INDH
INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

OBSERVACIONES DEL INDH AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA Y FORTALECE LA LEY N° 20.609, QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN (BOLETÍN N° 12.748-17)

Comisión de Derechos Humanos del Senado
20 de julio de 2020

OBLIGACIONES ESTATALES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

1. Respetar y garantizar sin discriminación, los derechos humanos
   - Artículos 1.1. CADH y 2.1 PIDCP – CLÁUSULAS SUBORDINADAS
2. No discriminar en la legislación nacional y su aplicación
   - Artículos 24 CADH y 26 PIDCP – CLÁUSULAS AUTÓNOMAS
3. Adoptar medidas positivas para eliminar la discriminación
4. Establecer mecanismos efectivos para proteger a las personas frente a la discriminación
5. Prevenir la discriminación

Obligaciones generales

Obligación de garantía

DISTINCIONES PERMITIDAS Y PROHIBIDAS

DISTINCIONES PERMITIDAS

- Basadas en criterios **objetivos.**
- Justificación **razonable**:
  - Finalidad legítima con arreglo a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos
  - Proporcionalidad

DISCRIMINACIÓN

- **Distinción**, exclusión, restricción o preferencia
- Basada 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
- 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 de todas las personas.

INDH
INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY

1.- INCORPORACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA Y LA PROMOCIÓN Y GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO OBJETIVOS DE LA LEY

OBSERVACIONES	RECOMENDACIONES
PREVENCIÓN • Es coherente con las obligaciones internacionales del Estado, particularmente la obligación de garantía del derecho a la igualdad. • Sin embargo, no se contempla el establecimiento de facultades judiciales para adoptar medidas específicamente orientadas a la prevención ni otros mecanismos concretos para hacer efectivo dicho objetivo. PROMOCIÓN Y GARANTÍA • En el DIDH se contemplan las medidas especiales de carácter temporal: medidas destinadas a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo tradicionalmente desaventajado, a través del establecimiento de un tratamiento preferencial de dicho grupo, por un tiempo limitado, sin que dicha distinción resulte contraria a la prohibición general de discriminación	• 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 1° de la ley en materia de prevención. • 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.

2.- MODIFICACIONES A LA DEFINICIÓN LEGAL DE DISCRIMINACIÓN

OBSERVACIONES

- **Incorporación de la expresión "preferencia" en el inciso primero del artículo 2° de la ley**: es acorde con las definiciones de discriminación contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos.
- **Inclusión de la categoría "cualquier otra condición social" al catálogo de motivos actualmente contemplados en el artículo 2°**: un avance significativo en la adecuación de la legislación nacional a los estándares internacionales. La inclusión de esta categoría otorga la definición legal el mismo alcance que tienen las prohibiciones convencionales de discriminación y permite que a través de la actividad judicial se puedan examinar otros motivos de discriminación no señalados expresamente en la norma.

RECOMENDACIONES

- Considerar la posibilidad de revisar, durante el debate legislativo, la adecuación de la definición legal de discriminación a los demás estándares internacionales referidos al principio de igualdad y no discriminación.

3.- ELIMINACIÓN DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 2° DE LA LEY

OBSERVACIONES

- Como ha sostenido previamente el INDH, las posibles 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 las obligaciones internacionales 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.
- Así, la propuesta compatibiliza la acción de no discriminación 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

OBSERVACIONES	RECOMENDACIONES
• En el DIDH 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 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. • En el proyecto de ley, la aplicación de la regla de inversión de la carga de la prueba dependerá de que el recurrente aporte antecedentes de los cuales resulten indicios suficientes de que se ha producido una 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. 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.	• 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

www.indh.cl

5.- INTRODUCCIÓN DEL DEBER JUDICIAL DE ORDENAR PAGO DE INDEMNIZACIÓN

OBSERVACIONES

- 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.

RECOMENDACIONES

- Considerar la posibilidad de incorporar la reparación integral de las víctimas de discriminación a los propósitos de la ley enunciados en el artículo 1°.
- 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.