

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de julio de 2020 - Sesión ordinaria N° 557.

I. ANTECEDENTES

El proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, ingresó al Senado por moción de fecha 3 de julio de 2019. A la fecha de elaboración de este informe se encuentra en primer trámite constitucional.

La propuesta legislativa introduce las siguientes modificaciones en la ley N° 20.609:

- (i) Agrega como objetivo de la ley la prevención de la discriminación arbitraria y la promoción y garantía del principio de igualdad.
- (ii) Modifica la definición legal de discriminación, incorporando las “preferencias” como acciones constitutivas de discriminación, estableciendo que dichas acciones constituirán discriminación “en especial” cuando se funden en categorías sospechosas, agregando “otra condición social” a dichas categorías y eliminando el inciso final del artículo segundo de la ley.
- (iii) Introduce una regla de inversión de la carga de la prueba para los casos en que de los antecedentes aportados por el recurrente resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria.
- (iv) Aumenta a 500 UTM el monto máximo de la multa que puede aplicar el juez civil a las personas responsables de acciones u omisiones discriminatorias e introduce el deber judicial de ordenar el pago de una indemnización en la misma sentencia.
- (v) Elimina la multa que actualmente se contempla para los casos en que la sentencia establezca que la denuncia carece de todo fundamento.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En términos generales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y en la ley, y como contrapartida, la obligación del Estado de no discriminar. Los tratados generales de derechos humanos consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en dos tipos de cláusulas -autónomas y subordinadas-,

las cuales, sin embargo, no incluyen una definición de discriminación. Dicha definición ha sido consagrada en algunas convenciones específicas de derechos humanos, a partir de las cuales se ha construido una definición general de discriminación. Asimismo, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos han ido delimitando los elementos que resultan esenciales para efectos distinguir entre las distinciones legítimas (permitidas por el derecho internacional) y las distinciones arbitrarias, es decir, aquéllas que carecen de fundamento objetivo y razonable y resultan, por tanto, discriminatorias (prohibidas por el derecho internacional).

1. Obligaciones estatales derivadas del principio de igualdad y no discriminación

Los artículos 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la obligación general del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos humanos reconocidos respectivamente en cada convención.

Artículo 1.1. CADH:

“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”

Artículo 2.1 PIDCP:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

Los citados artículos 1.1 CADH y 2.1 PIDCP constituyen cláusulas subordinadas de discriminación, es decir, prohíben la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos internacionales.

Por otra parte, los artículos 24 CADH y 26 PIDCP contemplan cláusulas autónomas de discriminación, es decir, establecen una prohibición general de discriminación cuyo alcance se extiende a toda la legislación nacional y a su aplicación, con independencia de los demás derechos específicamente regulados en ambos instrumentos:

Artículo 24 CADH:

“Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Artículo 26 PIDCP:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En relación con la diferencia entre las cláusulas autónomas y las cláusulas subordinadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado:

“El artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención”¹.

De modo similar, el Comité de Derechos Humanos de Naciones ha señalado, respecto del PIDCP:

“Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26

¹ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 271-272. En el mismo sentido: Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 174; Caso Espinoza González Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 218; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 199; Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 333; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82; Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 209, entre otros.

todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”².

Por último, en virtud de la obligación de garantía, el Estado debe adoptar medidas destinadas a prevenir que tanto sus órganos como los particulares incurran en actos de discriminación, pues, como ha señalado la Corte IDH:

“la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de dichos derechos, significa que es responsable de la violación de éstos por parte de terceros en el evento de que no haya adoptado las medidas indispensables para impedir su trasgresión o para hacerla cesar, reparando el daño causado. Y todo ello respecto de cualquier persona que se encuentre, por cualquier causa, circunstancia o motivo, bajo su jurisdicción”³.

2. Delimitación del concepto de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si bien tanto la CADH como el PIDCP reconocen el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y establecen a los Estados las obligaciones de no discriminar recién referidas, ninguno de estos instrumentos define el concepto de discriminación. Tal conceptualización se desarrolló, posteriormente, en los tratados de derechos humanos referidos específicamente a la eliminación de la discriminación, en particular, en el marco de Naciones Unidas, en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CERD)⁴, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁵ y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁶, y en el Sistema Interamericano, en la Convención

² Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 1 y 12.

³ Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 87.

⁴ Artículo 1.1: “En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera”.

⁵ Artículo 1: “A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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”.

⁶ Artículo 2: “Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político,

Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad⁷, la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia⁸, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia⁹ y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores¹⁰.

A partir de los elementos comunes de dichas definiciones, actualmente existe consenso, tanto en el Sistema de Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano, respecto a que el concepto de discriminación se refiere a:

*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad o posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*¹¹

De conformidad con la definición, el concepto de discriminación comprende los siguientes elementos:

(i) Un tratamiento diferenciado: distinción, exclusión, restricción o preferencia

La discriminación se refiere a una diferencia en el tratamiento otorgado, ya sea en la ley o en su aplicación, a distintas personas o grupos de personas. La igualdad es un concepto necesariamente relacional, que carece de contenido si no se aplica a la comparación entre sujetos o grupos de sujetos.

económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

⁷ Artículo 2.a: “El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

⁸ Artículo 1.1: “1. Discriminación racial es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes”.

El Estado de Chile no es parte en esta Convención.

⁹ Artículo 1.1: “1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

El Estado de Chile no es parte en esta Convención.

¹⁰ Artículo 2: ““Discriminación”: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”.

¹¹ En este sentido se han pronunciado, por ejemplo: Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 7; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr. 62.

En consecuencia, el elemento base de la discriminación es siempre un tratamiento diferenciado, que la definición señala como “distinción”, respecto del cual indica tres formas específicas: exclusión, restricción o preferencia. De este modo, los tratamientos diferenciados que pueden constituir discriminación son tanto aquéllos que establecen privilegios para determinados grupos de personas, excluyendo a la generalidad de la población, como aquéllos que establecen una determinada carga o desventaja para ciertos grupos de personas, las cuales no son soportadas por el resto.

- (ii) Basado en determinados motivos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad o posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social

Las definiciones convencionales de discriminación y los citados artículos 1.1. CADH, 2.1 PIDCP y 26 PIDCP mencionan una serie de motivos sobre la base de los cuales las personas no pueden ser discriminadas.

Al respecto, cabe precisar que la enumeración de motivos no es taxativa, sino enunciativa. En efecto, tanto en el Sistema Interamericano como en el Sistema de Naciones Unidas, se ha establecido que “cualquier otra condición social” es una categoría abierta que permite la incorporación de otras categorías, no expresamente incluidas, pero que tengan una entidad asimilable.¹² De este modo, se han considerado comprendidas dentro de “otra condición social” las categorías de orientación sexual e identidad de género¹³, la condición de refugiado¹⁴, a las personas que viven con VIH¹⁵ y la edad en el caso de las personas mayores¹⁶, entre otras.

Según se expone más adelante, las distinciones basadas en alguno de estos motivos son consideradas con una alta probabilidad de resultar discriminatorias, lo que acarrea consecuencias específicas en cuanto a su justificación.

- (iii) Que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos

Este elemento señala que la intención de discriminar no es necesaria para efectos de calificar un tratamiento diferenciado como discriminatorio, pues la discriminación puede producirse como un efecto no buscado o no previsto al establecer una determinada medida. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que:

¹² En este sentido, por ejemplo: Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 129; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 202; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 8, entre otros.

¹³ Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 91.

¹⁴ Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 240.

¹⁵ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 130.

¹⁶ Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 122.

“el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”¹⁷.

En este sentido, se ha sostenido que la discriminación puede ser directa o indirecta. La discriminación es directa cuando el tratamiento diferenciado tiene por objeto la anulación o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho. Por otra parte, la discriminación es indirecta cuando una medida aparentemente neutra, sin perseguir o prever ese objeto, produce el mismo resultado o efecto perjudicial:

“La Corte [IDH] estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Tal concepto de discriminación indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo”¹⁸.

3. Distinciones permitidas y prohibidas

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite que los Estados establezcan diferencias entre las personas o grupos de personas, siempre que ellas se funden en criterios objetivos y razonable. Solo constituyen discriminación las distinciones arbitrarias, es decir, aquellas que carecen de fundamento objetivo y razonable.¹⁹

De este modo, para que una distinción o tratamiento diferenciado resulte permitido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe cumplir, en primer lugar, con dos requisitos: (i) estar basada en un **criterio objetivo**, es decir, la determinación de quiénes quedarán incluidos y excluidos en la aplicación del criterio no debe obedecer a apreciaciones sujetas interpretación; y (ii) obedecer a una **justificación razonable**, lo que implica que la distinción persiga una finalidad

¹⁷ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas), párr. 234. En el mismo sentido: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 201 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 263.

¹⁸ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas), párr. 235. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, que ha definido la discriminación indirecta como “una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas” (Derksen v. Países Bajos, CPR/C/80/D/976/2001, párr. 9.3).

¹⁹ En este sentido, en el Sistema de Naciones Unidas: Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 13; Aurélio Gonçalves y otros v. Portugal, CCPR/C/98/D/1565/2007, párr. 7.4; Broeks v. Países Bajos, CCPR/C/OP/2 at 196 (1990), párr. 13; L. G. Danning v. Países Bajos, CCPR/C/29/D/180/1984, párr. 13-14; Zwaan-de Vries v. Países Bajos, A/42/40, Anexo VIII, párr. 13; Hendrika S. Vos v. Países Bajos, CCPR/C/35/D/218/1986 (1989), párr. 12-13, entre otros. En el Sistema Interamericano: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr. 66; Opinión Consultiva OC-18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003, párr. 89; Opinión Consultiva OC-17/02: Condición jurídica y derechos humanos del niño. 28 de agosto de 2002, párr. 46; Opinión Consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. 19 de enero de 1984, párr. 56, entre otros.

legítima con arreglo a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y sea proporcional para la consecución de dicha finalidad.²⁰ Todo tratamiento diferenciado que no cumpla con estos requisitos resultará discriminatorio y, por tanto, prohibido por el Derecho Internacional.

El examen de objetividad y razonabilidad de las distinciones ha sido complementado, en la jurisprudencia internacional, con el desarrollo de un test diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en los textos convencionales²¹: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Al respecto, la jurisprudencia Interamericana ha señalado que:

“no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad”²².

De este modo, la Corte IDH ha considerado que un tratamiento diferenciado basado en alguna de estas categorías, que se consideran “sospechosas”, debe ser sometido a un escrutinio más estricto, “que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso”²³:

“Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo”²⁴.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que, frente a un tratamiento diferenciado basado en alguna de estas categorías sospechosas,

²⁰ En este sentido, por ejemplo: Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 125; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 219; Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 285, entre otros.

²¹ Al respecto: Dulitzky, Ariel. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia Interamericana”. En: Anuario de Derechos Humanos (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2007, p. 20. También: Nash, Claudio y David, Valeska. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En: Nash, Claudio y Mujica, Ignacio (Eds.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas –COLAM, Organización Interamericana Universitaria, Lima, 2009, pp. 170.

²² Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 240.

²³ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 278. En el mismo sentido: Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 241; Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 256.

²⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr. 81.

“la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”²⁵.

Por último, cabe precisar que hasta aquí se ha examinado el principio de igualdad y no discriminación en relación con la prohibición general de establecer distinciones que carezcan de justificación objetiva y razonable. Sin perjuicio de lo señalado en este sentido, además de dicha prohibición general, que constituye una obligación negativa, el principio de igualdad y no discriminación requiere que los Estados adopten medidas positivas para garantizar el goce efectivo del derecho de igualdad a todas las personas.

Al respecto, debe considerarse que “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”²⁶. En determinados casos, el respeto y garantía del principio de igualdad puede hacer necesario o incluso imperativo realizar distinciones entre grupos de personas. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que:

“el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”²⁷

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contempla la posibilidad de que los Estados adopten medidas especiales encaminadas a eliminar o acelerar la eliminación de la discriminación de ciertos grupos tradicionalmente desaventajados, según se examina a continuación.

4. Medidas especiales de carácter temporal

Como se ha señalado hasta aquí, las obligaciones estatales en materia de igualdad y no discriminación se extienden al respeto y garantía en condiciones de igualdad de los derechos reconocidos convencionalmente, así como a la exigencia de no discriminación en toda medida legislativa, de política pública o prácticas implementadas por el Estado, comprendiendo también el deber de adoptar medidas positivas para eliminar la discriminación y establecer mecanismos efectivos para la protección de las personas frente a la discriminación.²⁸

²⁵ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 257. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 228.

²⁶ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 8.

²⁷ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 123.

²⁸ En este sentido, por ejemplo, ha señalado el Comité de Derechos Humanos que “el principio de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley garantiza a todos una protección igual y efectiva contra la discriminación; que en cualquier esfera reglamentada y protegida por las autoridades públicas se debe prohibir la discriminación de hecho o de derecho; y que, al aprobar una ley, el Estado parte debe velar por que su contenido no sea discriminatorio” (Aurélio Gonçalves y otros v. Portugal, CCPR/C/98/D/1565/2007, párr. 7.4).

A lo señalado debe agregarse que, en el marco de la obligación de garantía del derecho a la igualdad, que comprende la exigencia de adoptar medidas positivas, se contemplan adicionalmente las medidas especiales de carácter temporal²⁹, que son medidas destinadas a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo de personas, a través del establecimiento de un tratamiento preferencial de dicho grupo, por un plazo de tiempo limitado, sin que dicha distinción resulte contraria a la prohibición general de discriminación.

Las medidas especiales de carácter temporal se encuentran consagradas explícitamente en los tratados especiales de derechos humanos referidos a la eliminación de la discriminación³⁰:

Artículo 4.1 CEDAW:³¹

“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”.

Artículo 1.4 CERD:³²

“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”.

Según se extrae de las normas convencionales, estas medidas se caracterizan por ser especiales, en el sentido de que están destinadas a alcanzar un objetivo específico, y temporales, es decir, que en ningún caso tendrán carácter permanente y deberán ser necesariamente retiradas cuando se hayan alcanzado los objetivos para los cuales fueron adoptadas.

²⁹ En la doctrina se ha señalado: “Estas medidas tienen la particularidad de que se destinan a los miembros de grupos vulnerables o desaventajados que han sido afectados por una situación de discriminación prolongada. [...] El requisito de legitimidad de estas medidas es que deben estar encaminadas a la igualdad efectiva en el goce de derechos que, sin estas, no resultaría posible, debido a la existencia de patrones de exclusión arraigados institucional y culturalmente. Estas medidas tienen un límite cual es su temporalidad, esto es, deben finalizar una vez alcanzado el objetivo de igualdad perseguido” (Nash, Claudio y David, Valeska. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En, Nash, Claudio y Mujica, Ignacio (Eds.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas –COLAM, Organización Interamericana Universitaria, Lima, 2009, p. 181.

³⁰ En el Sistema Interamericano, las medidas especiales de carácter temporal se encuentran contempladas en el artículo 1.5 de la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia y en el artículo 1.4 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Ambas convenciones han sido firmadas, pero no ratificadas, por el Estado de Chile.

³¹ Ver: Comité CEDAW. Recomendación general N° 25: Medidas especiales de carácter temporal. 2004.

³² Ver: Comité para la eliminación de la discriminación racial. Recomendación general N° 32: Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 29 de septiembre de 2009, CERD/C/GC/32.

Si bien estas medidas están expresamente consagradas en las convenciones citadas, referidas a la eliminación de la discriminación contra las mujeres y la discriminación racial, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado su conformidad con las disposiciones del PIDCP:

“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 Pacto”³³.

5. Reparaciones

La obligación de garantía de los derechos humanos, contemplada, en general, en los artículos 1.1 CADH y 2.1 PIDCP, comprende el deber del Estado de reparar a quienes hayan sufrido violaciones de derechos humanos. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que, como consecuencia de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”³⁴.

En los casos de vulneraciones al derecho a la igualdad, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido diversas medidas de reparación, que contemplan tanto medidas de restitución e indemnización como medidas de no repetición, tales como la implementación de programas de capacitación en derechos humanos con énfasis en el principio de igualdad³⁵, la elaboración e implementación de políticas públicas orientadas a la erradicación de los actos de discriminación³⁶ y, en general, la adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, entre otras.

³³ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 10.

³⁴ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 166

³⁵ Por ejemplo, en: Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 355; Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 343; Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 342; Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 313, entre otros.

³⁶ Por ejemplo, en: Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 320.

III. PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DEL INDH RESPECTO DE LA NECESIDAD DE REFORMAS A LA LEY N° 20.609

El INDH ha identificado determinados aspectos de la ley N° 20.609 que requieren ser reformados a fin de avanzar en la adecuación de la legislación nacional a las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha adquirido en materia de derechos humanos y en la garantía efectiva de los derechos reconocidos convencionalmente.

Entre las materias de preocupación que ha detectado el INDH, destacan las siguientes:

(i) **Formación judicial**

“En cuanto al mecanismo judicial, la ley establece que la acción de no discriminación arbitraria se puede interponer ante un juez de letras. Esto requerirá un esfuerzo adicional de formación por parte del Estado porque los jueces civiles por lo general no conocen la dogmática en este tipo de cuestiones”³⁷.

(ii) **Conflicto de derechos**

“Respecto de los [desafíos de la ley] destaca el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial aquellos contenidos en los números 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución. Al respecto, el INDH expresó en el debate parlamentario que en la eventualidad que ante un acto discriminatorio se alegue colisión de derechos, es tarea del juez ponderar en el caso concreto si hay o no discriminación. No es posible para el legislador decidir en abstracto y a todo evento qué situaciones no se entenderán como discriminatorias. La ponderación debe darse en pie de igualdad entre derechos y no estableciendo una ventaja normativa a favor de uno de ellos. Caso contrario, la apelación a conflictos de derechos conllevará ubicar el principio de igualdad y no discriminación en un estatus inferior al de otras garantías constitucionales. Este escenario requerirá del esfuerzo de jueces y juezas por incorporar en sus consideraciones y sentencias los estándares internacionales de derechos humanos en la materia”³⁸.

(iii) **Prevención de la discriminación**

“Las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de no discriminación establecen deberes de respeto y garantía, y para ello se requieren medidas de prevención, así como acciones judiciales tendientes a investigar y sancionar cuando corresponda a las personas responsables de hechos discriminatorios. A través de la acción judicial, la ley aprobada solo satisface una de estas dimensiones. La norma es débil en materia de prevención, es decir, en formular la obligación de acciones orientadas a informar a la ciudadanía y a transformar mitos, prejuicios e imaginarios culturales que están en la base de la discriminación, lo que constituye una importante debilidad”³⁹.

³⁷ INDH. Informe Anual 2012, p. 111.

³⁸ INDH. Informe Anual 2012, p. 111.

³⁹ INDH. Informe Anual 2012, p. 111.

(iv) Medidas especiales de carácter temporal

“La mayor deuda de la ley es la ausencia de medidas especiales, tales como las acciones afirmativas, que estando incorporadas en el proyecto inicial fueron eliminadas a lo largo del debate parlamentario. Diversos tratados internacionales establecen como obligación de los Estados adoptar estas acciones bajo dos requisitos: que sean temporales (mientras exista una situación de discriminación) y que no originen una nueva discriminación (que sean proporcionales). La brecha existente entre igualdad formal y sustantiva puede solucionarse en parte con la adopción de medidas de esta naturaleza, ya que permiten que toda persona o grupo discriminado (migrantes, mujeres, diversidad sexual, personas trabajadoras de casa particular, niños y niñas, indígenas, entre otros) pueda ejercer sus derechos en pie de igualdad con aquellos/as que no lo son. Este estándar de derechos humanos no fue incorporado a la ley, aun cuando han sido incorporadas en otras normas de la legislación nacional”⁴⁰.

(v) Reparaciones

“En relación con el deber de reparación frente a la violación de un derecho humano, el Estado tiene la obligación de reparar íntegramente el daño producido. El acto de reparar significa reponer a la persona la situación en que se encontraba antes de que sus derechos fueran vulnerados, y en caso que no sea posible, compensarla de una forma que se considere equivalente. La reparación incluye por tanto la restitución o compensación y la adopción de medidas que aseguren la no repetición de los hechos que provocaron la violación de derechos, entre otras, la adecuación de la legislación interna, la realización de actos públicos en los cuales el Estado reconoce su responsabilidad o la capacitación de funcionarios/as en el conocimiento de los derechos humanos de las personas”⁴¹.

(vi) Discriminación en contra de las personas LGTBI

“En el transcurso de 2019, diversos ataques a personas LGTBI han sido informados por los medios de prensa. Aun cuando el año 2012 se publicó la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, esta ha sido insuficiente para prevenir la violencia y otras afectaciones de derechos contra las personas LGTBI. La normativa se limita a establecer una acción jurisdiccional para sancionar hechos de discriminación arbitraria a través de una multa a beneficio fiscal, sin disponer la obligación para los órganos de la administración del Estado de desarrollar medidas para prevenir la violencia en contra de grupos de especial protección, ni tampoco para reparar a las víctimas. Por otra parte, en el ordenamiento jurídico nacional no se encuentran tipificadas conductas que puedan ser calificadas como crímenes de odio”⁴².

(vii) Definición de discriminación y medidas especiales

“La Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, instaura una acción jurisdiccional para sancionar hechos de discriminación arbitraria que, de acreditarse, facultan al tribunal para dejar sin efecto el acto discriminatorio u obligar a que se realice el acto omitido, además de la determinación de una multa a beneficio fiscal. La normativa dispone genéricamente sobre la obligación de los órganos de la administración del Estado de desarrollar medidas para prevenir la discriminación, pero no de medidas especiales que garanticen el goce pleno e igual de derechos, ni tampoco disposiciones específicas para reparar a las víctimas. No se han realizado las reformas recomendadas que permitan revisar las categorías de discriminación consideradas como “no

⁴⁰ INDH. Informe Anual 2012, pp. 111-112.

⁴¹ INDH. Informe sobre el proyecto de ley que modifica definiciones y procedimientos de la ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 10.035-17. 22 de junio de 2015, p. 20.

⁴² INDH. Datos relevantes para la adopción de la lista de cuestiones previas al séptimo informe periódico de Chile. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 13 de mayo de 2019.

arbitrarias” para adecuar la ley a la Convención. El Estado no ha evaluado el impacto que ha tenido la normativa en la prevención y erradicación de la discriminación étnico-racial. Las estadísticas disponibles indican que desde el año 2012 al 2016 se han interpuesto 11 acciones por discriminación basada en la “aparición personal”, pero se carece de antecedentes suficientes para establecer cuántos de estos casos constituyen discriminación contra personas indígenas, migrantes y/o afrodescendientes”⁴³

IV. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES RESPECTO DE LA LEY N° 20.609

En el marco del mecanismo de examen de informes periódicos por parte de los órganos de tratados de Naciones Unidas, se han formulado las siguientes observaciones y recomendaciones en relación con la ley N° 20.609:

(i) Comité para la eliminación de la discriminación racial (2013):

“Si bien nota los avances legislativos para combatir la discriminación racial, preocupa al Comité que la “discriminación arbitraria” contenida en la Ley de no discriminación podría llevar a los jueces a una interpretación que justifique ciertas acciones de discriminación y exima de responsabilidad a los actores de dicha discriminación. El Comité también lamenta que la Ley citada no prevea claramente medidas especiales que garanticen el goce pleno e igual de derechos humanos y libertades fundamentales de todos los grupos en el Estado parte (art. 1, párrs. 1 y 4, y art. 2, párrs. 1 y 2).

El Comité alienta al Estado parte a revisar las categorías de discriminación consideradas “no arbitrarias” para alinear la Ley de no discriminación a la Convención. También recomienda al Estado parte que clarifique que la Ley contempla las medidas especiales en el combate de la discriminación racial tomando en cuenta su Recomendación general N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención”⁴⁴

(ii) Comité de Derechos Humanos (2014):

“El Comité acoge con satisfacción la aprobación de la nueva ley de no discriminación. Sin embargo, le preocupa que esta ley no haya incluido el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, de conformidad con el artículo 3 del Pacto. Asimismo, el Comité nota con preocupación que prevalecen estereotipos, discriminación y marginación, en particular en contra de las mujeres (arts. 2, 3 y 26).

El Estado parte debe adoptar una legislación que garantice expresamente el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, de conformidad con el artículo 3 del Pacto. Asimismo, debe adoptar un mecanismo efectivo de reparación a las víctimas de discriminación”⁴⁵.

⁴³ INDH. Informe Complementario sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD). Informes periódicos 22° y 23° combinados. 28 de octubre de 2019.

⁴⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile. 23 de septiembre de 2013, CERD/C/CHL/CO/19-21, párr. 9.

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. 13 de agosto de 2014, CCPR/C/CHL/CO/6, párr. 11.

(iii) Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (2018):

El Comité encomia al Estado parte por haber aprobado leyes esenciales para promover la igualdad sustantiva entre las mujeres y los hombres. Sin embargo, observa con preocupación que:

a) La Ley núm. 20.609, de 2012, por la que se establecen medidas contra la discriminación sigue teniendo un ámbito de aplicación limitado y no incluye una definición amplia de la discriminación contra la mujer;

b) La falta de aplicación de la Ley núm. 20.609 y de un mecanismo judicial para resolver los casos de discriminación contra la mujer han dado lugar a bajas tasas de enjuiciamiento (entre 2012 y 2016, solo el 3% de los casos juzgados en virtud de la Ley estaban relacionados con la discriminación); [...]

De conformidad con las obligaciones del Estado parte en virtud de la Convención y en consonancia con la meta 5.1 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Comité recuerda sus anteriores observaciones finales (CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 11) y recomienda al Estado parte que:

a) Apruebe, con carácter prioritario, una definición jurídica exhaustiva de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque las formas directas, indirectas y concomitantes de discriminación en las esferas pública y privada y establezca, en su Constitución o en otra ley, el principio de igualdad formal y sustantiva entre mujeres y hombres, de conformidad con el artículo 2 a) de la Convención;

b) Establezca un mecanismo de denuncia judicial específico para los casos de discriminación contra la mujer y vele por que se asignen recursos humanos, financieros y técnicos adecuados para su aplicación, incluida la provisión de capacitación para la judicatura con respecto a la resolución de esos casos”⁴⁶.

V. ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN DEL PROYECTO DE LEY A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

1. Incorporación de la prevención de la discriminación arbitraria y la promoción y garantía del principio de igualdad como objetivos de la ley

La obligación de garantía del derecho a la igualdad comprende el deber del Estado de prevenir las vulneraciones a dicho derecho, de modo que la inclusión de la prevención como uno de los objetivos de la ley resulta coherente con las obligaciones internacionales en este sentido.

Sin perjuicio de ello, no se contempla el establecimiento de facultades judiciales para adoptar medidas específicamente orientadas a la prevención de la discriminación ni otros mecanismos concretos para hacer efectivo dicho objetivo, de modo que se mantendría la deficiencia que actualmente existe en esta materia.

2. Modificaciones a la definición legal de discriminación

La incorporación de la expresión “preferencia” en el inciso primero del artículo 2° de la ley resulta acorde con las definiciones de discriminación contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos referidos en este informe, de modo que la norma contribuye a que el alcance de la

⁴⁶ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. 14 de marzo de 2018, CEDAW/C/CHL/CO/7, párr. 12-13.

prohibición de discriminación contenida en esta ley se conforme a los estándares internacionales pertinentes.

Por otra parte, la inclusión de la categoría “cualquier otra condición social” al catálogo de motivos actualmente contemplados en el artículo 2° constituye un avance significativo en la adecuación de la legislación nacional sobre discriminación a los estándares internacionales que se han expuesto en este Informe. En particular, la inclusión de esta categoría resulta necesaria para otorgar a la definición legal de discriminación el mismo alcance que tienen las prohibiciones convencionales de discriminación y para permitir que a través de la actividad judicial se puedan examinar otros motivos de discriminación no señalados expresamente en la norma.

3. Eliminación del inciso final del artículo 2°

Como ha sostenido previamente el INDH⁴⁷, las posibles de colisiones de derechos en casos de discriminación deben resolverse por el juez, ponderando en concreto los derechos involucrados, y no en abstracto por el legislador. Esto, puesto que, de conformidad con los estándares internacionales referidos en ese Informe, las obligaciones estatales en esta materia exigen la adopción de las medidas necesarias para alcanzar la garantía efectiva del derecho a la igualdad en el goce de todos los derechos, sin que sea admisible establecer, *a priori*, diferencias de jerarquía entre determinados derechos. En este sentido, la propuesta normativa compatibiliza la acción de no discriminación arbitraria con el contenido y alcance del principio de igualdad y no discriminación, en relación con los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

4. Regla de inversión de la carga de la prueba

Como ha sido señalado, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha desarrollado un estándar de escrutinio estricto para evaluar las distinciones basadas en alguno de los motivos o categorías “sospechosas” establecidas en los textos convencionales, el cual involucra la inversión de la carga de la prueba, debiendo el Estado demostrar que el tratamiento diferenciado que ha establecido no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio, en razón de que en dichas distinciones existe un indicio de discriminación. En otras palabras, en estos casos se releva al afectado por el acto de la carga de demostrar que el tratamiento diferenciado ha sido discriminatorio, trasladando al Estado la carga de probar la razonabilidad de dicho acto.

El proyecto de ley, en este sentido, contempla la introducción de una regla que invierte la carga de la prueba, estableciendo que corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, cuando de los antecedentes aportados por el recurrente resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria.

La regla de inversión de la carga de la prueba que se contempla en la iniciativa legal parece seguir una lógica similar que la referida, sin embargo, la aplicación de la regla dependerá de que el recurrente aporte antecedentes de los cuales resulten indicios suficientes de que se ha producido una

⁴⁷ Ver: *supra*, pág. 12.

acción u omisión que importe discriminación, lo que parece implicar que los antecedentes acompañados por aquél deben ser capaces de formar un cierto nivel de convicción en el juez respecto de la verosimilitud de la alegación de discriminación, con lo cual, al no precisarse qué podría constituir “indicios suficientes”, la variación respecto de la situación actual parece bastante restringida, pues la carga de producir tales antecedentes permanece en el recurrente. En este sentido, la propuesta legislativa se aleja de la regla convencional, a la cual subyace la consideración de que las distinciones basadas en las categorías “sospechosas” tienen una alta probabilidad de resultar discriminatorias y, por ello, quien las establece debe probar su legitimidad.

5. Introducción del deber judicial de ordenar el pago de indemnización

La indemnización de la persona que ha sufrido discriminación forma parte de la reparación que el Estado debe otorgar a quienes han sufrido violaciones de derechos humanos. Desde este punto de vista, la incorporación de una indemnización a la víctima resulta positiva para efectos del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Sin perjuicio de ello, es preciso reiterar que la reparación, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluye tanto la restitución o compensación como la adopción de medidas que aseguren la no repetición de los hechos que provocaron la violación de derechos, de manera tal que la sola indemnización no es suficiente para dar cumplimiento íntegro a la obligación de reparar.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El INDH valora la moción parlamentaria como una contribución relevante para la adecuación de la legislación nacional a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile que se encuentran vigentes, y en particular, para avanzar en la garantía efectiva del derecho a la igualdad y no discriminación.

En este sentido, el INDH destaca especialmente la eliminación del inciso final del artículo 2º, la incorporación de la categoría “cualquier otra condición social” a los motivos de discriminación del artículo 2º y la introducción de la indemnización a la víctima, como medidas legislativas que dan cumplimiento concreto a las obligaciones internacionales de derechos humanos del Estado de Chile que han sido expuestas en este Informe.

Por último, sobre la base de los estándares internacionales expuestos en este Informe y de sus pronunciamientos previos en esta materia, el INDH formula las siguientes recomendaciones en relación con el proyecto de ley examinado:

1. Considerar la posibilidad de incorporar en la ley mecanismos concretos para hacer efectivo el objetivo de prevención de la discriminación que se contempla en el proyecto de ley, como por ejemplo, la facultad judicial de adoptar medidas específicamente orientadas a la prevención de la discriminación o el reforzamiento del deber general establecido en el artículo 1º de la ley en materia de prevención.

2. Considerar la posibilidad de revisar, durante el debate legislativo, la adecuación de la definición legal de discriminación a los estándares internacionales referidos al principio de igualdad y no discriminación.
3. Considerar la posibilidad de incorporar en la ley la facultad de los órganos estatales competentes para establecer medidas especiales de carácter temporal dentro del ámbito de sus competencias, en los casos en que ello no requiera regulación legal.
4. En relación con las reparaciones:
 - a. Considerar la posibilidad de incorporar la reparación integral de las víctimas de discriminación a los propósitos de la ley enunciados en el artículo 1°.
 - b. Considerar la posibilidad de incorporar en la ley la facultad judicial de dictar medidas de no repetición, como forma de reparación, en las sentencias que declaren que ha existido discriminación.
5. Considerar la posibilidad de modificar la regla de inversión de la carga de la prueba comprendida en el proyecto de ley, para efectos de que sea el tipo de distinción que se examina lo que determine su aplicación, en lugar de los antecedentes que pueda aportar el recurrente.