

**LA LEY
ANTIDISCRIMINACIÓN:
AVANCES E INSUFICIENCIAS
EN LA PROTECCIÓN
DE LA IGUALDAD Y
LA NO DISCRIMINACIÓN
EN CHILE***

* Alberto Coddou, Judith Schönsteiner y Tomás Vial

SÍNTESIS

La dictación de la Ley 20.609, Ley Antidiscriminación, fue fruto de un largo proceso legislativo de más de siete años, en el que el principal asunto contencioso fue el reconocimiento o no de las categorías de discriminación por orientación sexual e identidad de género, las que, tras una sostenida presión de las organizaciones de la diversidad sexual y otros actores, fueron finalmente incorporadas. Pero el centrarse en este aspecto de algún modo impidió al Congreso discutir e incorporar en la ley una serie de aspectos relativos a la prohibición de discriminación que son propios de las legislaciones antidiscriminación y que además son exigidos por las normas internacionales de derechos humanos a las que Chile está obligado. Este capítulo se propone analizar si la introducción de una acción antidiscriminación es un instrumento eficaz y suficiente para asegurar la igualdad y la no discriminación en Chile.

PALABRAS CLAVES: Igualdad, No discriminación, Discriminación directa e indirecta, Obligaciones positivas, Institucionalidad antidiscriminación.

INTRODUCCIÓN

La dictación de la Ley Antidiscriminación, Ley 20.609 (en adelante, LAD) en 2012 fue un importante, pero insuficiente, paso en la garantía de la igualdad y la no discriminación en nuestro país. En el presente capítulo damos cuenta de en qué medida ella cumple o no las obligaciones que Chile tiene desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Para tal efecto, la sección 1 revisa brevemente la historia de la ley y las principales discusiones que ella dio, la parte 2 establece el marco internacional de los derechos humanos relativos a la igualdad y la no discriminación aplicable a Chile, la sección 3 describe sintéticamente el contenido de la ley, y la 4 la analiza a la luz de las obligaciones internacionales de Chile, finalizando con conclusiones y recomendaciones.

1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN

La LAD fue introducida por mensaje presidencial bajo el gobierno de Ricardo Lagos en 2005 y aprobada, tras siete años de debate legislativo, en 2012. Como se ha señalado en otro texto,¹ la iniciativa original tenía un objetivo mucho más ambicioso que la ley finalmente aprobada. El mensaje del proyecto original de la LAD, formalmente denominada “Ley que establece medidas contra la discriminación”, declaraba, en su artículo 1º, el siguiente propósito: “las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona”. El artículo 1º finalmente aprobado sostiene un fin radicalmente distinto: “esta 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”. Esta diferencia muestra ya las insuficiencias de la ley que serán analizadas en este capítulo.

Durante la tramitación de la ley, la mayor parte de la discusión legislativa se enfocó en la determinación de las categorías prohibidas o sospechosas, aquellas que “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)”.² De hecho, tal como consigna el Balance al Poder Legislativo del Observatorio Parlamentario, gran parte de los siete años que duró la tramitación legislativa estuvieron centrados en la discusión de dos categorías sospechosas: “orientación sexual” e “identidad de género”.³ Ello explica que la tramitación legislativa solo se haya acelerado, lamentablemente, tras el brutal ataque al joven Daniel Zamudio (2 de marzo de 2012) y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que condenó a Chile por la discriminación arbitraria en contra de Karen Atala (24 de febrero de 2012). Recién con fecha 13 de marzo de 2012, el presidente Piñera asignó por primera vez urgencia legislativa para forzar el debate.

En menor medida, el debate legislativo dedicó tiempo al eventual establecimiento de un fundamento legal genérico para las acciones afirmativas y a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria.⁴ Con relación a las medidas de acción afirma-

1 Alberto Coddou y Tomás Vial, “Estándares y criterios para la creación de un órgano antidiscriminación en Chile: Desafíos pendientes y opciones institucionales”, en *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2013.

2 Ariel Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación: Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2007, p. 17.

3 Balance al Poder Legislativo 2012, Observatorio Parlamentario, p. 20.

4 En el informe de la Comisión Mixta (Senado-Cámara de Diputados), diversos representantes

tiva, cuyo fundamento legal estaba incluido en el mensaje original ingresado a tramitación por el gobierno del ex presidente Ricardo Lagos en 2005, cabe señalar lo siguiente: si bien fue aprobado sin mayor problema en el primer informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara y en la posterior discusión en sala (primer trámite constitucional), las cosas se complicaron en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, debido a una indicación presentada por el senador Jovino Novoa. De todos modos, el gobierno, a través de las declaraciones del jefe de la División de Estudios del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, don Claudio Olivo, señaló que tales medidas afirmativas “no están prohibidas y que los poderes públicos cuentan con las potestades para adoptarlas cuando lo estimen necesario, cosa que deberá ser analizada y debatida separadamente en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”.⁵ En otras palabras, sostuvo que no era conveniente establecer un fundamento legal pues resultaba innecesario, dado que los órganos públicos pueden establecer estas acciones “en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”. Posteriormente, en la discusión en sala, en el segundo trámite constitucional, solo las senadoras Allende y Rincón levantaron la voz de alerta: esta ley no podía reducirse al establecimiento de una acción judicial y, para hacer mérito a su título, debía incluir medidas de acción afirmativa. En la discusión al interior de la comisión mixta, los intentos por reponer este fundamento legal se hicieron imposibles, dado el rechazo del Senado, por lo que solo cabía esperar un eventual veto presidencial.

En relación a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria, las discusiones fueron menores, y se redujeron a cuestiones de eficacia y superposición con la competencia de las cortes de apelaciones a propósito del recurso de protección. En efecto, en su origen, la acción judicial contemplaba la posibilidad de imponer la indemnización de perjuicios en términos amplios, cuestión que, después de un arduo debate, se desechó. Finalmente, se acordó que, en caso de que la acción fuera acogida, se impusiera una multa a beneficio fiscal (cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales). Por su parte, la acción de no discriminación se entregó a la competencia de los jueces de instancia, con el objeto de permitir que las cuestiones de fondo pudieran ser conocidas a través de un contacto directo de las partes con la judicatura. Los reparos iniciales contenidos en los informes de la

de la academia y de la sociedad civil hicieron referencias a la necesidad de contar con un fundamento legal genérico en materia de acciones afirmativas (Patricio Zapata, Ana Piquer, Verónica Undurraga, Lorena Fries, Fernando Muñoz, Elías Jiménez, Camila Maturana y Andrés Rivera). Sin embargo, estas presentaciones no dieron lugar a mayor discusión al interior de la Comisión, en el entendido de que cualquier modificación, considerando el estado de tramitación legislativa, dependía, a esa altura, de un veto por parte del poder ejecutivo.

5 Historia de la Ley 20.609, p. 724.

Corte Suprema fueron desechados por los parlamentarios, en el entendido de que esta ley busca justamente solucionar las deficiencias del funcionamiento del recurso de protección.

Sin embargo, 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 (España y Sudáfrica) en que se hacen menciones explícitas al concepto de discriminación indirecta. Si no fuera por los aportes de las organizaciones de la sociedad civil (ONGs), nada más se habría dicho al respecto. En efecto, y hablando a nombre de diversas ONGs, Andrés Rivera, representante de la Organización de Transexuales por la Diversidad (OTD), propuso incluir explícitamente el concepto de discriminación indirecta y las acciones positivas en los propósitos de la ley. En la legislación comparada e internacional, se incluyen como parte de los objetivos de las acciones judiciales de no discriminación, tal como se hizo ver por las organizaciones de la sociedad civil.

2. MARCO INTERNACIONAL APLICABLE A CHILE RELATIVO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

A fin de analizar adecuadamente la LAD es necesario describir brevemente el marco internacional de los derechos humanos al que está obligado Chile. Este está compuesto por varios tratados internacionales, algunos de carácter universal y otros regionales, así como también por la interpretación de los órganos encargados de hacer cumplir dichos tratados y las cortes, en el caso de que haya, a las cuales Chile se ha sometido.

En cuanto a tratados internacionales de naturaleza universal, es decir, que son parte del sistema de Naciones Unidas, hay que distinguir los que son de un carácter general, que garantizan una diversidad de derechos humanos, de aquellos especializados en la igualdad y no discriminación. Son parte de la primera categoría, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁶ y el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁷ En ambos tratados existen cláusulas generales que imponen la obligación al Estado

6 En particular, sus arts. 2.1 y 26.

7 En particular, su art. 2.2.

de no discriminar en el ejercicio de los derechos contenidos en ellos. El PIDCP también contiene una cláusula, en el artículo 26, que asegura la igualdad en la ley, la igual protección de esta y la prohibición de cualquier discriminación en base a las categorías contempladas en él. Estas normas han sido precisadas en su sentido por la Observación General 18, de 1989, del Comité de Derechos Humanos, el órgano encargado de vigilar el cumplimiento del tratado. En el caso del PIDESC es la Observación General 20, del 2009, del Comité de Derechos Económicos y Sociales, la que define las obligaciones en materia de no discriminación en relación a los derechos asegurados en el tratado.

Son tratados universales especializados, por su parte, la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial⁸ y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁹ Es especialmente relevante para la interpretación de este último tratado la Recomendación General 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer.

En el sistema universal también existen tratados que aunque no están dedicados a asegurar en forma específica la igualdad y la no discriminación, sí poseen cláusulas que imponen a los Estados la obligación de no discriminar respecto a los derechos contenidos en ellos. Solo para nombrar los que consideramos más relevantes: la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 2, y la Convención de Naciones Unidas en relación a las personas con diversidad funcional (discapacidad), en su artículo 2.

A nivel regional, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) posee la aplicación más general, además de estar Chile obligado a la jurisprudencia de su corte, la Corte IDH. La Convención, en forma similar al PIDCP, posee en su artículo 1 una cláusula general que asegura la no discriminación respecto a los derechos consagrados en ella y una norma independiente, en su artículo 24, que asegura la igualdad ante la ley y a la igual protección.

A nivel regional son relevantes también dos convenciones aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 5 de junio de este año, que Chile aún no ratifica, y que representan el desarrollo más reciente en torno a asegurar el derecho a la igualdad y la no discriminación. Estas son la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

8 En particular, su art. 1, donde define discriminación.

9 *Ibid.*

3. LA LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: CONTENIDO Y ESTRUCTURA

En esta sección efectuaremos una descripción general de los contenidos de la ley, comentando algunos de sus aspectos, pero dejando el análisis de su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado para la sección siguiente.

La LAD se divide en tres títulos. El primero establece las normas generales y la definición de discriminación. El título II estructura la acción de discriminación y el III modifica una serie de normas legales.

En su artículo 1 la ley señala su propósito, cual es el de establecer un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Luego, en el mismo numeral, establece un deber de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, de elaborar e implementar 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. Como se apreciará en la sección próxima, esta norma es claramente insuficiente desde el punto de vista de las obligaciones internacionales del Estado.

El artículo 2 establece la definición de discriminación de la 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. El análisis de esta definición clave de la ley se hará en la sección siguiente.

Luego, en su segundo inciso, se señala que 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. Esta prevención resulta extraña en nuestra normativa nacional, pues toda ley es susceptible de su abuso y no por eso se introduce en ella una cláusula expresa que lo prohíba. Parece reflejar el temor de parte de los legisladores al ejercicio igual de los derechos y libertades por parte las personas. Es, además, ciertamente innecesaria,

pues si una conducta ya está prohibida no se requiere otra ley, como la LAD, que señale que no se podrá efectuar fundada en aquella.

El artículo 2 termina con una disposición que señala que 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 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución o en otra causa constitucionalmente legítima. Esta norma, ya se ha señalado, es criticada por numerosos comentaristas y será analizada más adelante.

El Título II establece la acción de no discriminación. A grandes rasgos, esta es una acción que cualquier persona directamente afectada, su representante legal o quien la tenga a su cuidado, puede interponer. También lo puede hacer un tercero, cuando los antes mencionados no puedan hacerlo.

La acción judicial se interpone, por una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria, ante el juez de letras del domicilio del demandante o del responsable de dicha acción u omisión (artículo 3).

El plazo para interponerla es de 90 días corridos desde que se cometió el acto u omisión o se tuvo conocimiento de él (artículo 5). La acción es incompatible con la interposición de los recursos de amparo, protección y de la tutela laboral, si estos ya fueron declarados admisibles, y con la impugnación de leyes vigentes y de sentencias anteriores (artículo 6).

Una vez interpuesta, el tribunal requerirá de informes a la persona denunciada y a quien estime pertinente (artículo 8). Evacuados los informes, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará una audiencia para el quinto día hábil (artículo 9). Dicha audiencia tendrá lugar con la parte que asista. Si lo hacen todas ellas, el tribunal las llamará a conciliación. Si esta no se produce, el tribunal citará a oír sentencia, a no ser que determine que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, caso en el cual recibirá la causa a prueba. En cuanto a estas, serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Una vez rendida la prueba, la causa quedará en estado de dictarse sentencia. Durante este, el tribunal podrá decretar medidas para mejor resolver.

En cuanto a la sentencia, en ella el tribunal declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado, u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar

las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Si hubiere existido 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 discriminatorio. Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal. La sentencia definitiva será susceptible de recurso de apelación.

Tras la sintética descripción anterior, es posible realizar un comentario más general del texto legal. A grandes rasgos se puede juzgar que la introducción de la acción antidiscriminación es un avance en la protección de los derechos humanos: al ser interponible frente a un juez ordinario, hace más fácil su tramitación, en comparación a la acción alternativa existente, el recurso de protección. También, el mayor plazo para interponerla en relación al mismo recurso es un punto favorable. Lo es asimismo que la sentencia permita al tribunal impetrar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, pues la variedad de situaciones de discriminación hace apropiada una flexibilidad de decisión por parte del tribunal.

El Título III de la ley modifica una serie de cuerpos legales. Entre ellos, destaca el Estatuto Administrativo: se incorpora dentro de los actos atentatorios a la dignidad de los funcionarios el realizar actos de discriminación arbitraria. Lo mismo ocurre con la normativa aplicable a los funcionarios municipales.

Asimismo, se modifica el Código Penal, agregando una nueva agravante penal al artículo 12 de este, consistente en el cometer el 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.

Como se vera en la sección que sigue, esto significa un avance, pero no alcanza a cumplir las obligaciones internacionales de Chile.

4. ANÁLISIS DE LA LEY A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y OBSERVACIONES CRÍTICAS ADICIONALES

4.1. Políticas públicas y acción antidiscriminación

Como se señaló en la sección anterior, la ley impone una obligación genérica a los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados inter-

nacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Como han observado algunos autores,¹⁰ este es uno de los aspectos más insuficientes de la ley, por las siguientes razones. Primero, es una referencia que se aplica solo a los órganos de la Administración del Estado, 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.¹¹ 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 estructural, tal como se apreciara más adelante en este trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, y probablemente más relevante, es que las obligaciones impuestas a la Administración carecen de un ente responsable que permita definir tareas y dar cuentas de ellas a la sociedad. Como se ha señalado en otro trabajo de dos de los autores de este capítulo,¹² ya en la discusión legislativa de la LAD se hizo presente esta falencia. Así, Elías Jiménez, asesor jurídico del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), advirtió en la discusión en la Comisión Mixta que “La inexistencia de una institucionalidad que se haga cargo de la no discriminación es una falencia que Chile debe solucionar, sea mediante la creación de un organismo sobre este tema o mediante la elaboración de políticas públicas que resuelvan la problemática. En la región, países que bajo gobiernos de signo conservador, como México y Colombia, han avanzado decididamente en esta materia, al igual que Brasil, Ecuador o Argentina, poseen organismos con presupuesto estatal para hacerse cargo de la educación, promoción y defensa de las personas frente a la discriminación”.¹³

En el mismo trabajo¹⁴ señalábamos los criterios que ha definido el derecho internacional de los derechos humanos para establecer órganos eficaces en pro de asegurar su respeto y protección. Entre ellos destacan: a) su independencia y pluralidad; b) la autonomía pre-

10 Tomás Vial, “La nueva Ley Antidiscriminación: Propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2013, p. 184.

11 Véase: Balance al Poder Legislativo 2012, Observatorio Parlamentario, p. 24.

12 Coddou y Vial, op. cit.

13 Historia de la Ley 20.609, p. 1071.

14 Coddou y Vial, op. cit.

supuestaria; c) la capacidad de generar estudios; d) las facultades de procesar y recibir denuncias y realizar denuncias y acciones judiciales; e) la facultad de proponer políticas, planes de acción y medidas legislativas, entre otros.

En este aspecto, la LAD aparece como claramente insuficiente, no cumpliendo el Estado con lo que ha señalado la Corte IDH en el caso *Velázquez Rodríguez*¹⁵ en relación a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, obligación que “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”.

4.2. Conceptos de discriminación y sus omisiones en la ley

El derecho internacional asume que, después de haber ratificado un tratado, un país no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de las normas de este (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Con respecto a la Ley Antidiscriminación, esto significa, entre otros aspectos, que los jueces a quienes se les confiere jurisdicción para dirimir las denuncias de actos discriminatorios (artículo 3º de la Ley), deben interpretar la Ley, y especialmente su artículo 2º, que contiene la definición de la prohibición de la discriminación arbitraria, según las normas de derecho internacional vinculantes para Chile. En esta sección se presentan las aristas más importantes de esta interpretación obligatoria y se señala en qué medida la definición de discriminación que ella contiene no satisface las obligaciones internacionales al respecto.

El derecho internacional de los derechos humanos, aun aplicado por tribunales nacionales, se debe interpretar según las respectivas reglas del derecho internacional sobre interpretación. Esto significa respetar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en general, y, en particular, las normas que los mismos tratados de derechos humanos establecen, como el artículo 29 de la CADH. En caso de conflicto sobre las normas de interpretación aplicables, priman, según la misma Convención de Viena de 1969, las normas más específicas, en este caso, las normas de los tratados de derechos humanos.

Ello obedece a una razón dogmática y a otra puramente instrumental. En términos dogmáticos, una norma se interpreta según las reglas aplicables a esta clase de fuentes, aunque cambie el foro de su aplicabilidad. En el plano instrumental, una interpretación según criterios de derecho interno no podría garantizar que Chile estuviera cumpliendo

15 Corte IDH, *Velázquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 166.

con sus obligaciones internacionales. Aunque el cumplimiento con el derecho internacional, en la mayoría de los casos, constituye una obligación de resultado, la interpretación de las normas internas conforme al derecho internacional aplicable, tal como es concebida en Francia, Alemania o España, ayuda en gran medida a evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

4.2.1. Categorías sospechosas y desarrollo social y del derecho internacional

La Ley 20.609 recoge la lista de categorías sospechosas reconocida en el derecho internacional en 2011-2012, con la posibilidad de acoger el futuro desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de una categoría abierta que se encuentra consagrada en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos que señala que la discriminación está prohibida por “cualquier otra condición social”. Así, mediante el principio de interpretación evolutiva propio del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁶ un tratado o una ley sobre discriminación es capaz de adecuarse a nuevas realidades sociales, siempre tomando en cuenta los criterios básicos recogidos en los tests de discriminación fijados por los tribunales internacionales.

De acuerdo a este criterio, el artículo 2^o de la Ley 20.609 no necesitará ser reformado una vez que Chile ratifique los dos nuevos tratados sobre la no discriminación adoptados por la OEA en junio de 2013 antes mencionados, a pesar de que estos contienen categorías sospechosas no explícitamente mencionadas en la ley.¹⁷

Es imprescindible que los jueces entiendan su deber de considerar siempre el último estatus del derecho internacional de los derechos humanos al momento de interpretar las disposiciones de no discriminación (sea en esta ley, en la legislación laboral o en la Constitución, por ejemplo). El Estado, para estos efectos, está en la obligación de capacitar a los jueces, como se desprende del artículo 1.1 de la CADH y como fue reiterado por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo vs. Chile*.¹⁸

Sin perjuicio de lo anterior, la lista de categorías que da la LAD es la más completa existente en nuestro derecho e incorpora algunas nuevas, como la orientación sexual, la identidad de género y la situación socioeconómica, que sin duda permiten una mejor protección que la consagrada en el derecho vigente.

Pero, en esta materia, sería positivo que la legislación contuviera en

16 Corte IDH, caso *Atala vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 83, y caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 161,

17 Ambos tratados entrarán en vigencia reunidas dos ratificaciones por Estados miembros de la OEA.

18 Corte IDH, caso *Atala*, op. cit., punto resolutivo 5.

forma expresa las definiciones generalmente aceptadas de estos términos. Así, en el caso de la orientación sexual y la identidad de género, como se hizo ver claramente en el debate legislativo tanto por el Instituto Nacional de los Derechos Humanos (INDH)¹⁹ como por las organizaciones de la diversidad sexual, estos términos se han entendido de acuerdo a los denominados principios de Yogyakarta.²⁰

4.2.2. Alcance de la aplicabilidad

La LAD reduce el ámbito de su aplicabilidad a la “privación, perturbación o amenaza” discriminatoria de un derecho fundamental (art. 2º); en este sentido, la ley no abarca todas las hipótesis que el derecho internacional presupone. Por ejemplo, la Observación General 20 del Comité DESC establece que el Pacto prohíbe “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación”.²¹ Esta definición recoge el artículo 1º de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, y fue confirmada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.²² Por lo tanto, una interpretación de la Ley 20.609 en conformidad con el derecho internacional de derechos humanos requiere que la “perturbación, afectación o amenaza” sea interpretada de manera coextensiva con las determinaciones de los órganos internacionales recién mencionados.

La LAD, adicionalmente, debe ser leída en conjunto con tres conceptos de derecho internacional de los derechos humanos a los cuales el Estado de Chile ha consentido mediante la ratificación de tratados. Son conceptos ampliamente reconocidos, además, en las legislaciones comparadas: la discriminación directa (el más conocido), la discriminación indirecta y las medidas positivas. Los tres conceptos podrían estar recogidos en la ley cuando esta llama al Estado a adoptar “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.” (art. 1º de la Ley). A continuación, discutimos estos conceptos.

19 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2012, p. 110.

20 CIDH, Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y expresiones relevantes, 2012.

21 ONU, Comité DESC, Observación General 20, párr. 7.

22 ONU, Comité DH, Observación General 18, párr. 7.

4.2.3. Discriminación directa, de jure y de facto

La discriminación directa se define usualmente como proporcionando igualdad formal y prohibiendo el trato menos favorable o perjudicial a un individuo o un grupo de individuos basado en una categoría sospechosa como el sexo, la raza o la creencia religiosa.²³ Es un concepto que se relaciona con actos particulares de discriminación y de toma de decisiones.²⁴ Es importante notar que estos actos particulares pueden provenir de un acto administrativo, por ejemplo, de un funcionario, pero también de una norma legal o incluso constitucional que directamente y formalmente distingue, sin razones objetivas y sin perseguir un fin legítimo, de acuerdo a una o más de las categorías sospechosas. El Comité de Derechos Humanos de la ONU afirmó 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.²⁵

La Corte IDH especifica, en su Opinión Consultiva sobre Migrantes Indocumentados, que

los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.²⁶

Como se desprende de la interpretación que el Comité da al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, son solamente justificaciones válidas las que están en congruencia con el Pacto, no aquellas que violen una disposición de este. El Comité DESC especifica el criterio de las distinciones válidas, en presencia de una categoría sospechosa, de la siguiente manera:

Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos

23 Ver Interrights, Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners, 2011, p. 63.

24 Nicholas Bamforth, Maleiha Malik y Colm O'Connell, *Discrimination Law: Theory and Context*, Londres: Sweet and Maxwell, 2008, p. 237.

25 ONU, Comité DH, Observación General 18, op. cit., párr. 13.

26 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, párr. 103.

de las medidas o las omisiones de que se trate son *legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto*, y si el *único fin* que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de *proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos*. La *falta de recursos* para no acabar con el trato discriminatorio *no es una justificación objetiva y razonable*, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario.²⁷

La Corte IDH, por su parte, ha interpretado el contenido y alcance de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, especialmente, en fallos y opiniones consultivas posteriores a 2003. En cuanto a la discriminación directa, se ha pronunciado destacando que la prohibición de la discriminación es una norma de *ius cogens*,²⁸ es decir, una norma que está por sobre cualquier otra norma de derecho internacional y no puede ser derogada.

Esto recoge la condena a la discriminación estructural que la Corte expresó en el caso *Campo Algodonero*,²⁹ sobre violencia contra mujeres en Ciudad Juárez, México. Además, la Corte sostiene que una medida puede ser discriminatoria aunque su raciocinio no sea “fundamental y únicamente” basado en una distinción por categoría sospechosa.³⁰

4.2.4. Discriminación indirecta

Existe discriminación indirecta si se dan, al mismo tiempo, los siguientes criterios (cumulativos): a) se hace una distinción entre dos personas que no constituye discriminación directa, pero que b) afecta particularmente a un grupo vulnerable (“particular disadvantage”)³¹ y c) no se puede mostrar que la distinción haya sido “apropiada” en el contexto específico.³²

La recientemente aprobada por la OEA Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia provee una definición explícita al señalar en su artículo 1.2 que:

27 ONU, Comité DESC, Observación General 20, op. cit., párr. 13 (énfasis añadido). Cabe mencionar que la referencia a los recursos se basa en el artículo 2° inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre progresividad del cumplimiento de algunas de las obligaciones del Pacto, ausente en todos los otros tratados internacionales sobre derechos humanos.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, op. cit.

29 Corte IDH, Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrs. 129, 152 y 450.

30 Corte IDH, caso Atala, párr. 94.

31 Bamforth, Malik y O’Cinneide, op. cit., p. 314.

32 *Ibid.*, p. 290.

Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

El origen y mayor desarrollo de este concepto se dio en la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia,³³ que no tiene jurisdicción sobre Chile. No obstante, se trata de un concepto que está también recogido por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas y, en un fallo reciente (*Artavia Murillo*), por la Corte IDH. Esta misma tendrá que pronunciarse nuevamente sobre preguntas similares en el caso *Norín Catrimán contra Chile*.³⁴ Para la Corte IDH, este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, que no discrimina en forma directa, tiene repercusiones negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.³⁵ Para estos efectos, el tribunal regional examina si existe un impacto desproporcionado,³⁶ incluyendo, por ejemplo, factores culturales, que influyan como algo que se puede llamar variable interviniente,³⁷ o factores económicos.³⁸

La exigencia a Chile de incorporar el concepto de discriminación indirecta ha sido también explicitada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer en su informe sobre Chile.³⁹ Por lo tanto, una modificación de la LAD que buscara que esta fuera consistente con las obligaciones internacionales de Chile debiera incluir este concepto.

4.3. Obligaciones positivas y medidas especiales temporales

Según la interpretación de los órganos internacionales de derechos humanos, la prohibición de discriminación también obliga a los Estados tomar medidas positivas.⁴⁰ La Corte IDH explicó en este sentido:

33 *Ibíd.*, p. 299-304.

34 La audiencia en este caso fue celebrada los días 29 y 30 de mayo de 2013 en San José Costa Rica. Para mayor información, www.corteidh.or.cr.

35 Corte IDH, caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 286, véase también caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de octubre de 2012, Serie C N° 251, párr. 234.

36 Corte IDH, caso *Artavia Murillo*, op. cit., párr. 287.

37 *Ibíd.*, párr. 295.

38 *Ibíd.*, párrs. 303-304.

39 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 16 de octubre de 2012, párr. 11a.

40 ONU, Comité DH, Observación General 18, op. cit., párr. 10.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.⁴¹

Y sigue:

Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.⁴²

En el contexto de las medidas positivas, reza el artículo 1º de la Ley 20.609:

Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, 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.

Este artículo se debe leer en conformidad con el derecho internacional sobre la materia. Como se puede apreciar, en comparación con los criterios y la normativa internacional, no recoge todo el alcance de la obligación de tomar medidas positivas a favor de la no discriminación, lo que fue criticado, entre otros, por el INDH durante el debate legislativo.⁴³

Una subcategoría dentro de las medidas positivas son las denominadas acciones especiales temporales. Se entiende por ellas las medidas de naturaleza positiva que se dictan para favorecer de manera directa y explícita a un grupo que se considera históricamente discriminado o que sufre una forma de discriminación estructural. Se ha entendido

41 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, op. cit., párr. 88.

42 Ibid., párr. 104.

43 INDH, Informe 2012, p. 112.

que estas medidas son lícitas en la medida que reúnan tres condiciones: a) se adoptan con el consentimiento del grupo discriminado, b) con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad y c) son temporales.⁴⁴

Como estas medidas implican favorecer a estos grupos en relación a otros, se podría pensar que constituyen una forma de discriminación. Sin embargo, ellas están explícitamente consideradas en la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.4, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 4.1.⁴⁵

Y la reciente Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia establece, en su artículo 1.4, que no constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar, en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.

Y, al respecto, el Informe de Recomendaciones a Chile del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante, Comité EDR), de reciente publicación,⁴⁶ lamenta que la LAD no prevea claramente medidas especiales que garanticen el goce pleno e igual de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

Una ley antidiscriminación acorde con las obligaciones internacionales de Chile debiera expresamente autorizar a las autoridades públicas a establecer aquellas medidas especiales temporales que aseguren un efectivo ejercicio de los derechos a los grupos que han sido históricamente más discriminados.

4.4. Balance y jerarquía de derechos

La LAD, en su artículo 2^o, establece que:

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^o, 6^o, 11^o, 12^o, 15^o, 16^o y 21^o del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa

44 Anne Bayesfsky, "El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional", en *18 ensayos de justicia transicional, Estado de Derecho y democracias*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2005, p. 33.

45 El CEDAW, en su Recomendación General 25, precisa el sentido de estas medidas especiales temporales.

46 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD/C/CHL/19-21, del 30 de agosto de 2013, párr. 9.

constitucionalmente legítima.

Esta norma, criticada por el INDH y organizaciones de la sociedad civil,⁴⁷ no posee correlato en los tratados de derechos humanos ni en la jurisprudencia relevante, y puede dar pie a que se interprete de una forma que establezca una jerarquía *a priori* y sin consideración de los hechos en la ponderación de los derechos, que puede resultar problemática respecto al test de proporcionalidad y a la necesidad en una sociedad democrática de justificar las distinciones que se hagan en relación a las categorías sospechosas.

Al respecto, el reciente Informe de Recomendaciones a Chile del Comité EDR ha señalado que la definición de discriminación de la LAD podría dar pie a los jueces a una interpretación que justifique ciertas acciones de discriminación y exima de responsabilidad a los autores de estas.⁴⁸ Por ello se estima que ella debiera ser eliminada de la ley.

4.5. Delitos de discriminación

Como se señaló antes, la LAD introduce una agravante en materia penal consistente en realizar un delito motivado por alguna de las categorías que dispone el artículo 2. Si bien esto significa un avance, de acuerdo al Informe de Comité EDR,⁴⁹ es insuficiente para cumplir la obligación del Estado contenida en el artículo 4 de la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial de sancionar toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

CONCLUSIONES

El análisis hecho en este capítulo permite concluir que la introducción de la ley constituye un avance en pos de una mayor protección de la igualdad y la prohibición de la no discriminación a las que el Estado de Chile está obligado por el ordenamiento internacional y por su propia normativa nacional, tanto constitucional como legal. En este sentido, el principal punto a destacar de la LAD es la nueva acción antidiscriminación, que facilita el reclamo en los casos de acciones u omisiones discriminatorias respecto a lo estipulado en el

47 INDH, Informe 2012, p. 111.

48 *Ibid.*, párr. 9.

49 *Ibid.*, párr. 10.

derecho vigente. Lo es también la introducción de nuevas categorías de discriminación, como la orientación sexual, la identidad de género y la socioeconómica, que no estaban presentes en nuestro derecho interno, lo que facilita la protección de las minorías y de quienes poseen menos poder de influencia.

Sin embargo, como resulta claro luego de más de un año de vigencia, la ley no posee los instrumentos ni categorías, ni provee los medios a los órganos del Estado para combatir eficazmente los diversos tipos de discriminación existentes en nuestra sociedad, en particular la discriminación estructural. Para ello se requiere no solo una reforma sustantiva a la ley, sino también la creación de una nueva institucionalidad que permita coordinar e impulsar los esfuerzos del Estado para eliminar la discriminación y dar respuesta coherente a los problemas individuales y grupales en este sentido.

En cuanto a ley misma, con independencia de los aspectos institucionales, que hemos desarrollado en otro artículo,⁵⁰ para que sea un mejor instrumento en pos de la acción antidiscriminación se sugieren las siguientes recomendaciones.

RECOMENDACIONES

1. Introducir en la ley, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos vigente y obligatorio para Chile, las categorías de discriminación directa, indirecta, múltiple o agravada, de facto y de jure, estructural e histórica.
2. Introducir expresamente en la ley u otros instrumentos jurídicos la posibilidad de dictar medidas especiales temporales (acciones afirmativas) a fin de remediar las situaciones de discriminación estructural.
3. Eliminar toda referencia a que en ciertos casos pueden haber discriminaciones arbitrarias legítimas en función del ejercicio de otros derechos.
4. Introducir las definiciones establecidas por los órganos y tribunales internacionales de los nuevos términos de orientación sexual e identidad de género, así como también realizar un esfuerzo para precisar los demás términos que contiene la ley, recogiendo la práctica y normativa del derecho internacional de los derechos humanos.

50 Coddou y Vial, op. cit.

5. Estudiar y legislar sobre la institucionalidad más apropiada para cumplir la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación.