustiva¹⁵. «La inclusión de ‘cualquier otra condición social’ indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría»¹⁶, idea que refuerza la Observación General 14, de 11 de agosto de 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)¹⁷ y en la Observación General 20, de 2 de julio de 2009, que bajo el epígrafe «Motivos prohibidos de discrimi-

13. CARMONA, en GARCÍA Y SANTOLAYA (2005) p. 678-679.

14. *Marckx contra Bélgica* (Application N° 6833/74) (1979); *Rasmussen contra Dinamarca* (Application N° 8777/79) (1984); *James y otros con Reino Unido* (Application N° 8793/79) (1986); *Karlheinz Schmidt contra Alemania* (Application N° 13580/88) (1994) y *Frette con Francia* (Application N° 36515/97) (2002)

15. En la Observación General 20, relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales conforme el tenor del artículo 2.2 del Pacto y que en buena medida recoge lo que ha sido el trabajo del Comité en varias de sus Observaciones Generales y a propósito de los principales derechos que consagra el Pacto, estableciendo expresamente que «...por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto». Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 7.

16. Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 15.

17. Doc. NU E/C.12/2000/4.

minación» agrupa el desarrollo de aquellos «motivos expresos» y de todos los que se incluyen en la expresión «otra condición social», desarrollando acá la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual y la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia y la situación económica y social¹⁸.

Sobre estas categorías, la doctrina ha señalado que por lo general «se considera que los factores prohibidos de discriminación tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (tales como el color o la raza) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data (por ejemplo, la religión o el origen nacional)»¹⁹. Se trata desde otra mirada de motivos o categorías a partir de los cuales las personas tienden a reconocerse a sí mismas y, en ese sentido, mucho tienen que ver con la identidad de cada quien, lo que puede explicar en parte la ampliación de las categorías sospechosas que han ido produciéndose en el derecho internacional antidiscriminatorio motivada por los aumentos de reclamos por reconocimiento de todas las identidades y diferencias.

Con estos desarrollos en vista, el sistema interamericano de protección de derechos humanos también ha contribuido tanto en el nivel normativo como sobre todo en el jurisprudencial, a la conformación de ciertos estándares a la hora de precisar si algunas conductas son discriminación o no.

En efecto, ya en la Carta de la Organización de Estados Americanos, el artículo 3 letra I) proclama la no discriminación²⁰. También se encuentra en el artículo 45 de la misma *Carta* una disposición similar que abarca a todos los miembros de la organización, incluso a aquellos que no han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica²¹. Aprobada el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18

18. Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafos 18 al 35.

19. DULITZKY (2007).

20. «Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo».

21. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de mayo de 1948, dice en su Preámbulo: «Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros», lo cual se desarrolla en el artículo 2 al señalar: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra

de julio de 1978²², es el principal tratado de derechos humanos continental y contiene la obligación de no discriminación en el artículo 1.1 a propósito de la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en la

alguna». Al igual que la Declaración Universal, tratándose de un texto que carece de mérito vinculante en sí misma, ha logrado fuerza por la vía política y moral y tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana han dicho que es fuente de obligaciones para los países miembros de la OEA. En tal sentido se ha pronunciado la Corte en la Opinión Consultiva 10, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1989. La mencionada obligatoriedad surge también en el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 20, letra a) y en la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001, en su capítulo II artículo 9.

22. En 1969 Chile firmó este tratado, con declaración de que quedaba sujeta su ratificación a la posterior aprobación del Congreso Nacional conforme a la normativa interna sobre la materia. Recién en 1990 se depositó el instrumento de ratificación y fue promulgada a través del Decreto Promulgatorio nro. 873, de 23 de agosto de ese año y publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, con la siguiente declaración: a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro estado parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.

«b) El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

«Al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que se ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que éstos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención, no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona.»

propia *Convención* y garantizar su libre y pleno ejercicio «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 otra condición social», norma que se complementa con el artículo 24 que consagra la igualdad ante la ley y que todos tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley y que permea en general todo el articulado²³.

Esta norma *no autónoma* —por oposición a las *cláusulas autónomas* que consagran la no discriminación respecto de cualquier derecho, con independencia de que esté contenido o no en el instrumento que la establece— usa también la fórmula residual del ámbito de Naciones Unidas «*otra condición social*» sin dar una definición de discriminación, la cual tampoco se encuentra en el otro texto principal de este sistema, el Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988 y en vigor desde el 16 de noviembre 1999²⁴, que en su artículo 3 establece la obligación de no discriminación en el ejercicio de los

23. En el texto es posible ver que la igualdad y la no discriminación atraviesan todos los derechos que el Pacto consagra. En ese orden, el artículo 8, sobre las garantías judiciales que se deben conceder en plena igualdad; 13, a propósito de la libertad de pensamiento y expresión, en el marco de la cual se prohíbe toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional; 17, en cuanto a la protección de la familia, en que se establece que las condiciones que fijen las leyes internas para contraer matrimonio, no debe afectar el principio de no discriminación; 22, sobre el derecho de circulación y residencia de los extranjeros, los cuales no pueden ser expulsados o devueltos a lugares en que su vida o libertad personal corran peligro a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas; 23, sobre derechos políticos, los cuales pueden ser restringidos sólo por los criterios que allí se mencionan: edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena penal; 25, que garantiza el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia ante los actos que violen sus derechos fundamentales y que, por la relación con el artículo 1 debe ser garantizado sin discriminación; y 27, a propósito de la suspensión de garantías en los casos que menciona la norma, lo que en caso alguno puede entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

24. El 5 de junio de 2001 Chile lo firmó, pero no ha sido ratificado hasta la fecha en que se escribe este trabajo.

derechos que se enuncian en el Pacto: «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 otra condición social».

Así las cosas, hasta 2013 la única definición en el ámbito vinculante americano existente se encontraba en la Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 1999 y en vigor desde 2001²⁵, que en su artículo I. 2, a) señala: «El término discriminación contra las personas con discapacidad significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales», concepto que muestra grandes coincidencias con las otras definiciones positivas del ámbito de Naciones Unidas e incluye tanto la discriminación directa como la indirecta, formas de discriminación que van a venir a ser conceptualizadas de forma específica en el derecho internacional de los derechos humanos con las convenciones de 2013 a las que me referiré más adelante.

Por ahora, diremos que son dos tratados internacionales —en su origen uno solo— cuya idea nació en el año 2000 con la iniciativa de Brasil para crear una Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia, lo que se concretó en junio de 2013 y durante cuya larga negociación se llevaría adelante el juicio internacional contra Chile por el caso Atala Riffo y Niñas, que terminaría en una sentencia condenatoria de febrero de 2012, que influyó de manera determinante en la adopción de nuestra Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

En lo que aquí interesa, esta sentencia —basada en un caso de una jueza chilena que alegó discriminación por orientación sexual en un proceso de tuición y en un proceso disciplinario seguido en su contra²⁶— contiene un pronuncia-

25. Chile firmó esta Convención en 1999 y la ratificó en el año 2001.

26. En su sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte estableció que Chile es responsable por violar el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica en relación al artículo 1.1. sobre la obligación de respetar los derechos (respecto de Karen Atala y de las niñas); el derecho a la vida privada del artículo 11.2, también en relación al 1.1.; la protección de dere-

miento relevante en materia de igualdad y no discriminación que se estructura en cuatro ejes que en buena medida vienen a resumir cuáles son los estándares en la materia para el sistema interamericano y toma el trabajo jurisprudencial de la misma Corte sobre igualdad y no discriminación que le precedió²⁷.

chos del niño, a ser oído, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia, consagrados en los artículos 11.2, 17.1, 8.1, y 19, en relación con el 1.1.; y la garantía judicial de imparcialidad del artículo 8.1. en relación al 1.1 en perjuicio de Karen Atala en lo que toca a la investigación disciplinaria, declarando a la sentencia per se como una forma de reparación y condenando a Chile a brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva a las víctimas si así lo soliciten; publicar la sentencia dentro de los próximos seis meses; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso; continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial; indemnizar por daño material e inmaterial y pagar las costas y gastos; y rendir a la Corte, dentro del plazo de un año, un informe sobre las medidas adoptadas. *Atala Riffo y Niñas contra Chile*, Serie C No. 239 (2012).

27. En materia contenciosas los casos más relevantes referidos fundamentalmente a igualdad y no discriminación han sido: *De la Cruz Flores contra Perú* (2004); *Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay* (2005); *Yatama contra Nicaragua* (2005); *Acosta Calderón contra Ecuador* (2005); *Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana* (2005); *Masacre de Mapiripán contra Colombia* (2005); *López Álvarez contra Honduras* (2006); *Comunidad Indígena Sawhoyama contra Paraguay* (2006); *Ximenes Lopes contra Brasil* (2006); *Penal Miguel Castro contra Perú* (2006); *Pueblo Saramaka contra Suriname* (2007). En materia de pronunciamientos relevantes por vía del ejercicio de la función consultiva de la Corte se encuentran: a) OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización - Solicitada por el Gobierno de Costa Rica; b) OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a. y 46.2.b Convención Americana sobre los Derechos Humanos). solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; c) OC-16/99 del 1º de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. solicitada por los Estados Unidos Mexicanos; d) OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; e) OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

Estos ejes son: los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación; la inclusión de la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; la existencia en el caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual; y la evaluación de si dicha diferencia de trato constituyó discriminación.

Sobre los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte refiere a su propio pronunciamiento años antes en la Opinión Consultiva 4 de 1984: «55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se considerarían incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza»²⁸, debiendo tener presente que ya en 2003 le atribuyó el carácter de *ius cogens* en su Opinión Consultiva 18²⁹.

Bajo esas bases establece que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier medida vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure* o *de facto* y que tienen la obligación de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias en perjuicio de ciertos grupos³⁰, recogiendo la definición internacional de discriminación construida desde los tratados y otros instrumentos por los

28. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 79.

29. «Este Tribunal considera 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. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten 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 condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*», párrafo 101.

30. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 80.

órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales como la definición que se reconoce en el sistema interamericano y que hará aplicable, acogiendo así para el sistema continental el desarrollo avanzado por años en el sistema de Naciones Unidas³¹ y que hemos explicado antes.

Sobre cuáles son las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la *Convención Americana*, y considerando que a la fecha de la sentencia la expresión «orientación sexual» no estaba recogida en ningún tratado internacional, elabora una sólida doctrina a partir del trabajo de su par europeo en el sentido de establecer claramente que los tratados son instrumentos vivos y su interpretación se tiene que adaptar a la evolución de los tiempos y condiciones de vida actuales³², con lo cual la expresión «cualquier otra condición social» (contenida en esos términos en el artículo 1.1. del Pacto) siempre debe interpretarse desde el principio pro persona³³, entendiendo que el listado de criterios de categorías sospechosas es uno abierto y meramente enunciativo³⁴, apelando a que la interpretación que haga la Corte debe ser desde la perspectiva de la opción más favorable a la persona y a la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo³⁵.

El tercer aspecto que llega a analizar la Corte tras estas consideraciones es si existió en el caso una diferencia de trato basada en la categoría sospechosa del caso (la orientación sexual), dictaminando que no es necesario que toda la decisión se funde en la orientación sexual de una persona, sino que basta constatar que se tuvo en cuenta explícita o implícitamente³⁶, concluyendo que las decisiones de la justicia chilena tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Karen Atala³⁷.

Por último, la Corte se plantea que si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, hay que ver cuál es la justificación que ha tenido el Estado para ello. Para eso, hace una evaluación en forma estricta de las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato y que fueron el interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas.

31. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 81 y siguientes.

32. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 83.

33. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 84.

34. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 85.

35. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 85.

36. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 94.

37. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafos 95 y siguientes.

Lo conclusivo es que el interés superior del niño aparece relevado en este fallo en sí mismo como un fin legítimo, imperioso y como principio regulador de la normativa de los derechos de la infancia que, teniendo carácter abstracto, no puede ser sólo referenciado como una justificación en el caso concreto ni ser «utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia», con lo cual no cabe su determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad o idoneidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, especialmente en el caso de la homosexualidad³⁸.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte analizó los cuatro fundamentos directamente relacionados sólo con la orientación sexual invocados por el estado para ver si se cumple este fin imperioso del interés superior del niño³⁹, concluyendo que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de primera instancia no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala⁴⁰.

38. Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafos 108 a 113.

39. Éstos son: la presunta discriminación social a las niñas (párrafos 115 a 122), la alegada confusión de roles (párrafos 123 a 131), el alegado privilegio de intereses de la madre por sobre las niñas (párrafos 132 a 140) y el alegado derecho a una familia «normal y tradicional» (párrafos 141 a 145)

40. «Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad [...] y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión ... por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora

Así las cosas, el trabajo jurisprudencial en el caso Atala en 2012, a partir de un caso de discriminación por orientación sexual, vino a recoger el trabajo internacional de años para conceptualizar la discriminación y fue parte del contexto de elaboración de las nuevas convenciones de 2013.

Las convenciones sobre discriminación que aprueba la OEA en 2013

En el año 2000 se aprobó la Resolución AG/RES.1712 (XXX-O/00), denominada «Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia», mediante la cual la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente que: «estudie la necesidad de elaborar un Proyecto de Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, con vistas a someter este tema a la consideración del trigésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General».

A partir de ella, fue la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la que trabajó en el proyecto, creándose en junio de 2005 un Grupo de Trabajo encargado de elaborar el proyecto de Convención, cuyo texto matriz fue aprobado el 18 de abril de 2006⁴¹ y en que en un balance global se destacan como puntos notables la incorporación de una definición completa y detallada de discriminación y las diferentes formas que puede asumir, como la directa e indirecta; la inclusión de los nuevos criterios de distinción que se habían venido recogiendo por los tribunales de derechos humanos y por los órganos de vigilancia de algunos tratados de Naciones Unidas en sus fallos y dictámenes respectivamente; y la posibilidad de promover el derecho de petición ante los órganos del sistema americano, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴².

Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo». Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C nro. 239, párrafo 146.

41. Resolución CP/CAJP-2357/06.

42. Para conocer los aportes nacionales y académicos que se tuvieron en vista a la hora de adoptar el texto en la forma aprobada en el año 2006, pueden consultarse los documentos OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-15/05, de 9 de diciembre de 2005, que contiene los «Discursos y presentaciones durante la sesión especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia», celebrada en la Sede de la OEA, Washington,

Durante la reunión de la Asamblea General de la OEA, en junio de 2009 en Honduras, se tomó nota de los avances logrados por el Grupo de Trabajo a esa fecha y se acordó seguir trabajando sobre el último proyecto aprobado promoviendo la participación de sectores civiles, lo cual fue en general ratificado en el marco de la reunión del año 2010⁴³. En 2011⁴⁴ se produjo el acuerdo para negociar dos convenciones y, de esa forma, continuó el trabajo en 2012⁴⁵. Así, durante la primera semana de junio de 2013, en Guatemala y en el marco de la Asamblea General anual, se termina con este largo proceso de negociaciones, aprobando dos nuevos tratados internacionales a favor de la igualdad y la no discriminación: la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia⁴⁶ y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia⁴⁷.

Ambas reafirman los principios de igualdad y no discriminación, reconociendo que la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general e indican que las actitudes discriminatorias representan una negación de valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías que están contenidos en la propia *Carta* de la OEA, como en muchos otros tratados e instrumentos internacionales.

En el primer caso, se puntualiza en el Preámbulo que el fenómeno del racismo «exhibe una capacidad dinámica de renovación que le permite asumir nuevas formas de difusión y expresión política, social, cultural y lingüística» y precisa que entre las víctimas del racismo, la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia en las Américas están los pueblos indígenas, así como otros grupos y minorías raciales, étnicas o que por su linaje u origen

los días 28 y 29 de noviembre de 2005 y OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-16/05, de 5 de diciembre de 2005, que contiene el «Informe de la Relatora de la sesión especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia», celebrada como he indicado los días 28 y 29 de noviembre de 2005. Disponibles en: <http://www.oas.org/dil/esp/discriminacion_sesion_especial_grupo.htm>.

43. OEA AG/RES. 2501 (XXXIX-O/09) y OEA AG/RES. 2606 (XL-O/10).

44. OEA AG/RES. 2677 (XLI-O/11).

45. OEA AG/RES. 2718 (XLII-O/12).

46. OEA AG/RES. 2805 (XLIII-O/13).

47. OEA AG/RES. 2804 (XLIII-O/13).

nacional o étnico son afectados por tales manifestaciones, respecto de quienes se deben crear condiciones apropiadas que le permitan expresar, preservar y desarrollar su identidad.

En el segundo de estos tratados se enfatiza en la parte preambular que una sociedad pluralista y democrática «debe respetar la identidad cultural, lingüística, religiosa, de género y sexual de toda persona, que pertenezca o no a una minoría, y crear las condiciones que le permitan expresar, preservar y desarrollar su identidad», considerando que es necesario tener en cuenta la experiencia individual y colectiva de la discriminación e intolerancia para combatir la exclusión y marginación por motivos de género, edad, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros motivos reconocidos en instrumentos internacionales, y para proteger el plan de vida de individuos y comunidades en riesgo de ser segregados y marginados; llamando a que toda sociedad pluralista y democrática respete las diferentes identidades y cree las condiciones que le permitan expresarlas, preservarlas y desarrollarlas.

A febrero de 2013, la convención referida al racismo ha sido firmada por Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Uruguay, y la que se refiere a toda forma de discriminación e intolerancia por Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay, requiriendo ambas que sólo dos Estados ratifiquen conforme sus respectivos procesos constitucionales para que entren en vigor internacional y pasen a formar parte de la batería de tratados protectores de la dignidad y los derechos de las personas en nuestro continente, lo que no ha ocurrido al cierre de estas palabras⁴⁸.

Chile no ha firmado. Sí dejó una «nota a pie» de igual tenor en cada documento, explicando que, aunque favorece su aprobación, se encuentra en un proceso de consultas internas sobre los aspectos que trata cada convención. «Chile, en razón a que el procedimiento de consultas jurídicas internas no ha finalizado respecto al Proyecto de Convención contenido en la presente resolu-

48. Estados de firmas y ratificaciones. Disponible en <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp> y <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp>.

ción, favorece su aprobación pero se reserva su posición en relación al mismo hasta no contar con los análisis e informes pertinentes»⁴⁹.

Desde junio de 2013 a febrero de 2014, no se han tenido noticias públicas en el país de cuál es el contenido y resultado de tales análisis e informes pertinentes, con lo cual no parece a simple vista que se esté haciendo mucho para que estos tratados puedan entrar en vigor en nuestro país. Pese a ello, su posible futura entrada en vigor internacionalmente es un hecho jurídico del que no podremos sustraernos. Las interacciones prácticas entre derecho internacional y derecho doméstico en Chile que se manifiestan en la jurisprudencia doméstica, y el ejercicio del control de convencionalidad a que llaman los jueces de Costa Rica quienes a su vez se han autocalificado como los intérpretes últimos de la *Convención Americana*, son dos buenas razones para ello⁵⁰.

Desde el punto de vista conceptual, es un tremendo avance continental la serie de definiciones que se contienen en el artículo 1 del nuevo tratado contra toda forma de discriminación e intolerancia que avanza desde los actuales desarrollos, afirmando que la 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. [Agregando que] 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.

49. OEA AG/RES. 2805 (XLIII-O/13) y OEA AG/RES. 2804 (XLIII-O/13).

50. Sobre control de convencionalidad, véanse los casos *Almonacid Arellano* y otros contra Chile (2006) párrafos 123 y 124; *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú* (2006), párrafo 128; *Radilla Pacheco contra México* (2009) párrafo 339; *Fernández Ortega* y otros contra México (2010), párrafo 236; *Gelman* contra Uruguay (2011), párrafos 183 y siguientes, especialmente 193; *Atala Riffo y Niñas* contra Chile (2012), párrafos 279 al 284, especialmente 282 y 283.

Esto da cuenta de la visión contemporánea de las categorías sospechosas que se ha desarrollado con el devenir del trabajo jurisprudencial internacional.

Además, y no obstante quedar comprendida de manera implícita en la definición anterior, conceptúa explícitamente la discriminación indirecta, como aquella 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.

Hace también la precisión conceptual respecto de la discriminación múltiple o agravada, entendida como:

cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de las categorías sospechosas, que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

Es importante apuntar que hasta 2013 no existía una definición convencional expresa de discriminación indirecta, sino un interesante trabajo desde los órganos de vigilancia de los tratados de Naciones Unidas y algunas referencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Particularmente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya en 2005 indicó a propósito de la igualdad entre hombre y mujer que la discriminación es indirecta cuando una conducta que no busca discriminar, resulta en sus efectos al ser implementada en una distinción no justificada. Dice el Comité:

Indirect discrimination occurs when a law, policy or programme does not appear to be discriminatory, but has a discriminatory effect when implemented. This can occur, for example, when women are disadvantaged compared to men with respect to the enjoyment of a particular opportu-

nity or benefit due to pre-existing inequalities. Applying a gender neutral-law may leave the existing inequality in place, or exacerbate it⁵¹.

Luego en 2009, en su Observación General 20, indicó que la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por su parte, la Corte Interamericana la conceptualizó en dos fallos del año 2012. En *Artavia Murillo contra Costa Rica* dijo que este concepto «implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas»⁵², reiterando lo que antes dijo en *Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana*⁵³.

Las definiciones de 2013 entonces constituyen una mejora sustantiva de los desarrollos normativos existentes a la fecha por varias razones. Por la enumeración de categorías usando además la fórmula residual «o cualquier otra», que consagra doblemente la idea de que no es admisible la discriminación por ninguna condición —siguiendo los razonamientos jurisprudenciales explicados antes— ; por consagrar con amplitud las esferas en que la discriminación puede producirse; por recoger formas de discriminación en que las acciones estatales tienen que ser específicas; y por constituirse en lo que puede calificarse como una cláusula autónoma, cuando incorpora la idea de no discriminación en el reconocimiento de los derechos contenidos en «los instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes», idea que se refuerza en el artículo 3 al señalar que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes, tanto a nivel individual como colectivo, recogiendo así además la realidad de aquellos derechos que tienen una faceta eminentemente colectivista, como es por ejemplo en los pueblos originarios y por la autonomía que en sí mismo tiene el derecho a no ser discriminado en instrumentos internacionales.

51. Doc. NU E/C.12/2005/4, párrafos 12 y 13.

52. *Artavia Murillo contra Costa Rica* (2012) párrafo 286.

53. *Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana* (2012) Serie C No. 251, párrafo 234. Otros desarrollos internacionales sobre la noción de «discriminación indirecta» en Gauche (2011) p.203-205.

Por otro lado, también constituyen importantes avances normativos de estas convenciones el establecimiento de deberes y obligaciones para los Estados que van desde adecuaciones constitucionales y legales cuando sea necesario, hasta formular y aplicar políticas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades para todas las personas, como da cuenta el artículo 4 que enumera largamente estos deberes, entre los cuales aparecen como sustanciales la prohibición de la violencia, del apoyo privado o público a actividades discriminatorias o que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento, la denegación de acceso a derechos económicos, sociales y culturales y a otros derechos, así como serias restricciones y prohibiciones vinculadas a la educación y a la difusión de publicaciones o noticias discriminatorias, entre otras.

Como relevante hay que mencionar la obligación que se impone a los Estados por el artículo 5 de adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas o grupos, las cuales expresamente se indica no serán discriminatorias ni incompatibles con el objeto o intención de la *Convención*, estableciendo como únicas limitaciones el que no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos, ni perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado su objetivo, lo cual por cierto ya venía desarrollado así en el plano normativo internacional de los derechos humanos desde antes⁵⁴.

Ahora bien, como mecanismo de garantía y seguimiento, ambas convenciones preven la presentación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de denuncias o quejas y además la posibilidad de formular consultas a la Comisión en cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación de tales tratados, así como la facultad de solicitar a la Comisión asesoramiento y cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de sus disposiciones, debiendo la Comisión, dentro de sus posibilidades, brindar asesoramiento y asistencia a los Estados cuando le sean solicitados.

También se crea por un artículo común, y para el seguimiento de los compromisos asumidos en las dos convenciones, un Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las

54. GAUCHÉ (2011) p. 205-214.

Formas de Discriminación e Intolerancia, el cual será conformado por un experto nombrado por cada Estado parte, quien ejercerá sus funciones en forma independiente y cuyo cometido será monitorear los compromisos estatales. El Comité quedará establecido cuando entre en vigor la primera de las convenciones y será el foro para el intercambio de ideas y experiencias, así como para examinar el progreso realizado por los Estados partes en la aplicación de los tratados y cualquier circunstancia o dificultad que afecte el grado de cumplimiento derivado de las mismas, pudiendo formular recomendaciones a los Estados partes para que adopten las medidas del caso.

Si bien en el caso de denuncias la competencia de la Comisión y de la Corte no es mandatoria y requiere declaración estatal de reconocimiento, el artículo 15 letra v) instituye el compromiso estatal de presentar un informe al Comité dentro del año de haberse realizado la primera reunión de constitución del mismo, con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en las convenciones, debiendo contener tales informes, además, datos y estadísticas desagregados de los grupos en condiciones de vulnerabilidad, con el deber de presentar luego informes cada cuatro años, de manera similar a los informes periódicos que operan como mecanismos en las principales convenciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos.

Con un artículo 19 común, las convenciones contemplan la posibilidad de formular reservas al momento de su firma, ratificación o adhesión, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin y versen sobre una o más de sus disposiciones específicas, es decir, teniendo como fórmula aquella de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y que deja abiertos los problemas sobre cuál es el verdadero objeto y fin de un tratado.

Así presentadas en lo esencial de su contenido, se puede decir que son estas convenciones las que han venido a mejorar los estándares internacionales a partir de los cuales los Estados del sistema interamericano deben seguir avanzando en el compromiso continental a favor de la igualdad y no discriminación. Como no existe concepto o desarrollo sustantivo internacional de carácter convencional sobre la noción de discriminación y sus formas al modo de estas iniciativas del sistema americano, resulta entonces legítimo y esperado aspirar a que produzcan el efecto «boomerang» en los intentos por mejorar además los otros sistemas regionales, el universal y los sistemas domésticos, especialmente si consideramos las interacciones entre el derecho internacional y los derechos nacionales, conforme las reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, como los artículos 27 (que

impide a los estados invocar el derecho interno para justificar incumplimientos internacionales) y los artículos 30 y 31 (sobre interpretación), además del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica (referido a la interpretación misma de los tratados de derechos humanos).

Paso ahora a mostrar los principales aspectos de nuestra normativa legal en materia de discriminación para luego hacer algunas propuestas sobre los cambios que necesitaría, a modo de conclusiones.

La Ley 20.609 y su contenido fundamental, desde una mirada crítica

Mientras en el derecho internacional la no discriminación ha sido bandera de lucha por años, como se deja ver el apartado anterior, en Chile recién hacia la mitad de la década del 2000 comenzó a ser tema de posible agenda legislativa. Así, el 14 de marzo de 2005, bajo el gobierno de Ricardo Lagos⁵⁵, ingresó el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación⁵⁶, durmiendo por años sin generar interés concreto en la opinión pública, en los congresistas, ni en los gobiernos posteriores.

Recién en 2011 fue reactivado con fuerza en el trabajo parlamentario, haciéndose popular como la «Ley contra la Discriminación», en gran medida por el trabajo de organizaciones de la sociedad civil, particularmente aquellas ligadas a la defensa de los derechos de la comunidad de personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales con lo cual se logró la urgencia recién en marzo de 2012. Esto en medio de una mediática discusión sobre la inclusión de la identidad de género en el articulado del proyecto, logrando con éxito el 8 de noviembre de 2011 aprobar la incorporación de esta categoría, avanzando así en su tramitación parlamentaria, con un informe poco favorable de la Corte Suprema, emitido al Senado en julio de 2011⁵⁷, estimando que el derecho

55. Mensaje 315-352, de 14 de marzo de 2005, de su Excelencia el Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, conocido en Cuenta en Sesión 54, Legislatura 352.

56. Información sobre la historia de este proyecto se puede conocer a través del Boletín 3815-07 del Senado. Disponible en <<http://www.senado.cl>>.

57. Oficio 126, de 29 de julio de 2011. Antes la Corte Suprema emitió los Oficios 58, de 3 de mayo de 2005; 168, de 15 de noviembre de 2005; 27, de 23 de enero de 2007; y 96, de 23 de junio de 2008.

a la no discriminación se encontraba suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, a través de las acciones constitucionales y legales pertinentes, opinión que por cierto tienen algunos autores nacionales⁵⁸.

La condena a Chile por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y Niñas en febrero de 2012⁵⁹ y la muerte del joven Daniel Zamudio a consecuencia de los golpes recibidos como parte de un ataque motivado por su orientación sexual, pusieron en la opinión pública el tema de la necesidad de legislar sobre discriminación en Chile y aceleraron el proceso de tramitación, que concluyó con la publicación en el *Diario Oficial* del 24 de julio de 2012 de la Ley 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, estructurando en tres títulos sus dieciocho artículos⁶⁰.

58. En esa línea se puede citar a Corral (2012). En un sentido crítico bastante cercano a este planteamiento se ha dicho: «La numerosas deficiencias de la Ley nos permiten concluir que la Constitución continúa siendo la principal norma antidiscriminatoria, no sólo por jerarquía, sino principalmente por su contenido. En el mejor escenario, la Ley constituiría un sistema de protección antidiscriminatorio paralelo al constitucional, más acotado y de menor jerarquía. En el peor, la ley adolecería de importantes vicios de constitucionalidad». Díaz de Valdés (2013) p. 296.

59. Atala Riffo y Niñas contra Chile (2012).

60. Durante la tramitación de la ley se presentó un requerimiento de constitucionalidad resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional rol nro. 2160 de fecha 19 de enero de 2012. Se trató de un requerimiento de constitucionalidad con base en el artículo 93 nro. 3 de la Constitución, presentado por un grupo de diputados respecto del artículo 2 del proyecto de ley contenido en el Boletín 3815-07. Se argumentó que dicha disposición del proyecto de ley era ley interpretativa de la Constitución de 1980 que no cuenta con el quórum calificado requerido. El Tribunal Constitucional rechazó la admisibilidad basado en aspectos formales, indicando que no se había dado cumplimiento al requerimiento de contener una «exposición clara de los hechos y de los fundamentos de derecho que le sirven de apoyo», además rechazando las peticiones «subsidiarias y contradictorias» solicitadas por los diputados. Existe en este fallo un primer voto disidente de Raúl Bertelsen y Marisol Peña quienes estuvieron por admitir a tramitación el requerimiento y un segundo voto disidente de los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica quienes eran partidarios de acogerlo a tramitación, substanciarlo y fallarlo con el objeto de dar una orientación en la materia a la sociedad chilena.

Los propósitos de la ley y su definición de discriminación arbitraria

Como indica el artículo 1, la ley «tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria».

En este primer artículo se pueden apreciar de inmediato las restricciones con que nació esta ley: no se busca terminar con las discriminaciones o crear política pública; sólo se trata de establecer una acción judicial, que se vino a sumar a las otras garantías jurisdiccionales frente a las vulneraciones de derechos, principalmente las de carácter constitucional como las acciones de protección o de amparo. De hecho, el proyecto ingresado en 2005 señalaba en su artículo 1 que «Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona», lo que da cuenta de la diferencia con que se concreta en ley en 2012 y que es la primera gran insuficiencia de una ley que estaba llamaba a cumplir estándares internacionales.

Así las cosas, y con el objetivo de establecer este mecanismo judicial, el artículo 2 se encarga en su inciso 1.º de dar una definición de discriminación arbitraria, que incluye un amplio catálogo de lo que en derecho antidiscriminatorio internacional hemos visto se dan en llamar «categorías sospechosas».

Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Es relevante precisar que para establecer qué se entiende por discriminación primero aporta la ley un criterio general («toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable») para luego establecer el listado de «categorías sospechosas».

Este listado fue modificado y ampliado durante la discusión legislativa, particularmente por los reparos de algunos parlamentarios a las categorías que tienen que ver con la identidad sexual de las personas, muy concretamente referido a la identidad de género, enredada en la discusión por fuertes presiones de parlamentarios más conservadores, algunos grupos religiosos⁶¹ y la doctrina nacional contraria a la incorporación de esta categoría y de la orientación sexual, con fundamentos de los cuales no puedo más que disentir esencialmente por su oposición a los estándares internacionales a que Chile está obligado en materia de derechos humanos⁶².

Además, recogiendo lo que ya hemos explicado, la ley deja claro que no toda distinción será considerada jurídicamente una discriminación, sino aquella que carezca de «justificación razonable».

Por otra parte, en la idea original y acorde con los desarrollos internacionales expuestos antes, se incluía la idea de la «preferencia», acción que por cierto pone en jaque la consideración posible de acciones positivas a favor de ciertos grupos, tales como leyes de cuota para garantizar la participación política de las mujeres, tema que en Chile ha sido objeto de diferencias notables entre la doctrina⁶³.

El encabezado en tanto aporta que la discriminación arbitraria puede haber sido efectuada por agentes del Estado o por particulares, con lo cual se presume entonces el efecto horizontal de la garantía de igualdad y no discriminación, cuestión que no estaba en el concepto original y que estimamos un acierto para ayudar a terminar con el anclaje de la visión histórica que mira al Estado y la administración como el único responsable de velar y respetar los derechos humanos, corriente que podemos llamar como de la verticalidad de los derechos.

Un punto que algunos autores han marcado como especialmente negativo en la definición —en contraste se dice con la idea de discriminación que puede hacerse surgir de los artículos de la Constitución Política de 1980 que se refie-

61. Discusión particular en sala en el Senado. Legislatura 359. Sesión 66, del 8 de noviembre de 2011.

62. En este sentido, Alvear y Covarrubias (2012) y Díaz de Valdés (2013). En una posición favorable a la incorporación de la categoría «orientación sexual», Couso (2012).

63. En diferentes sentido, por un lado Zúñiga et. al. (2007) y Zúñiga (2011), y por otro Bulnes (2011).

ren a ella⁶⁴— es la necesidad de vincular la discriminación con otro derecho, privando de autonomía a la no discriminación en sí misma en cuanto derecho. En otras palabras, de no existir distinción, exclusión o restricción vinculada a derechos establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, la acción de la Ley 20.609 se torna ineficaz y deja como único camino la posibilidad de un recurso de protección por la garantía de igualdad ante la ley⁶⁵. Por la importancia que tiene la no discriminación —norma de *ius cogens* incluso como se apuntó— no puedo más que compartir que tendría que haberse considerado el propio derecho a no ser discriminado con total autonomía, no restringiendo la acción sólo a la afectación de un cierto derecho.

Dentro de la definición también aparece como un punto falto de precisión jurídica la numeración de «categorías sospechosas». En efecto, el listado es taxativo en su enumeración al no usar la fórmula residual «*u otra condición*» —tan propia del derecho internacional en la materia— que le daría sin margen de duda el carácter de cláusula abierta. No obstante, al utilizar la expresión «*en particular cuando se funden en...*» abre la posibilidad para entenderla como una enumeración no cerrada. Claramente en esto se pudo ser más preciso.

Por otra parte, nada dice la ley sobre las formas que puede asumir la discriminación. En efecto, como bien recuerda el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013, elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales:

Lo más llamativo del debate legislativo fue la total ausencia, durante la tramitación del proyecto, de los conceptos de discriminación indirecta, de facto, institucional o estructural. Las únicas ocasiones en que consta algún debate sobre la discriminación indirecta se dieron a propósito del informe de la Comisión Mixta, en que hay una breve alusión al artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997, que habla explícitamente de discriminación indirecta. Además, en la parte preliminar de ese mismo informe, se cita cierta legislación comparada

64. Fundamentalmente hablamos de los artículos 1; 19 nro. 2, 3, 16 y 22.

65. Sobre este punto pueden consultarse las opiniones de Díaz (2013), Díaz de Valdés (2013) y Tortora (2012). Valorando esto como un aspecto especialmente positivo de la ley, Alvear y Covarrubias (2012).

(España y Sudáfrica) en que se hacen menciones explícitas al concepto de discriminación indirecta⁶⁶.

Esta ausencia que nos recuerda el informe citado sólo comprueba que no hubo un estudio con detención de la idea misma de discriminación y sus formas. Si bien no estaban aprobados a esas fechas los tratados de la OEA de 2013 referidos en el apartado anterior, los desarrollos doctrinarios e institucionales sobre el concepto de «discriminación indirecta» no eran menores como se dejó en evidencia antes en este trabajo⁶⁷.

En lo que estimamos es uno de los puntos más criticables de esta ley, desde una óptica de derechos humanos, los incisos 2.º y 3.º del mismo artículo 2 establecen una cláusula de limitación general al indicar que pueden producirse colisiones con otras garantías del catálogo de derechos, con una referencia imprecisa al ejercicio «legítimo» de otros derechos y una especial referencia a algunos numerales del artículo 19 de la Constitución.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. 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.

66. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile (2013) p. 293.

67. Doctrinariamente pueden tenerse a la vista en nuestra lengua las obras de Barre (1997) p. 23-26, quien ya en esos años hablaba de que la discriminación puede ser deliberada o inconsciente y que tanto la directa como la indirecta pueden ser de ambas clases, o de Rey (1995) p. 63 y 64, quien, a propósito de la discriminación por sexo, dice que las discriminaciones directas son «toda norma o acto jurídico-público (y, con ciertos matices, también jurídico-privado) que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo y las indirectas son aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo», ideas que bien pueden hacerse extensivas a otras categorías sospechosas.

Los numerales citados corresponden a los derechos a la honra, la libertad de conciencia, la libertad de enseñanza, la libertad de emitir opinión e informar, el derecho de asociación, la libertad de trabajo y su protección y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. A simple vista entonces y si se piensa desde una posible situación práctica, fácil es suponer que el conflicto podría darse por resuelto a priori por la ley a favor de uno de los derechos en juegos, pudiendo dar lugar a una verdadera jerarquía de derechos. De hecho, la primera sentencia dictada en un juicio en que se interpuso la acción de la Ley 20.609 —el mediático caso de una pareja de lesbianas que demandó a un motel por negarse a brindarles su servicio por su homosexualidad⁶⁸— tuvo en buena medida que ver con esta situación al argumentar los demandados en su defensa, junto con negar la discriminación, este inciso final del artículo 2 y el artículo 19 nro. 21 de la Constitución. Si bien la decisión final dio el favor a las demandantes, el problema está latente para casos futuros.

En la misma línea —como queriendo restringir las posibilidades para el ejercicio de derechos ciudadanos— se puede inscribir la prohibición de que las categorías referidas en la definición de discriminación arbitraria no pueden invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público, norma del inciso 2.º del artículo 2 que parece de más, pues no era necesario indicar en esta ley el que no se pueden realizar conductas prohibidas por la otras leyes. Si bien la norma propuesta en un momento era realmente vulneratoria de derechos humanos⁶⁹, la que hoy se contempla no entrega plenas garantías y ha sido puesta en tela de juicio por alguna doctrina nacional⁷⁰.

Para los organismos del Estado se establece una obligación que fue motivo de varias de las discusiones en los días previos a la aprobación, resultando

68. Zapata y De la Fuente con Sociedad Comercial Marín Limitada, Tercer Juzgado Civil de Santiago, rol nro. 17.314-2012.

69. «Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor».

70. Díaz (2013) p.655-658.

en una norma carente absolutamente de precisión. El inciso 2.º del artículo 1 señala en este sentido que a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, le corresponderá elaborar e implementar las políticas destinadas 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. Éste es otro de los puntos complejos pues se trata de un deber genérico que, hasta la fecha en que se escriben estas líneas, no se ha traducido en una política pública a favor de la no discriminación con acciones y lineamientos concretos, ni en el establecimiento de plazos para ello, tema que debe ser modificado como se postula en el apartado siguiente.

La acción de no discriminación arbitraria que introduce la ley

En cuanto al procedimiento judicial para el ejercicio de la acción, que paso a describir brevemente a continuación, está regulado en el título II, en los artículos 3 al 14 y también merece algunas consideraciones críticas, especialmente en cuanto a la comparecencia en el juicio, a la carga de la prueba y a las medidas de reparación.

En términos procesales generales —y estando lejos de contar con herramientas para un análisis en profundidad desde esta mirada—, hay que decir que como sujetos activos de la acción de no discriminación arbitraria se considera a toda persona lesionada en su derecho, por sí misma o por cualquiera a su nombre y que el plazo de interposición es de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde que se tuvo conocimiento de ella, no pudiendo en ningún caso ser deducida luego de un año de acontocida la acción u omisión de que se trate. Éste es un plazo mayor a los treinta días que indicaba el proyecto original y al plazo que se otorga para interponer una acción constitucional de protección, lo cual nos parece acertado.

En cuanto a las formalidades de interposición, debe presentarse por escrito, pudiendo en casos urgentes hacerse verbalmente, levantándose acta en la secretaría del tribunal. Relacionado con la forma de interposición es que viene la primera cuestión al menos discutible. Ineludible resulta pensar en las formalidades que la ley chilena exige en cuanto a la presentación de la primera actuación con patrocinio y mandato judicial conforme lo dispone la Ley 18.120,

sobre comparecencia en juicio, que debe aplicarse en conformidad a normas procesales generales, pudiendo significar en la práctica que la ausencia de patrocinio de abogado en la presentación —por desconocimiento o por carencia de recursos— transforme en ilusoria la acción al tenerse por no presentada y no ser proveída. Si bien la Ley 18.120 en su artículo 2 inciso 3.º señala que para la iniciación y secuela del juicio puede solicitarse autorización para comparecer personalmente y el juez lo puede autorizar atendida la naturaleza del litigio, pensamos que en esta parte la ley pudo ser más rigurosa y optar, por ejemplo, por declarar expresamente que no será necesario el patrocinio en la demanda o concordar la normativa de comparecencia agregando esta acción a aquellas respecto de las cuales no rigen las obligaciones que comentamos, como es el caso por ejemplo de los recursos de amparo y protección. Ello, sin duda, habría sido adecuado para garantizar de mejor manera el acceso al ejercicio de esta acción, cumpliendo de paso estándares internacionales sobre protección judicial, particularmente el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica que señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la ley, la Constitución o la propia *Convención Americana*, existiendo en ese sentido el compromiso de los Estados de «desarrollar las posibilidades del recurso judicial».

En cuanto al juez competente, la ley establece que será el Juez de Letras del domicilio del afectado o el del domicilio del responsable de la acción u omisión y no la Corte de Apelaciones respectiva, como mandaba el artículo 4 del proyecto original, con la idea de acercar el ejercicio de la jurisdicción por medio del contacto directo con las partes involucradas.

Las causales de admisibilidad vienen dadas en el artículo 6, que establece que no se admitirá a tramitación la acción de no discriminación: a) cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido o cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo (se trata entonces de una acción incompatible con protección y tutela laboral, indicando que si esta situación se produce después de que haya sido admitida a tramitación la acción de no discriminación arbitraria, el proceso iniciado mediante esta última acción terminará por ese solo hecho); b) cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes (ninguna posibilidad por vía de la acción de esta ley para objetar normas cuya compatibilidad con

la igualdad y la no discriminación pudiesen ser al menos cuestionables); c) cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley; d) cuando carezca de fundamento, caso en que el juez deberá decretarla por resolución fundada; e) cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.

El procedimiento establecido es el que corresponde al juicio sumario, conforme al artículo 9, con un llamado obligatorio a conciliación si asisten todas las partes a la audiencia, la que se realizará luego de requerir los informes a que se refiere el artículo 8 y que se piden a la persona denunciada.

En materia de prueba, la que se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, se admiten todos los medios probatorios obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe, pudiendo cada parte presentar un máximo de dos testigos por cada punto de prueba, sin consideraciones a la existencia de testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.

En este punto, así como la amplitud de medios de prueba parece acertada, la carga de la prueba, como se puede desprender del articulado, estimamos que puede merecer reparos desde una cierta mirada. Si la regla es la prohibición de establecer diferencias fundadas en las llamadas «categorías sospechosas» y, por tanto, la excepción es que se permitan en caso que se tenga una «justificación razonable» que tiene que ser especialmente reforzada y sometida a un test de escrutinio más estricto cuando se trata de tales categorías, significa que se altera la carga de la prueba (*onus probandi*), porque al que ha realizado la diferenciación que otro u otra estima discriminación arbitraria le corresponderá probar la legitimidad de su accionar.

En cuanto a la sentencia, debe dictarse en el plazo de 15 días hábiles desde que la causa queda en estado de ser fallada, debiendo declarar si existió o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejando sin efecto el acto discriminatorio, disponiendo que no sea reiterado u ordenando que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Puede también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Si la sentencia declara que hubo discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorios, y si establece que la denuncia carece

de todo fundamento, aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal.

Éste es un tercer aspecto muy cuestionable de la normativa que establece esta acción. El establecimiento de una multa a beneficio fiscal por un lado y el establecimiento de una multa para el recurrente que pierde, por otro, no parecen mecanismos adecuados de reparación si pensamos que detrás de la acción lo que se alega es una vulneración de derechos fundamentales. Creemos, en todo caso, que el juez tiene herramientas normativas suficientes para decretar una indemnización a favor del afectado como parte de la necesidad de asegurar su debida protección, desde el momento que la propia ley habla de todas «las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado».

Conforme al artículo 13 de la ley, la sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán apelables dentro de cinco días hábiles ante la Corte de Apelaciones que corresponda, ante la cual no será necesario hacerse parte. Interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos el día hábil siguiente y la Corte de Apelaciones agregará extraordinariamente la causa a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Deberá oír los alegatos de las partes, si éstas los ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa, y resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quede en estado de fallo.

La adecuación de otros cuerpos legales

Finalmente, en el título III se hacen referencias a las reformas a otros cuerpos legales, como el Estatuto Administrativo (incluido el de funcionarios municipales) y el Código Penal. En el primer caso para consagrar como un acto atentatorio a la dignidad de los funcionarios realizar actos de discriminación arbitraria, y en el segundo para crear una nueva agravante penal consistente en cometer un delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca, dando espacio a la configuración positiva concreta en nuestro derecho penal de los llamados crímenes de odio y reforzando entonces la tutela contra la discrimi-

nación en este ámbito, debiendo favorecer una interpretación en ese sentido, como ha dicho alguna doctrina nacional⁷¹.

Éste es, de manera general y crítica, el contenido de la Ley 20.609 que, se suponía y esperaba, debía hacernos estar «al día» con obligaciones y estándares internacionales sobre no discriminación pero que, en los hechos, lo único que hace es crear una acción legal de tutela, con claras insuficiencias sustantivas y procesales. En efecto, como surge de lo que se ha expuesto, los estándares que el sistema internacional de derechos humanos viene desarrollando son bastante diferentes de nuestra legislación, lo cual ineludiblemente lleva a levantar la necesidad de cambios a la Ley 20.609 si queremos de verdad tener una normativa «que establezca medidas contra la discriminación», posición en la que se matricula este trabajo.

A modo de conclusiones y de cara a los estándares internacionales, algunas propuestas para mejorar la normativa nacional

Habiendo Chile sido ya condenado seis veces por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en espera de una próxima sentencia que debería llegar en 2014: el caso de los loncos mapuches, en relación a la aplicación de una legislación especial en el llamado «conflicto de la Araucanía» y vulneración, entre otras, de la garantía de igualdad y no discriminación, parece oportuno analizar de manera crítica si nuestra flamante ley «antidiscriminación» es en verdad una herramienta normativa útil para el fin de terminar (o al menos atenuar) las discriminaciones.

Tanto el caso Atala como el caso loncos, evidencian que somos un país al menos cuestionado en estas materias a nivel del principal foro internacional que voluntariamente integramos y en que nos movemos en nuestras relaciones internacionales en materias de cooperación, económicas, o de seguridad, entre otras, razón por la cual mirar los estándares internacionales no es nada baladí.

No debe olvidarse además que nuestro derecho tiene una clara vocación de interacción con el derecho internacional que se manifiesta en lo normativo y en lo práctico. En efecto, de la relación de los artículos constitucionales 5, 32 nro. 15, 54 nro. 1, 66 y 93 y el trabajo doctrinario —y ante la insuficiencia de una norma expresa en la Constitución Política sobre este punto—, se puede

71. SALINERO (2013) p. 263.

decir que al menos en lo que toca al derecho internacional convencional el sistema chileno contempla su incorporación como fuente dentro del sistema de normas, atribuyendo en el caso de los referidos a derechos humanos un rango al menos de carácter supralegal si seguimos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional más relevante en la materia⁷². Por su parte, es un hecho reconocido en Chile que cada vez más, especialmente desde la reforma constitucional de 2005, los tribunales superiores de justicia chilenos y también por su parte el Tribunal Constitucional, vienen incorporando como fundamento de sus decisiones normas internacionales que se encuentran vigentes en Chile, particularmente en el ámbito de los derechos humanos⁷³.

De esta manera, al mirar críticamente el contenido de la Ley 20.609 en contraste con los avances del derecho internacional de los derechos humanos, tanto del ámbito universal como particularmente del regional americano y las convenciones aprobadas en 2013 —objetivo principal de este trabajo—, la conclusión global es la falta de coherencia entre el discurso normativo interno sobre discriminación y los estándares internacionales, lo que conduce a pronunciarme por la necesidad de una reforma a este cuerpo legal que muchos creíamos podía servir —aunque fuera con menor jerarquía— para mejorar la insuficiencia de la garantía de igualdad y no discriminación de nivel constitucional que, a la luz del texto de la Ley 20.609, ya no parece tan insuficiente.

72. En la sentencia pronunciada en el requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, de 8 de abril de 2002 se encuentra el *dictum* sobre la Jerarquía de los Tratados (parte VI, párrafos 59 y siguientes) en que se pronuncia en el sentido que no puede un tratado de derechos humanos ser superior a la Constitución y si hay contradicción, ésta debería modificarse (considerando 74).

73. Algunas sentencias en que ha habido importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno a la relación de las normas internacionales de derechos humanos y el derecho chileno, y que van mostrando una evolución en la materia se encuentran las siguientes: rol nro. 46, de 21 de diciembre de 1987; rol nro. 346, de 8 de abril de 2002; rol nro. 309, de 4 de agosto de 2000; rol nro. 481, de 4 de julio de 2006; rol nro. 572, de 31 de enero de 2007; rol nro. 519, de fecha 5 de junio de 2007; rol nro. 786, de 13 de junio de 2007; rol nro. 728, de 3 de julio de 2007; rol nro. 634, de 9 de agosto de 2007; rol nro. 747, de 31 de agosto de 2007; rol nro. 807, de fecha 4 de octubre de 2007; rol nro. 740, de 18 de abril de 2008; rol nro. 1288, de 3 de julio de 2008; rol nro. 967, de 26 de junio de 2008; rol nro. 1710, de 6 de agosto de 2010. Véase Pena (2008).

Ahora bien, ciertamente una reforma a una ley que aún no cumple dos años en vigor es una apuesta ambiciosa. También lo sería pretender acá establecer cuál tendría que ser el contenido cierto de tales reformas. Creemos que de adoptarse la idea de reformar la conocida como «ley Zamudio» tendría que producirse un debate doctrinario y político de altura en torno a cuál sería el mejor marco normativo de que podríamos dotarnos.

No obstante esta prevención, nos parece sí que hay ciertas bases que deberían ineludiblemente ser consideradas en un eventual debate sobre una reforma a la Ley 20.609 si queremos que además nos acerque a cumplir los estándares internacionales, las cuales pasamos a exponer.

Por cierto, y antes de ello, un presupuesto de estas reformas sería, desde nuestro punto de vista, retomar el propósito original de una ley sobre estas materias, que vaya más allá del solo establecimiento de una acción procesal, sino que tenga por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona, lo que daría el marco necesario para introducir reformas de carácter más estructural, relacionadas, por ejemplo, con la institucionalidad, nada de lo cual se incorpora en la ley vigente, cambiando de paso su errado título ya que hemos visto que en verdad, no establece medidas contra la discriminación.

Ampliando los alcances de la noción de discriminación

Establecido este presupuesto, en primer lugar, y siendo evidente la distancia que existe entre la concepción de discriminación de nuestra ley y los últimos desarrollos internacionales sobre las formas que puede asumir, sobre la autonomía del propio «derecho a no ser discriminado» y sobre las categorías sospechosas que hoy se reconocen expresamente o por medio de la cláusula «*u otra condición*», una primera cuestión tendría que ser la modificación conceptual de la noción de discriminación arbitraria de la ley hacia una concepción ampliada en varios sentidos.

En esta modificación, por de pronto parece interesante evaluar la amplitud hacia la incorporación también de la idea de «preferencias» que puedan llegar a ser constitutivas de discriminación arbitraria; la inclusión de la expresión «*u otra condición social*» al cerrar el listado de categorías sospechosas (lo que no sería en verdad tan necesario si Chile ratificara las convenciones de la OEA

de 2013)⁷⁴; y optar por una consagración más clara de la autonomía que debe tener la no discriminación como derecho.

Como cuestión medular, resulta indispensable regular las formas de discriminación. En tal sentido, se propone la incorporación de la definición de lo que es una discriminación indirecta y de lo que es una discriminación múltiple o agravada —al tenor de las definiciones convencionales del sistema interamericano— pero también aquella que se caracteriza como estructural, sustantiva o de fondo, cuestión abordada por instancias internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a propósito de la discriminación en el goce y ejercicio de tales derechos, pero bien puede hacerse extensiva a otra clase de derechos y de la que nada dice la ley chilena.

Esta forma de discriminación sustantiva es la que se produce cuando ciertas personas pertenecen a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación, tratándose de categorías de personas que sufren así una injusticia histórica o son víctimas de prejuicios persistentes. En este tipo de situaciones los Estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir, re-

74. No comparto la opinión de alguna doctrina que se ha pronunciado por la necesidad de definir o dotar de contenido a todas o a algunas de las categorías sospechosas. En ese sentido, Vial se ha manifestado a favor de definir qué se entiende por discriminación por orientación sexual y por identidad de género, atendidos los desarrollos de estos conceptos en el derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, a través de los llamados «Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional a las cuestiones sobre orientación sexual e identidad de género» o el «Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y expresiones relevantes» elaborado en 2012 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Vial (2013) p.187-190. Disiento pues significaría atribuir en la misma ley una especie de diferencia entre esas categorías sospechosas y las demás, contribuyendo a una mala «sexualización» de la ley. Por lo demás, si bien algunas de las otras categorías pueden tener definición legal —como el estado civil en el artículo 304 del Código Civil— o una regulación en detalle como la filiación en los artículos 179 y siguientes del mismo código, se encuentran en otros cuerpos legales (lo que por cierto ocurriría con la identidad de género de aprobarse el proyecto en actual tramitación que toma el concepto de Yogyakarta y que puede consultarse en el Boletín 8.924-07). Además, no parece factible con otros conceptos que son discutibles en su contenido y alcances —como la apariencia personal, la situación socioeconómica o la enfermedad— y podría dar lugar a una rigidez de las facultades del juez frente a un alegato de falta de «justificación razonable» en causas en que se ejerza la acción de no discriminación arbitraria.

ducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto⁷⁵. Esta clase de discriminación que se produce en los hechos está muy ligada a lo que se pueden considerar «discriminaciones sistemáticas», en el sentido de que la periodicidad con que se ven afectados algunos grupos está arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad. Por ejemplo, cuando de manera directa o indirecta, el Estado desarrolla normas, políticas, prácticas o actitudes culturales, sea para el sector público o aún en el sector privado, que ponen en situación de desventaja comparativa a algunos grupos⁷⁶.

En buena medida, coincide con lo que algún autor nacional ha llamado «violaciones estructurales de derechos humanos», en el sentido de que es la organización del Estado la que permite y facilita las violaciones de derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población, como ocurre con los niños, migrantes, mujeres, indígenas, agregando que estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos protegidos. Sobre sus premisas, concluye en que frente a este tipo de violaciones los esfuerzos deben considerar tanto condiciones jurídicas y políticas, como también las culturales que hacen posible ese tipo de violaciones⁷⁷.

La incorporación de esta concepción de discriminación —más allá incluso de las ideas de discriminación indirecta y múltiple o agravada— daría el marco óptimo para avanzar también en materia de política pública e institucionalidad, tema ausente hoy.

Política pública, medidas afirmativas e institucionalidad

En efecto, el segundo punto que parece relevante es el que tiene que ver con la implementación de una política pública y de medidas o acciones afirmativas que han quedado de manera muy general referenciadas en el inciso 2.º del artículo 1, como bien ha puesto en evidencia el profesor Tomás Vial en nuestro medio. Sistematizando ha dicho que: primero, es una referencia que se aplica sólo a los órganos de la Administración del Estado:

75. Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 8.

76. Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 12.

77. NASH en MARTINIC Y TAPIA (2005).

dejando fuera de su alcance el funcionamiento interno de los demás órganos del Estado, como son el Poder Judicial, el Congreso o el Ministerio Público. Por cierto que este deber debiera ser adaptado a las particulares competencias de cada uno de ellos. Segundo, es una obligación en extremo genérica, que no precisa cómo se construirá esa política, quién participará en su elaboración, quién la revisará, etc. Tercero, carece de plazos de creación, implementación y revisión. Cuarto, el deber que se impone es el de asegurar el goce de los derechos, no el de eliminar las prácticas discriminatorias. Esto puede parecer un juego semántico, pero no lo es puesto que el objetivo, ya extraordinariamente amplio, de asegurar los derechos no permite reconocer en forma concreta el problema que presenta la discriminación, en particular cuando esta es de una naturaleza estructural⁷⁸.

De esta manera y si además miramos los estándares internacionales en la materia que ha sentado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestra normativa es del todo insuficiente. En efecto, ha dicho la Corte que los Estados debe organizar todo el aparato gubernamental y estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público⁷⁹. No basta entonces con una disposición normativa como la nuestra que, en los hechos, está siendo una disposición más bien programática.

Por cierto, mejorar en esta parte la ley colisiona con el propósito reducido con que ésta nació —lejano por cierto a una idea de contar con una nueva concepción de igualdad en el texto constitucional que nos rija y una doctrina y jurisprudencia elaborada sobre derecho antidiscriminatorio— y va así de la mano con el presupuesto comentado arriba, en orden a ir más allá del sólo establecimiento de una acción judicial.

En directa relación con este aspecto, la ausencia de una nueva instituciona-

78. VIAL (2013) p. 184.

79. Velásquez Rodríguez con Honduras (1988) párrafo 166. «La obligación de garantizar los derechos «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».

lidad o la designación de la vigente para que se haga cargo de la implementación de este deber estatal aparecen como cuestión necesaria de abordar. Frente a ello, dos surgen como las opciones posibles: la creación de un nuevo órgano o la entrega de facultades suficientes a alguno de los existentes.

En nuestro medio, los profesores Alberto Coddou y Tomás Vial han aportado un interesante trabajo que releva los estándares y criterios internacionales que son aplicables a institucionales antidiscriminación. Como estándares internacionales nos recuerdan la existencia de los llamados Principios de París, acordados en 1991 y adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993 que serían el reflejo de la codificación del trabajo de años en esta materia y que, en general, son aplicados por los países que cuentan con alguna institucionalidad de igualdad o discriminación. A partir de ellos y de experiencias comparadas anglosajonas indican como atribuciones que debería tener esta institucionalidad: independencia y pluralidad; autonomía presupuestaria; capacidad de generar estudios; y facultades para procesar y recibir denuncias, efectuar investigaciones, realizar denuncias y acciones judiciales, y proponer políticas, planes de acción y medidas legislativas⁸⁰. Dentro de ellas nos parece que hay que dar un lugar destacado a la labor de asegurar la armonización de las legislaciones y prácticas internas con los instrumentos internacionales para lograr así su implementación efectiva como destacan los principios citados⁸¹.

Compartimos con ellos que en nuestro medio las opciones se reconducen a dos posibilidades: crear un nuevo órgano con competencias específicas, u otorgar atribuciones al ya existente Instituto Nacional de Derechos Humanos, creado por la Ley 20.405⁸², descartando la posible futura Subsecretaría de De-

80. CODDOU Y VIAL (2013) p. 224-230.

81. Principios de París relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, A.3.b.

82. El Instituto Nacional de Derechos Humanos fue concebido como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, vinculada institucionalmente con la Presidencia de la República a través del Ministerio de Justicia y cuya creación se reflejó en la Ley 20.405, promulgada el 24 de noviembre de 2009. Su objetivo es la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. En su organización interna se regirá por las disposiciones de la ley que lo crea y lo que señalen sus estatutos. La creación del

rechos Humanos⁸³ por la falta de independencia que está llamada a tener, aun cuando puede ser un aporte para avanzar en la materia⁸⁴.

Derogación de la prevalencia injustificada de algunos derechos por sobre otros

Finalmente, un tercer aspecto de reforma es más bien radical. Supone la opción por la derogación de la norma que establece a priori una posibilidad de solución a colisiones que se puedan producir entre la no discriminación y otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales.

La fórmula utilizada por la ley en el artículo 2 le entrega una prevalencia injustificada a ciertos derechos contrastando con lo que ha sido el método que hoy mayoritariamente defiende la doctrina especializada y alguna jurisprudencia para resolver las colisiones y que tiene que ver con la aplicación del

mismo tuvo como antecedente lo que había sido hasta la fecha el trabajo a favor de la memoria histórica en Chile a través de distintas comisiones. En efecto, ya en el Informe Rettig de 1991 se concebía su creación con la idea de ir generando una cultura respetuosa de los derechos humanos en el país. Las funciones del Instituto están desarrolladas principalmente en el artículo 3 de la ley que lo crea y entre ellas merece destacarse la elaboración de un informe anual sobre sus actividades, la situación nacional de los derechos humanos y hacer recomendaciones para su debido resguardo y respeto, el cual debe ser presentado al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema, pudiendo enviarlo adicionalmente a la ONU, a la OEA y a organismos de defensa de derechos humanos.

En cuanto a su organización hay que decir que está dirigido por un Consejo, integrado por dos consejeros designados por el Presidente de la República, que deben provenir de distintas regiones del país, dos consejeros elegidos por los 4/7 de los senadores en ejercicio, dos consejeros elegidos por los 4/7 de los diputados en ejercicio, un consejero designado por los decanos de las facultades de derecho de las universidades del Consejo de Rectores y de las universidades autónomas, y cuatro consejeros elegidos por instituciones de defensa de los derechos humanos. Estos miembros, que deben ser personas de reconocida trayectoria en el ámbito de los derechos humanos y son nombrados por seis años, eligen entre ellos y por mayoría absoluta un director (a) que lo será también del Instituto. Además, el INDH cuenta según su normativa con un Consejo Consultivo que aspira a ser la voz de la sociedad civil y el mundo académico que sirva para asesorar en los temas relevantes en materia de derechos humanos.

83. Boletín 8207-07.

84. CODDOU Y VIAL (2013) p. 231-233.

principio de proporcionalidad como metodología de adjudicación por medio de los criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad, el cual tiene un origen en el derecho alemán, pero que ha migrado a otros derechos nacionales por acción fundamentalmente de tribunales constitucionales y también al derecho internacional, incluido el sistema interamericano que nos rige⁸⁵.

Escapando a nuestro conocimiento los resultados prácticos de la aplicación de este principio en sede jurisdiccional constitucional chilena, compartimos sí con Álvarez la definición que proporciona Aharon Barak cuando indica que en sentido amplio la proporcionalidad es el conjunto de reglas que determinan las condiciones necesarias y suficientes (exigidas por la democracia y el Estado de derecho), para que la limitación por ley de un derecho constitucionalmente protegido pueda ser considerada admisible. Así, agrega la autora, el principal objetivo de la proporcionalidad es evaluar acciones estatales que tienen por objeto limitar un derecho constitucional, y para juzgar si el límite se encuentra justificado de acuerdo a parámetros previamente definidos. En la mayor parte de los ordenamientos examinados, el umbral justificatorio dice relación con una teoría democrática substantiva y el modo en que se resuelve la tensión entre democracia (modelo en que las decisiones son adoptadas por mayorías absolutas) y constitucionalismo (que establece parámetros de convivencia política y protege derechos y garantías fundamentales sobre bases supramayoritarias)⁸⁶.

En síntesis, el objetivo que ha pretendido este trabajo es exponer el contenido de la Ley 20.609, de una forma crítica, mirando fundamentalmente para ello los avances que el derecho internacional de los derechos humanos entrega a nuestro país a casi dos años de aprobada esta ley y, a partir de ello, dejar planteados algunos de los temas en que estimamos debe pensarse en reforma.

Si bien es evidente que las situaciones de humillación, falta de reconocimiento de derechos y exclusión que configuran en los hechos la discriminación que muchas personas viven día a día no se van a solucionar mágicamente con una reforma legal —en buena medida porque en muchos casos se insertan a su vez en una discriminación estructural a ciertos grupos—, no es menos cierto que contar con mejores herramientas legales internas es un avance positivo, más aún cuando se ve lejos el día que las convenciones de la OEA entren en vigor en Chile.

85. ARNOLD Y OTROS (2012).

86. ÁLVEZ (2013).

Sugerimos entonces que se pongan las mismas ganas que en otras áreas en que el país ha avanzado con sendos cuerpos legislativos y se ha dotado de una institucionalidad —como en materia de probidad y transparencia o en ciertas regulaciones de temas económicos y relacionados a los derechos de los consumidores—, a fin de mejorar nuestro derecho antidiscriminatorio.

Ello debe hacerse en todo caso de forma compartida con los avances necesarios en educación que ayuden a que se terminen la perpetuación de concepciones estereotipadas de la pobreza, de la enfermedad o de la sexualidad, por ejemplo, en las que se anidan muchas discriminaciones.

Referencias

- ALDUNATE, Eduardo. *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. En *Revista Ius Et Praxis*, Año 16, Nº 2, 2010. Talca: Universidad de Talca, 2010. p. 185-210.
- ALVEAR, Julio y COVARRUBIAS, Ignacio. *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación «antidiscriminación» (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)*. En *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, Nº 26, julio 2012. Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo, 2012. p. 9-30.
- ÁLVEZ, Amaya. *La migración del análisis de proporcionalidad a Chile: matriz analítica o simplemente un culto en la dogmática de los derechos fundamentales*. En Nogueira, Humberto (Ed.). *Diálogo Judicial Multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2013. p. 255-306.
- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 1, pp.65-116, 2012. Talca: Centro de Estudios Constitucionales, 2012. p. 65-116.
- BARRERE, María. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas, 1997. 123 p.
- BULNES, Luz. *Ley de cuotas ¿por qué?* En *Diario Constitucional*, 29 de diciembre de 2011. [En Línea]. Disponible en: <<http://diarioconstitucional.cl/>>

- mostrararticulo.php?id=109&idautor=70>. [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2014].
- CARMONA, Encarnación. *La prohibición de Discriminación (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)*. En García, Javier y Santolaya, Pablo (Ed.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- CODDOU, Alberto y VIAL, Tomás. *Estándares y criterios para la creación de un órgano antidiscriminación en Chile: Desafíos pendientes y opciones institucionales*. En *Anuario de Derecho Público*, N° 1, 2013. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2013. p. 216-233.
- CONTESE, Jorge y LOVERA, Domingo. *Dudas sobre la efectividad de la nueva ley antidiscriminación*. En *Ciper*, 13 de julio de 2012. [en línea]. Disponible en <<http://ciperchile.cl/2012/07/13/dudas-sobre-la-efectividad-de-la-nueva-ley-antidiscriminacion/>>. [Fecha de Consulta: 1 de marzo de 2014].
- CORRAL, Hernán. *Ataque a joven homosexual: ¿es necesaria la ley anti-discriminación?* En *Diario Constitucional*, 11 de marzo de 2012. [en línea] Disponible en: <<http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=134&idautor=95>>. [Fecha de consulta: 1 de marzo de 2014].
- COUSO, Javier. *Acerca de la pertinencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile*. En *Derecho Público Iberoamericano*, N° 1, octubre de 2012. Santiago: Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2012. p. 193-199.
- DÍAZ, Iván. *Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2, 2013. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013. p. 635-668.
- DÍAZ DE VALDÉS, J. M. *¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?* En *Revista Actualidad Jurídica*, N° 28, Julio 2013. Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo, 2013.
- DÍAZ DE VALDÉS, J. M. *Primera sentencia Ley Antidiscriminación: Zapata y De la fuente con Sociedad Comercial Marín Limitada*. En *Derecho Público Iberoamericano*, Año II, N° 3, octubre de 2013. Santiago: Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2013. p. 239-252.
- DULITZKY, Ariel. *El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*. En *Anuario de Derechos Humanos*,

- Nº 3, Junio 2007. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2007. p. 15-32.
- ESPEJO, Nicolás y Leiva, Carla. *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Enero de 1984-Febrero de 2012)*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2012. 690 p.
- GAUCHÉ, Ximena. *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Alemania: Editorial Académica Española, 2011. 628 p.
- Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2013.
- NASH, Claudio. *La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?* En Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (Ed.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación*, Tomo II. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2005. 1179 p.
- PEÑA, Marisol. *La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno*. En *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 1, 2008. Talca: Centro de Estudios Constitucionales, 2008. p. 205-222.
- REY, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1995. 138 p.
- SALINERO, Sebastián. La nueva agravante penal de discriminación. Los «delitos de odio». En *Revista de Derecho*, XLI, 2º Semestre, 2013. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013. p. 263-308.
- SHELTON, Dinah. *Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 4, junio 2008. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2008.
- TORTORA, Hugo. *Proyecto de ley antidiscriminación: algunas ideas importantes*. En *Diario Constitucional*, 7 de abril de 2012. [en línea]. Disponible en: <<http://diarioconstitucional.cl/mostrartitulo.php?id=153&idautor=115>>. [Fecha de consulta: 1 de marzo de 2014].
- VERBAL, Valentina. *Ley Antidiscriminación: ¿Sirve para algo?* En *El Mostrador*, 29 de marzo de 2012. [En línea]. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2012/03/29/ley-antidiscriminacion-%C2%BFsirve-para-algo/>>. [Fecha de consulta: 1 de marzo de 2014].
- VIAL, Tomás. *La nueva ley Anti discriminación: propuestas para avanzar en su*

- perfeccionamiento*. En *Anuario de Derechos Humanos*, N° 9, 2013. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2013. p. 183-191.
- VIERDAG, E. W. *The concept of Discrimination in International Law. With special reference to human rights*. Martinus Nijhoff, The Hague, 1973. 176 p.
- ZÚÑIGA, Alejandra. *Leyes de cuota electorales ¡ahora!*; En *Diario Constitucional*, 3 de noviembre de 2011. [en línea]. Disponible en: <<http://diarioconstitucional.cl/mostrartitulo.php?id=77&idautor=76>>. [Fecha de consulta: 1 de marzo de 2014].
- ZÚÑIGA, Alejandra. *Se prohíbe discriminar, salvo que... ¿Está justificada la letra chica del proyecto?* En *Diario Constitucional*, 23 de noviembre de 2011. [En línea]. Disponible en: <<http://diarioconstitucional.cl/mostrartitulo.php?id=87&idautor=76>>. [Fecha de consulta: 1 de marzo de 2014].
- ZÚÑIGA, Alejandra, AGUILERA, Daniela y VÁSQUEZ, Andrea. *Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile*. En *Revista de Derecho*, volumen XX, N° 2, diciembre 2007. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 9-30.