



Recomendaciones internacionales dirigidas a Chile en relación con la Ley Antidiscriminación

La Ley N° 20.609 ante el sistema universal de derechos humanos

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, en el marco de la discusión del Proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 12.748-17)

N° SUP: 125649

Resumen

Desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, esta ha sido objeto de escrutinio público, tanto nacional como internacional.

En el ámbito de Naciones Unidas, tanto el Examen Periódico Universal como los órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, han congratulado al Estado por la adopción de la Ley antidiscriminación. Sin embargo, en diversas oportunidades han manifestado su preocupación por algunos de sus alcances.

La mayoría de las recomendaciones apuntan a ajustar la definición de discriminación conforme a los estándares internacionales, incorporando elementos como la discriminación indirecta y la concomitante y el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Asimismo, se ha recomendado incorporar medidas de acción afirmativa y establecer mecanismos para asegurar la reparación oportuna y eficaz del daño.

Introducción

En julio de 2012, tras siete años de tramitación legislativa, se publicó la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, también conocida como Ley Zamudio. Esta contiene una definición de discriminación arbitraria y establece una acción procesal de no discriminación arbitraria.

Durante su vigencia, la Ley ha sido objeto de críticas por parte de organizaciones de la sociedad civil y la academia, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales.¹ A la fecha se han aprobado dos modificaciones a la Ley Zamudio, pero estas solo han modificado el catálogo de motivaciones sospechosas de discriminación arbitraria.²

De acuerdo a lo solicitado por la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, se elabora este informe en el marco de la discusión del proyecto de ley contenido en el boletín N° 12.748-17, que propone hacer una serie de modificaciones a la Ley N° 20.609. Su objeto es establecer cuáles han sido las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos dirigidas al Estado de Chile en relación con dicha normativa.

El informe se concentra en el sistema universal de derechos humanos, esto es, aquel asociado a Naciones Unidas. Para ello, se revisan los resultados del Examen Periódico Universal (EPU) a los que ha sido sometido Chile con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 20.609, es decir, los de 2014 y 2019.³

Asimismo, se revisan las Observaciones Finales emitidas desde 2012 por los distintos órganos de control de tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado y que tienen incidencia en materia de vigilar la vigencia del principio de igualdad y no discriminación.

Si bien todos estos documentos se refieren en mayor o menor medida a la cuestión de la discriminación, en tanto el principio de igualdad y no discriminación informa todo el derecho internacional, este informe se concentra en siete de ellos. En primer lugar, se revisan las recomendaciones de los órganos de control de (i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y (ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en tanto ambos constituyen la piedra angular del sistema. En segundo lugar, se revisan aquellos que se refieren directamente a la discriminación, esto es (iii) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y (iv) la Convención para la Eliminación de todas las formas de

¹ En cuanto a lo primero, destaca la cuestión de la presunción de razonabilidad de la discriminación justificadas en el legítimo ejercicio de otro derecho fundamental, establecida en el inciso tercero del artículo 2, la falta de una institucionalidad de prevención de la discriminación, la no inclusión explícita de la discriminación indirecta, y la falta de un tipo penal que castigue la difusión e incitación al odio racial. En lo procedimental, se ha criticado que la ley no contemple expresamente la posibilidad de solicitar la indemnización por perjuicios en el mismo juicio, la existencia de una multa para el litigante temerario y la cuestión de la carga probatoria entre otras cuestiones (BCN, 2015). El proyecto de ley contenido en el Boletín N° 10.035-17 propuso una serie de modificaciones con el objeto de resolver buena parte de estas críticas, pero fue rechazado en general por el Senado (s.f).

² La Ley N° 21.155 de mayo de 2019 que establece medidas de protección de la lactancia materna, modificó la definición de discriminación arbitraria del artículo 2° de la Ley Zamudio, agregando la frase "la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento," como uno de los motivos de discriminación arbitraria. Por su parte, la Ley N° 21.120 de 2019 que reconoce y da protección a la identidad de género sustituyó la frase "identidad de género" por "identidad y expresión de género" en el mismo artículo.

³ Para ello se utilizó la información disponible en la base de datos Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas alojada en la web oficial de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derchos Humanos. Disponible en: <http://bcn.cl/2ed0y> (junio, 2020).

discriminación racial. Finalmente se revisan aquellos que atienden a las necesidades especiales de segmentos específicos de la población especialmente vulnerables: (v) la Convención de los Derechos del Niño; (vi) la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias; y (vii) la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En aplicación de estos criterios, las observaciones generales del Comité contra la Tortura y los del Comité contra la Desaparición Forzada no fueron incluidas en la revisión.⁴

El informe contiene una primera sección en la que describe brevemente el contenido del proyecto. Luego se describen las recomendaciones de diversos organismos internacionales en relación con la Ley N° 20.609 y se incluye una tabla en la que se organiza dicha información.

I. Breve reseña del proyecto

Los antecedentes generales ofrecidos en el proyecto de ley dan cuenta de estudios que indican una baja aplicación práctica de la acción contemplada en la Ley Zamudio y lo contrastan con otros que indican que, a pesar de lo anterior, el problema de la discriminación estaría muy extendido en la sociedad chilena. Agregan los autores que uno de los grandes déficit de la legislación sería “la inexistencia de un ente u órgano encargado de analizar, estudiar y promover medidas antidiscriminación”.⁵

Con el objeto de “fortalecer la prevención de la discriminación, y promover y garantizar de mejor manera el principio de igualdad”, los autores proponen siete cambios a la ley actual: (i) incorporar como objetivo explícito de la ley la prevención de la discriminación y la promoción de la igualdad; (ii) ajustar la definición de discriminación arbitraria al estándar internacional; (iii) suprimir la presunción de razonabilidad de la discriminación contenida en el inciso final del artículo 2; (iv) modificar las reglas de la carga de la prueba en favor de la presunta víctima; (v) aumento del tope máximo de la multa; (vi) establecer la obligación del juez de imponer el pago de una indemnización por perjuicios en caso de condena; y (vii) suprimir la sanción contra el recurrente vencido.

II. Recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos al Estado de Chile

1. Examen Periódico Universal

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es un organismo integrado por 47 Estados miembros que está “encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo y para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones sobre ellos”.⁶ Su principal herramienta es el Examen Periódico Universal (EPU). A través de este, el Consejo examina periódicamente la situación de derechos humanos de cada uno de los países miembro de Naciones Unidas y los países miembro entregan recomendaciones al Estado examinado. Chile ha sido sometido a este escrutinio en tres oportunidades (2009, 2014 y 2019).

⁴ Toda la información utilizada en este análisis se extrajo de aquella disponible en el sitio dedicado a Chile en la documentación por país de la página web oficial de la OACNUDH. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/CLIndex.aspx> (junio, 2020).

⁵ Moción Parlamentaria, 2019:3

⁶ OACHR, 2020.

En estos exámenes, la cuestión de la discriminación ha sido uno de los temas principales de preocupación del Consejo de Derechos Humanos desde el primero de ellos, aunque aquí se fijará la atención en las recomendaciones que se refieren directamente a la Ley Zamudio.⁷ Estas aparecieron en el segundo examen. En este, además de recomendar que se velara por el cumplimiento de la nueva normativa,⁸ el Consejo recomendó armonizar la definición de discriminación contenida en la Ley, siguiendo lo recomendado por el Comité Para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que se verá más adelante.⁹ También se recomendó poner en práctica un plan de aplicación de la ley, que incluyera medidas positivas y preventivas.¹⁰

En el tercer EPU, el foco en materia de discriminación estuvo puesto principalmente en la situación de la mujer, y en particular, en la necesidad de ratificar el protocolo facultativo de la Convención Para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Igualmente se reiteró la necesidad de contar con un plan de acción para la implementación efectiva de la legislación contra la discriminación.¹¹

La Tabla N° 1 muestra las recomendaciones relativas a modificaciones o ajustes a la Ley N° 20.609 realizadas por los distintos organismos del sistema universal de derechos humanos. Se agrupan por organismo y solo se incluyen las que se refieren directamente al contenido de la legislación antidiscriminación. Asimismo, se adaptan *contrario sensu*, aquellas manifestaciones de preocupación (vg. “se lamenta que la legislación no incorpore la idea de medidas afirmativas” se convierte en “incluir en la legislación la idea de medidas alternativas”).

Tabla N°1. Recomendaciones de organismos internacionales sobre ajustes a la Ley N° 20.609

Organismo	Recomendación
Examen Periódico Universal	Adaptar definición conforme a recomendación del Comité para la Eliminación de de la discriminación contra la Mujer
Comité de Derechos Humanos	Incorporar el principio de igualdad entre hombres y mujeres
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Incluir explícitamente en la definición de discriminación todos los motivos de discriminación prohibidos en el artículo 2 del Pacto
	Incluir una definición de discriminación directa e indirecta
	Incluir mecanismos judiciales y administrativos eficaces de reparación a las víctimas
Comité para la Eliminación de de la discriminación contra la Mujer	Incluir una definición general de la discriminación contra la mujer que incluya (i) el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y (ii) la discriminación directa e indirecta; (iii)

⁷ Si bien este es anterior a la entrada en vigor de la Ley Zamudio, el EPU de 2009 consigna varias recomendaciones relativas a adoptar medidas y legislación para combatir la discriminación (AGNU, 2009).

⁸ Fue el caso de Alemania, Canadá y Francia, Países Bajos y República Checa (AGNU, 2014).

⁹ En este sentido, Bulgaria, España y Paraguay (AGNU, 2014).

¹⁰ Recomendación de Colombia (AGNU, 2014).

¹¹ En este sentido, China, Moldavia y Nepal (AGNU, 2019)

Organismo	Recomendación
	discriminación concomitante en las esfera pública y privada.
	Incluir la idea de “acción afirmativa”
	Asegurar acceso a recurso oportunos y efectivos, que incluyan restitución, indemnización y rehabilitación
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Evitar que la redacción de la definición de discriminación permita interpretaciones que justifiquen la discriminación
	Incluir la idea de medidas afirmativas

Fuente: elaboración propia.

2. Órganos de tratados

Una de las principales fuentes del derecho intencional de los derechos humanos es el derecho de tratados. En el ámbito del sistema universal, esto es, el sistema de Naciones Unidas (NN.UU.), estos instrumentos suelen incluir un órgano de control (comités) del cumplimiento del mismo por parte de los Estados, que incluye, al igual que el EPU, un examen periódico cada cinco años.

A continuación, se revisan las observaciones finales de los comités que revisan el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile identificados en la introducción de este trabajo. La revisión se centra en los informes posteriores a la entrada en vigor de la Ley N° 20.609, estos es, desde 2012 en adelante.

2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En su informe de 2014, el Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés) destacó la adopción de la Ley N° 20.609 como un aspecto positivo del periodo revisado. Sin embargo, consideró que la misma no incorporaba el principio de igualdad entre hombres y mujeres en los términos del artículo 3 del Pacto, que señala que debe garantizarse “a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados”. Por lo mismo, urgió al Estado a “adoptar una legislación que garantice expresamente el principio de igualdad entre la mujer y el hombre”, conforme a dicho artículo.¹²

2.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En 2015, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) evacuó sus Observaciones Finales respecto de Chile. Estas incluyeron la recomendación de revisar en profundidad la Ley N° 20.609 para convertirla en una herramienta efectiva de protección contra la discriminación. Asimismo, entregó tres directrices concretas para la modificación legal: (a) incluir explícitamente todos los motivos de discriminación prohibidos en el artículo 2 del Pacto; (b) incluir una

¹² CCPR, 2014:párr. 11.

definición de discriminación directa e indirecta; e (c) incluir mecanismos judiciales y administrativos eficaces de reparación a las víctimas. Además, recomendó adoptar medidas para prevenir y combatir la discriminación contra grupos y personas desaventajados, incluyendo “campañas de sensibilización, a fin de garantizarles pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto, en particular el acceso al empleo, a la seguridad social, a la atención de salud y a la educación”.¹³

2.3. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés), congratuló a Chile por la adopción de la Ley N° 20.609 en sus Observaciones Finales al quinto y sexto informe periódico.¹⁴ Sin embargo, señaló su preocupación porque la legislación no incluyera una “definición general de la discriminación contra la mujer, de conformidad con el artículo 1 de la Convención, ni el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, de conformidad con el artículo 2 a).”¹⁵ Asimismo, recomendó que se adopte una “definición jurídica general” sobre discriminación contra la mujer que incluya tanto la discriminación directa como la indirecta.¹⁶ Finalmente, el Comité manifestó su preocupación porque la nueva ley no incorporase la idea de “acción afirmativa”.¹⁷

En el siguiente informe, el Comité CEDAW reiteró sus recomendaciones relativas a la Ley N° 20.609, manifestando su preocupación por la limitada aplicación de dicho cuerpo legal, en particular las bajas tasas de enjuiciamiento, y la falta de “una definición amplia de la discriminación contra la mujer”.¹⁸ Por lo anterior, sugirió la adopción de una definición de discriminación contra la mujer “que abarque las formas directas, indirectas y concomitantes de discriminación en las esferas pública y privada”, además de establecer el principio de igualdad formal y sustantiva entre hombres y mujeres a nivel constitucional o legal.¹⁹ Además, recomendó asegurar que las mujeres víctimas de discriminación tuviesen acceso a recurso oportunos y efectivos, que incluyan restitución, indemnización y rehabilitación.²⁰

2.4. Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial

En las observaciones al último informe periódico que le fuera enviado por Chile en 2013, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), celebró la adopción de la Ley N° 20.609.²¹ Sin embargo, señaló su preocupación por el hecho de que la definición de discriminación arbitraria “podría llevar a los jueces a una interpretación que justifique ciertas acciones de discriminación y exima de

¹³ CDESC, 2014: párr. 12.

¹⁴ Comité CEDAW, 2012: párr. 4.

¹⁵ Comité CEDAW, 2012: párr. 10. El artículo 1 de la CEDAW señala que “la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

¹⁶ Comité CEDAW, 2012: párr. 11.

¹⁷ Comité CEDAW, 2012: párr. 14.

¹⁸ Comité CEDAW, 2018: párr. 12.

¹⁹ Comité CEDAW, 2018: párr. 13.

²⁰ Comité CEDAW, 2018: párr. 14.

²¹ Comité CERD, 2013: párr. 3.

responsabilidad a los actores de dicha discriminación”, y lamentó que la legislación no prevea claramente medidas afirmativas.²²

2.5. Convención de Derechos del Niño

Al igual que el resto de los órganos de control, el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), celebró la adopción de la Ley N° 20.609 en el primer informe emitido luego de su entrada en vigor, pero sus preocupaciones en la materia se centraron en hechos de discriminación y no en los alcances de la nueva ley.²³

2.6. Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias

Hasta la fecha, el Estado solo ha presentado un informe al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés), y las Observaciones Finales son de octubre de 2011, esto es, casi un año antes de la adopción de la Ley N° 20.609.²⁴

2.7. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Al igual que en los demás casos, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés), felicitó al Estado por la adopción de la Ley N° 20.609, pero no hizo comentarios sobre sus alcances²⁵

²² Comité CERD, 2013: párr. 9.

²³ Comité CRC, 2015: párr. 4 y 24.

²⁴ Comité CMW, 2011.

²⁵ Comité CRPD, 2016: párr. 4.

Bibliografía

- AGNU. (2009). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6wl> (mayo, 2020).
- (2014). Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6wl> (mayo, 2020).
- (2019). Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6wk> (mayo, 2020).
- BCN. (2015). Reforma de la Ley Zamudio: definiciones y procedimientos. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/281km> (mayo, 2020).
- CCPR. (2014). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014. Disponible en: <http://bcn.cl/2ed4b> (junio, 2020).
- CDESC. (2015). Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile. E/C.12/CHL/CO/4. 7 de julio de 2015. Disponible en: <http://bcn.cl/2ed4e> (junio, 2020).
- Comité CEDAW. (2012). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). Disponible en: <http://bcn.cl/2ed4l> (junio, 2020).
- (2018). Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. [en pdf]. CEDAW /C/CHL/CO/7, 14 de marzo de 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2azwz> (junio, 2020).
- Comité CERD. (2013). Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). Disponible en: <http://bcn.cl/2ed4o> (junio, 2020).
- Comité CMW. (2011). Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. CMW/C/CHL/CO/1, 19 de octubre de 2011. Disponible en: <http://bcn.cl/2ed4p> (junio, 2020).
- Comité CRC. (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. CRC /C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015. Disponible en: <http://bcn.cl/2ed4t> (junio, 2020).
- Comité CRPD. (2016). Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. CRPD/C/CHL/CO/1, 13 de abril de 2016. Disponible en: <http://bcn.cl/2ed4x> (junio, 2020).
- Moción Parlamentaria. (2019). Boletín N° 12.748-17. Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Insulza, señora Muñoz y señores Elizalde, Guillier y Latorre, que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6na> (mayo, 2020).
- OHCHR. (2020). Información previa al Consejo de Derechos humanos. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6n8> (mayo, 2020)

Senado. (s.f.). Tramitación de Proyectos. Disponible en: <http://bcn.cl/2e69g> (mayo, 2020)

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)