



Chile necesita una Ley efectiva contra la discriminación

Comentarios de Corporación Humanas y el Observatorio Parlamentario frente al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, en tercer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados
(Boletín N° 3815-07)

ANTECEDENTES: PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

Chile requiere disponer de una legislación sobre discriminación, que prohíba clara y categóricamente toda forma de discriminación en contra de cualquier persona, en consonancia con el principio constitucional de igualdad de derechos (Bases de la Institucionalidad, Art. 1º) y la garantía constitucional de igualdad ante la ley (De los derechos y deberes constitucionales, Art. 19); y que asegure el pleno respeto a dicha igualdad de derechos por parte de todos los actores públicos y privados. Todos los órganos del Estado deben estar obligados al desarrollo de acciones preventivas, así como al diseño e implementación de instituciones y políticas públicas que materialicen tal igualdad; y se deben implementar, al menos, dos herramientas fundamentales del accionar estatal para enfrentar la discriminación existente en el país: las medidas de acción afirmativa y mecanismos judiciales expeditos, idóneos, efectivos y oportunos para detener la discriminación y sancionar a los responsables.

Ello por cuanto, la Constitución Política chilena dispone que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” (Art. 1º) y se asegura a “*todas las personas: ... la igualdad ante la ley*” y “*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*” (Art. 19 N° 2 y N° 3). La protección constitucional al derecho a la igualdad no se limita a su reconocimiento en la Carta fundamental; por el contrario, ésta se amplía mediante la incorporación de los estándares internacionales sobre la materia. Así, la Constitución reconoce “*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” y declara que “*es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (Art. 5º inc. 2).

Los principios de igualdad y de no discriminación constituyen la base en torno a la cual se estructura el derecho internacional de los derechos humanos, así como gran parte de los sistemas jurídicos nacionales. El Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención americana de derechos humanos; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre derechos de niño; el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; entre otros tratados internacionales vigentes en Chile, prohíben expresamente la discriminación en el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de todas las personas.

No obstante, en Chile no existe una consagración expresa y vinculante en torno a la prohibición de la discriminación, que desarrolle el enunciado sobre igualdad contenido en la Constitución Política. Tampoco se han establecido mecanismos institucionales ni judiciales específicos que sean efectivos en la prevención de la discriminación y permitan enfrentarla cuando es cometida. Dado que en el país la discriminación es de cotidiana ocurrencia, estas falencias institucionales derivan en la desprotección de los derechos de las personas, especialmente de mujeres, niños/as, personas con diversa orientación sexual o de género, con discapacidad, indígenas o migrantes, entre otras.

Precisamente, la carencia de una legislación integral sobre medidas contra la discriminación es una de las deudas que el Estado de Chile mantiene en materia de protección de los derechos de las personas y que diversos organismos internacionales le han reprochado, recomendándole su pronta adopción.

Ante el **Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas** en el marco del Examen Periódico Universal rendido por el Estado de Chile en 2009, éste se comprometió a:

Chile examinó las recomendaciones formuladas durante el dialogo interactivo y dio su apoyo a las que figuran a continuación: ...

19. Adoptar nuevas medidas para hacer frente a la discriminación contra la mujer y los miembros de grupos vulnerables, incluidos los niños, las minorías y los indígenas (Reino Unido), e intensificar los esfuerzos en pos del pleno respeto de sus derechos y su protección contra las prácticas discriminatorias (Italia);

20. Velar en mayor medida por la aplicación de la legislación que garantiza los principios de no discriminación y adoptar una estrategia integral para eliminar todas las formas de discriminación, en particular la discriminación por motivos de género (Ucrania); revisar y, si es necesario, modificar la

legislación para garantizar a todos el derecho a no ser discriminados y, en particular, a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer (México);

27. Reforzar las medidas contra las actitudes discriminatorias en la sociedad, por ejemplo iniciativas de educación pública y de igualdad y medidas legislativas para prevenir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (Nueva Zelandia);

28. Prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas de igualdad (Suecia) y utilizar los Principios de Yogyakarta como guía en la formulación de políticas (Países Bajos)¹.

En tanto, el **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial** recomendó, en agosto de 2009, la pronta aprobación de la ley que establece medidas contra la discriminación:

El Comité observa con preocupación que, como lo señala el Estado parte, en los últimos tiempos se han protagonizado en Chile episodios de discriminación y actos violentos en contra de indígenas y migrantes, entre otros, por parte de “grupos totalitarios”. Al Comité le preocupa que los delitos de racismo y discriminación no se encuentre tipificados penalmente en el ordenamiento jurídico interno (Artículo 4).

El Comité recomienda al Estado parte: a) acelerar esfuerzos para adoptar el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación y que penaliza actos discriminatorios; b) intensificar sus esfuerzos para prevenir y combatir la xenofobia y los prejuicios raciales entre los diferentes grupos de la sociedad, así como para promover la tolerancia entre todos los grupos étnicos; c) presentar en su próximo informe periódico mayor información sobre las investigaciones, los procesamientos y las condenas relacionados con delitos de motivación racista, así como sobre las reparaciones obtenidas por las víctimas de tales actos².

A ello cabe agregar el compromiso del **Presidente de la República** enunciado en el Programa de Gobierno en orden a “*Promover una política de respeto por todas las personas, independiente de su orientación religiosa, política, sexual u origen étnico o racial, velando porque no existan discriminaciones arbitrarias contra las minorías*”³.

¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Examen Periódico Universal Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile, 12º período de sesiones, 4 de junio de 2009, A/HRC/12/10, párrafo 96 numerales 19, 20, 27 y 28

² COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CHile, 75º período de sesiones, 13 de agosto de 2009, CERD/C/CHL/CO/15-18, párrafo 18.

³ Programa de Gobierno para el Cambio el Futuro y la Esperanza Chile 2010-2014, Sebastián Piñera, Coalición Por el Cambio, pág. 151.

Hasta la fecha, el compromiso presidencial, el conjunto de obligaciones asumidas soberanamente por el Estado de Chile y las recomendaciones formuladas por organismos internacionales permanecen pendientes de cumplimiento.

De allí la importancia de acelerar la discusión legislativa sobre el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, en tercer trámite constitucional -que se debate desde hace casi siete años-; y revisar sus contenidos a fin de contar prontamente con una legislación eficaz para la prevención, sanción, erradicación y reparación de la discriminación, en cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile sobre protección, respeto, garantía y promoción de los derechos humanos.

PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Corporación Humanas y el Observatorio Parlamentario –desde su constitución en enero de 2006- apoyan decididamente la dictación de una normativa sobre discriminación que materialice los principios de igualdad y no discriminación en que se basa la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes en el país y gran parte de la legislación comparada. Así se ha expresado en las diversas presentaciones realizadas durante su discusión en el Senado, especialmente ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en minutas legislativas, propuestas de indicaciones y en las publicaciones periódicas del Observatorio Parlamentario.

Sin embargo, se advierten un conjunto de problemas en los contenidos del proyecto aprobado en segundo trámite constitucional por el Senado, que de no ser corregidos por esta Cámara de Diputados impedirán calificar la iniciativa como una adecuada y efectiva respuesta estatal para enfrentar la discriminación, tal como se requiere a la luz de las múltiples obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha asumido en materia de igualdad y no discriminación.

1. OBJETO DE LA LEY

La adecuada definición del objeto de la ley que establece medidas contra la discriminación resulta fundamental para la correcta interpretación y aplicación de la normativa, por parte de actores públicos y privados. Éste debe incorporar los estándares internacionales aplicables, asegurando que la presente esta ley dé cumplimiento al mandato constitucional de respetar y promover los derechos humanos (Art. 5º inc. 2 CPR).

Por ello, no resulta aceptable la propuesta del Senado en orden a limitar el alcance de la presente ley a su mínima expresión:

“Propósito de la ley. La presente ley tiene por objeto fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita reestablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria” (Art. 1º proyecto aprobado por Senado)⁴.

Toda normativa sobre discriminación debe considerar entre sus pilares un mecanismo judicial expedito, idóneo, efectivo y oportuno para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas, y sancionar a los responsables de la discriminación (aun con una mínima sanción como es la multa). Pero esto no puede significar que la UNICA RESPUESTA ESTATAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN SEA LA VIA JUDICIAL. Ello resulta totalmente insuficiente si el Estado no adopta el conjunto de medidas requeridas para prevenir, sancionar, erradicar y reparar la discriminación.

Debe **RECHAZARSE** la modificación propuesta por el Senado al Artículo 1º, puesto que restringir el objeto de la ley únicamente a un mecanismo judicial determinará una limitada efectividad de la normativa para enfrentar la discriminación, impidiendo incluso que ésta pueda conservar el título de “medidas contra la discriminación” en tanto sólo abordaría un recurso judicial especial al respecto.

Para garantizar los principios de igualdad y no discriminación se requiere una definición clara de que el objeto de la ley es la PREVENCIÓN, SANCIÓN, ELIMINACIÓN Y REPARACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN.

2. OBLIGACIONES DEL ESTADO

Asimismo, resulta imprescindible en una normativa sobre discriminación señalar clara y expresamente las obligaciones que corresponden a los órganos del Estado en orden a prevenir, sancionar, eliminar y reparar la discriminación, de modo de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución Política y los tratados internacionales vigentes.

Durante la larga tramitación legislativa que ha tenido este proyecto se ha mantenido una disposición referida a las obligaciones de los órganos del Estado:

“Corresponde al Estado elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias para garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades” (Art. 2º inciso 1º proyecto aprobado por Cámara de Diputados)

⁴ Texto que Senado propone en reemplazo de lo aprobado por la Cámara de Diputados: *“Artículo 1º.- Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar toda discriminación arbitraria que se ejerza contra cualquier persona que suprima o menoscabe los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales en que Chile sea parte”.*

En diversas presentaciones y minutas ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara Alta, Corporación Humanas y el Observatorio Parlamentario destacaron la importancia de una disposición que establezca las obligaciones de los órganos del Estado, advirtiendo, eso sí, que las diversas redacciones propuestas al texto del Artículo 2º en lugar de asegurar la efectividad de la iniciativa, pudieran limitarla. Sin embargo, la Cámara Alta propone eliminar del todo dicha norma.

La supresión del Artículo 2º debe ser **RECHAZADA** por la Cámara de Diputados por cuanto omitir señalar las obligaciones de los órganos del Estado constituye una abdicación de lo dispuesto por la Constitución Política en las Bases de la Institucionalidad: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (Art. 5º inciso 2); y un desconocimiento flagrante a las obligaciones establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente en lo referido a los deberes del Estado.

Al respecto, la **Convención americana sobre derechos humanos** (Pacto de San José), que es vinculante para todos los poderes del Estado, como el Poder Legislativo; señala:

*Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a **respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las **medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.** (énfasis añadido)*

Resulta fundamental mantener en el proyecto una norma sobre obligaciones del Estado acorde a los estándares internacionales, explicitando que dichas obligaciones competen a todos los órganos del Estado, en consonancia con el mandato constitucional:

Propuesta de Artículo 2º inciso 1º. “Corresponde a cada uno de los órganos del Estado elaborar e implementar las políticas y arbitrar las acciones necesarias para respetar, garantizar, promover y proteger a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales”

3. MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA

En tercer lugar, consustancial a una legislación sobre discriminación es instaurar los mecanismos que permitan enfrentarla, como las medidas de acción afirmativa. Se trata de distinciones o tratamientos diferenciados o preferenciales que, precisamente, los Estados adoptan para reducir o eliminar condiciones que obstaculizan el ejercicio de ciertos derechos a determinados sectores de la población. El derecho internacional de los derechos humanos dispone la procedencia de estas medidas y la jurisprudencia de los organismos internacionales ha sido enfática en su defensa. Asimismo, la legislación comparada avanza en el reconocimiento e implementación de acciones afirmativas.

El Mensaje presidencial presentado en marzo de 2005 establecía las medidas de acción afirmativa y la Cámara de Diputados las aprobó en su oportunidad, mejorando sustantivamente la redacción inicial:

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

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

Asimismo, el contenido de las medidas que el Estado adopte en este sentido, deberá estar relacionado directamente con las personas o grupo de personas que se encuentren en una posición de desventaja con respecto al resto de la población, y destinado específicamente a superar dicha determinada desventaja” (Art. 2º incisos 2, 3 y 4 proyecto aprobado por Cámara de Diputados).

Sin embargo, el Senado propone a esta Cámara la supresión total de las disposiciones referidas a medidas de acción afirmativa, lo que debe ser **RECHAZADO**.

El derecho internacional de los derechos humanos, así como parte de la legislación comparada⁵, no sólo admite sino que alienta la adopción de medidas de acción afirmativa a fin de corregir determinadas situaciones de

⁵ De hecho, algunos países de la región han incorporado con rango constitucional el mandato de adoptar medidas afirmativas. Al respecto se pueden mencionar algunos ejemplos relevantes: Argentina, Colombia y Ecuador. La Constitución de la Nación Argentina incorpora este deber en su artículo 75 señalando entre las atribuciones del Congreso Nacional: “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*” (Art. 75 N° 23). Por su parte, la Constitución Política de la República de Colombia dispone que “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*” (Art. 13 inciso 2). En tanto, la Constitución de la República del Ecuador establece que “*Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género,*

hecho que son contrarias al principio de igualdad. Principio que la Constitución Política de la República de Chile, no está de más reiterarlo, enuncia como una de las Bases de la Institucionalidad y protege a lo largo de sus disposiciones, según se ha indicado.

Al menos cuatro tratados internacionales vigentes en Chile señalan expresamente la procedencia de las medidas o acciones afirmativas, por lo que constituye una obligación para los órganos del Estado.

En primer lugar, la **Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial** dispone que:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron (Art. 1.4).

La **Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, en tanto, señala que:

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato (Art. 4º)

Asimismo, la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** se refiere a ello, disponiendo que:

A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad (Art. 5.3 y 5.4).

identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Art. 11 N° 2).*

Por último, el **Convenio 169° de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes**, establece expresamente que:

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida. (Art.2)

Agregándose que:

Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. (Art.4.1)

Además del tratamiento internacional específico frente a ciertas clases de discriminación especialmente graves -como la discriminación racial, la discriminación de género y la discriminación contra personas con discapacidad-, se ha abordado la importancia de adoptar medidas de acción afirmativa en general. Por ello, el **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas** –que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados- en la Observación General N° 18 sobre No discriminación dispone que:

*El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar **disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto.** Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un **cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población.** Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la*

discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto⁶ (énfasis añadido).

Esta cuestión ha sido latamente recogida por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Así, la Corte Suprema ha señalado que no es posible considerar como inconstitucional una norma establecida con el propósito de dar *“protección [a] cierta categoría de personas para resguardar su debilidad social, cultural y económica frente a otros estamentos de la sociedad chilena que no se encuentran en las mismas condiciones, como lo son los indígenas del país”⁷.*

La procedencia de medidas de acción afirmativa, además de ser un tema zanjado favorablemente a nivel internacional y nacional, es imprescindible para la consecución de los objetivos propios de una ley contra la discriminación por cuanto éstas se orientan, precisamente, a asegurar que las personas puedan ejercer sus derechos. De allí que sea inaceptable la propuesta del Senado en orden a eliminar del proyecto las disposiciones pertinentes.

Excluir las medidas de acción afirmativa no solo atenta contra los estándares internacionales que ilustran la materia, sino que incide negativamente en la aplicabilidad práctica de la legislación que se apruebe. No es concebible una normativa sobre discriminación que no contemple entre sus disposiciones clara referencia a las medidas de acción afirmativa, pues se trata de una herramienta fundamental para enfrentar la discriminación existente y avanzar en su corrección.

Se debe reponer en el texto del proyecto la procedencia de las medidas de acción afirmativa que permitan corregir situaciones de discriminación a fin de garantizar el igualitario ejercicio de los derechos humanos por todas las personas.

4. CONCEPTUALIZACIÓN DE DISCRIMINACIÓN: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR EN BASE AL SEXO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Uno de los aportes más sustantivos que el Senado ha realizado al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación está dado por la conceptualización de la misma incorporando como categorías de discriminación prohibida, en conformidad a los instrumentos internacionales, la orientación sexual y la identidad de género.

Se trata de un avance de la mayor relevancia por cuanto permitirá contar en el país con una herramienta legal en defensa de la igualdad en dignidad y derechos que la Constitución consagra a todas las personas.

⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37° período de sesiones, 10 de noviembre de 1989, HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, párrafo 10.

⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC (1993), N° 2 (Mayo-Agosto), Sección 5, sentencia CORTE SUPREMA, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, Rol N° 17058 (Juzgado de Letras de Angol), considerando 5°.

En conformidad a los *Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*⁸:

*La **orientación sexual** se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*

*La **identidad de género** se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*

Se trata de conceptos indiscutiblemente reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. De ello dan cuenta un amplio conjunto de instrumentos internacionales orientados a garantizar la igualdad de dignidad y derechos de todas las personas y enfrentar las gravísimas violaciones a los derechos humanos y la discriminación basadas en la orientación sexual o la identidad de género.

En la **Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género de Naciones Unidas** (2008), los 66 Estados firmantes –incluyendo a Chile- reafirmaron “*el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género*” y expresaron su preocupación por “*la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos*”, por lo que condenaron las “*violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar*”⁹.

En tanto, la **Resolución Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género** (2008) adoptada por la **Asamblea General de la Organización de Estados Americanos** expresa la preocupación de los miembros de la

⁸ Los *Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, fueron elaborados en 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por una comisión de 29 expertos en derechos humanos y derecho internacional a solicitud del ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; en marzo de 2007 fueron presentados al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y posteriormente ratificados por la Comisión Internacional de Juristas.

⁹ NACIONES UNIDAS, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 63º período de sesiones, 22 de diciembre de 2008, A/63/65, párrafos 3, 5 y 6.

OEA “*por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género*”¹⁰.

Mediante la **Resolución Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género** adoptada por la Asamblea General de la OEA en 2009, los Estados condenan “*los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género*” e instan a los Estados a “*asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia*”, entre otras medidas¹¹.

Dichas medidas fueron reafirmadas en 2010, mediante la **Resolución Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género** de la OEA, en que además, se alienta a “*los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad*”, así como a considerar “*medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género*”¹².

En tanto, en junio de 2011 una serie de medidas fueron adoptadas por los Estados miembros de la OEA en la más reciente **Resolución Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género**: destacando la condena frente a “*la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*” y el llamado a los Estados “*a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación*” y la “*adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género*”¹³.

Por otra parte, en junio de 2011 el **Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas** adoptó una **Resolución sobre Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género** que contó con el voto favorable de Chile. En ésta, el Consejo de Derechos Humanos expresa su “*preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género*” y solicita a la Alta Comisionada que encargue un estudio “*a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las regiones del mundo, y la forma en que la normativa internacional de derechos*

¹⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 3 de junio de 2008, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

¹¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 4 de junio de 2009, AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09).

¹² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 8 de junio de 2010, AG/RES. 2600 (XL-O/10).

¹³ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 7 de junio de 2011, AG/RES. 2653 (XLI-O/11).

*humanos puede aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género*¹⁴.

Por último, en la reciente sentencia de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en el caso Atala Riffo y niñas contra el Estado de Chile *“la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”*¹⁵.

Dado que la orientación sexual y la identidad de género son causales prohibidas de discriminación, se celebra la decisión del Senado de incorporarlas en la definición de discriminación contenida en el proyecto de ley, correspondiéndole a la Cámara de Diputados **ACEPTARLA**.

Sin perjuicio de ello, cabe reiterar lo expresado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara Alta en orden a que debe mantenerse como causal prohibida de discriminación, la causal residual **“cualquier otra condición”** en conformidad a las cláusulas de no discriminación contenidas en los tratados internacionales vigentes en el país.

5. IMPROCEDENCIA PRECISIONES RESPECTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL (Art. 2 inc. 2)

Incorpora el texto aprobado por el Senado una disposición absolutamente improcedente que debe ser **RECHAZADA** por la Cámara de Diputados.

“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” (Art. 2º inciso 2 proyecto aprobado por Senado).

El texto del Artículo 2 inciso 2 se introdujo por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en el Informe Complementario que la Sala de la Cámara Alta le encomendara el 5 de julio de 2011.

¹⁴ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 17º período de sesiones, 15 de junio de 2011, A/HRC/17/L.9/Rev.1.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso 12.502, Karen Atala e hijas”, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas; Párrafo 91.

No obstante, tal propuesta no se comparte en lo absoluto por cuanto en nada se relaciona la prohibición de discriminación que el presente proyecto apunta a consagrar en la normativa nacional, con la responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos en contra de la integridad sexual. Es bien claro a la luz de la extensa tramitación legislativa de la presente propuesta que en ningún momento se ha buscado alterar o modificar en modo alguno dicha responsabilidad penal.

Además, y lo que es aun más grave, la normativa sobre discriminación – y ninguna otra- no puede establecer alguna vinculación o siquiera insinuar que es posible relacionar o explicar graves crímenes en contra de menores de edad por la orientación sexual de su autor. Por el contrario, el derecho internacional y la legislación comparada avanzan progresivamente en el reconocimiento a la dignidad y los derechos de las personas, enfatizando la protección especial que los Estados deben asegurar frente a las violaciones a los derechos humanos y la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

6. IMPROCEDENCIA DE LA PRIMACIA DE ALGUNAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL PRINCIPIO Y GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD DE DERECHOS (Art. 2 inc. 3)

Igualmente debe ser **RECHAZADA** la norma que el Senado pretende incorporar a fin de resguardar un conjunto de garantías constitucionales por sobre el principio de igualdad de derechos consagrado en la Constitución.

“Se considerarán siempre 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” (Art. 2° inciso 3 proyecto aprobado por Senado).

Carece de sentido que la legislación que busca materializar el principio de igualdad consagrado en el Art. 1° de la Constitución Política y la respectiva garantía constitucional de igualdad ante la ley establecida en el Art. 19 N° 2, establezca a priori que una serie de derechos constitucionales justifican “*siempre*”, es decir, en toda circunstancia, la discriminación que pueda ser ejercida o cometida por actores públicos o privados aun basándose en alguna de las categorías de discriminación prohibidas.

El derecho internacional de los derechos humanos dispone que éstos son universales, indivisibles e interdependientes –entre otras características- por lo que no cabe resguardar unos en desmedro de otros. Asimismo, la Constitución Política mandata a los órganos de Estado a respetar y promover los derechos humanos sin establecer ni admitir ninguna clase de preferencias o jerarquía de derechos.

Por ello, no es aceptable que el legislador vulnere estos principios y las disposiciones expresas de la carta fundamental, estableciendo de modo anticipado que pueden existir derechos o garantías constitucionales que autoricen “*distinciones, exclusiones o restricciones*” constitutivas de discriminación, es decir, que se faculte por

ley a actores públicos o privados a discriminar si ello se basa en el ejercicio de ciertos derechos constitucionales. Esta disposición convierte en letra muerta la garantía constitucional de igualdad ante la ley por lo que debe ser eliminada del proyecto.

7. AGRAVANTE DE RESPONSABILIDAD PENAL: INCORPORAR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO (Art. 17)

La adecuada conceptualización de discriminación adoptada por el Senado debe plasmarse en la agravante de responsabilidad penal que el proyecto contempla. En particular, debe considerarse que la comisión de delitos o su participación en ellos por motivos de discriminación prohibida, como la **orientación sexual** y la **identidad de género**, determina la agravación de la pena asignada a éstos.

8. IMPROCEDENCIA LIMITACIONES AL ALCANCE DE LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN (Art. 18)

También debe ser **RECHAZADA** la norma que pretende limitar los alcances de la presente ley

“Interpretación de esta ley. Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres artículos precedentes” (Art. 18 proyecto aprobado por el Senado).

Además de las disposiciones que el Senado pretende incorporar al texto del proyecto para minimizar al máximo las posibilidades de esta ley de constituir una herramienta eficaz para enfrentar la discriminación existente en el país, ya comentadas, se plantea finalizar el texto de la misma con una norma del todo innecesaria, inútil e inconsistente con los principios que rigen el ordenamiento jurídico nacional en materia de interpretación de la ley.

Camila Maturana Kesten

Programa de Seguimiento Legislativo de Corporación Humanas

Coordinadora del Observatorio Parlamentario

Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados

Abril de 2012