

Informe de Armonización
Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación
(Boletín 3815 – 07)

I. Consideraciones Generales

En virtud del acuerdo entre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Gobierno de la República de Chile, celebrado el 23 de septiembre de 2009 se produce el establecimiento de la Oficina Regional para América del Sur¹ en la ciudad de Santiago de Chile. La misión de la Oficina es la observación, promoción y protección de los derechos humanos en seis países de la región: Argentina, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela. Para ello, se establecen relaciones de estrecha cooperación, asistencia técnica y diálogo permanente con los gobiernos, los parlamentos, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil, los equipos de país y agencias de las Naciones Unidas, entre otros.

En el marco del mandato, que establece promover y proteger los derechos humanos de todos los individuos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos América del Sur se dirige respetuosamente a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado con el objeto de informar sobre la armonía del Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación en relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.²

El alcance de las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se desarrolla en el Artículo 2³ del

¹ El establecimiento de la Oficina Regional está basado en el mandato otorgado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por la Asamblea General en su resolución 48/141 de 20 de diciembre de 1993, para promover y proteger los derechos humanos. A/RES/48/14

² El Estado de Chile ha ratificado: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

³ Artículo 2

1. 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.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

instrumento. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “se impone a los Estados Parte la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el Pacto y de garantizar su disfrute a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción...”.⁴ Así mismo destaca, “En el párrafo 2 del artículo 2 se dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para hacer efectivos en el plano interno los derechos reconocidos en el Pacto. Se sigue que, si los derechos reconocidos en el Pacto no están ya protegidos por la legislación o la práctica internas, los Estados Parte, cuando ratifiquen el Pacto, habrán de introducir los cambios necesarios en la legislación o la práctica internas para ponerlas en armonía con el Pacto. En caso de haber incompatibilidad entre el derecho interno y el Pacto, se dispone en el artículo 2 que se habrá de modificar la legislación o la práctica internas para ajustarse a las normas impuestas por las garantías sustantivas del Pacto...”.⁵ Por lo tanto, es parte de los compromisos contraídos por el Estado de Chile el desarrollo de un marco legislativo que otorgue una efectiva protección a todos los individuos en materia de discriminación.

Los Comités reconocen la preeminencia del derecho a la igualdad y no discriminación y como éste se ubica dentro de las bases del sistema internacional de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.”⁶ Así mismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial afirma que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituye un principio básico de la protección de los derechos humanos.”⁷ Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que “... Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.”⁸

⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31 “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, 80º período de sesiones, 2004, párr. 3. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31 “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, 80º período de sesiones, 2004, párr. 13. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

⁶ Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18 “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr.1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General No. 14 relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, 42º período de sesiones, 1993, párr.1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 239

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 34º período de sesiones, 2005, párr. 7. E/C.12/2005/4

En las observaciones finales los Comités han manifestado su preocupación por la afectación y menoscabo al derecho a la igualdad y no discriminación en Chile y han recomendado al Estado dirigir sus esfuerzos a la adopción de un marco normativo que defina el término “discriminación” en conformidad a los estándares internacionales. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en las observaciones finales del año 2009 señaló que “...observa con preocupación que en el derecho interno no existe aún una definición de discriminación racial conforme con el artículo 1 de la Convención. El Comité recomienda al Estado Parte que intensifique sus esfuerzos para la adopción del proyecto de ley contra la discriminación racial enviado al Parlamento en 2005, y se asegure de que una definición de la discriminación racial, que incluya los elementos que figuran en el artículo 1 de la Convención, sea integrada en el ordenamiento legal chileno.”⁹ Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño haciendo visible la afectación al derecho a la igualdad en Chile, ha manifestado su preocupación porque algunos grupos vulnerables, entre ellos niños indígenas, niños migrantes, niños con discapacidad, niños de estratos socioeconómicos desfavorecidos y los que viven en zonas rurales, siguen siendo víctimas de discriminación, especialmente en materia de salud y educación. Ha recomendado al Estado que “intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención, y que adopte una estrategia proactiva e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo, y contra todos los grupos vulnerables en todo el país.”¹⁰

En el Examen Periódico Universal del año 2009,¹¹ Chile examinó las recomendaciones formuladas por los Estados y manifestó su apoyo, en materia de discriminación a:

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

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

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

⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales, 7 de septiembre de 2009, párr. 12. CERD/C/CHL/15-18

¹⁰ Comité de los Derechos de los Niños, Observaciones finales, 23 de abril de 2007, párr. 30. CRC/C/CHL/CO/3

¹¹ Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal Chile, 12º período de sesiones, 4 de junio de 2009. A/HEC/12/10

28. Prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas de igualdad (Suecia) y utilizar los Principios de Yogyakarta como guía en la formulación de políticas (Países Bajos);” En lo principal, las conclusiones y recomendaciones están orientadas a garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de todas las personas, especialmente de mujeres, niños y minorías indígenas.

Si bien en el derecho interno chileno hay un reconocimiento constitucional del principio de igualdad,¹² su resguardo requiere la adopción de medidas concretas por parte del Estado, siendo necesaria la incorporación de los estándares intencionales al sistema jurídico nacional.

II. Análisis por artículos del Proyecto de Ley

Ante la realidad descrita, el Estado de Chile asume la obligación de desarrollar una institucionalidad y un marco normativo eficaz que garantice el respeto de los derechos de todas las personas sin distinción. Dada la importancia del principio de igualdad y no discriminación, la adopción de una ley que defina el término “discriminación” y consagre la procedencia de medidas afirmativas es determinante para un cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas a nivel internacional.

1. Concepto de discriminación

Artículo 3°.- Para los efectos de esta ley, se entenderá por acto o conducta de discriminación arbitraria toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricción o preferencia, cometida por agentes del Estado o particulares, que prive, perturbe o amenace el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, en la ley, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando aquellas se encuentren fundadas en motivos de raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, lugar de residencia, idioma, ideología u opinión política, sindicación o participación en asociaciones gremiales, sexo, género, orientación sexual, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2° de la ley N° 19.638, las distinciones que las entidades religiosas realicen de acuerdo a las actividades mencionadas en los artículos 6° y 7° de la misma ley, no se considerarán arbitrarias.

¹² La Constitución Política de la República en su Artículo 1° dispone, “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El mismo artículo en su último inciso consagra como un deber del Estado “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” Además en materia de igualdad, el Artículo 19 No. 2 y 3 asegura a “todas las personas... la igualdad ante la ley” y “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” respectivamente.

Dentro del sistema de Naciones Unidas¹³ se encuentran una serie de tratados que consagran el derecho a la no discriminación¹⁴. Destaca por su especial tratamiento de la materia, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial¹⁵ (CERD).

La CERD consagra la definición del término “discriminación racial” en el artículo 1.1 señalando: “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 de la vida pública.”

El PIDCP en el Artículo 26 consagra el derecho a la igualdad, señalando: “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.” El artículo 26 establece el derecho a la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. Así mismo, de la segunda oración se establece una obligación para los Estados, en especial para el legislador de abstenerse de crear normativas que originen discriminación, como también el deber de adoptar un marco legislativo que proteja a todos los individuos contra la discriminación. Otras normas integrantes del PIDCP consagran el derecho a la igualdad en forma más específica.¹⁶ Entre las normas que componen el tratado no hay una definición del término “discriminación” dado que ya se cuenta con la definición contenida en la CERD.

¹³ Como antecedente en materia de no discriminación, el año 1958 la Organización Internacional del Trabajo a través del Convenio 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) en el Artículo 1 letra a) establece, “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”

¹⁴ A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos han consagrado dentro de su normativa alguna cláusula referente al principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Entre ellos se identifica: Artículo 2 Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 14 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

¹⁵ La CERD del año 1965, fue desarrollada con el objeto de garantizar a todas las personas el respeto universal de los derechos humanos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Se debe considerar el contexto en el cual se originó este instrumento internacional, en particular la preocupación manifestada por la comunidad internacional tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial por el desarrollo de doctrinas de superioridad basadas en la diferenciación racial y de políticas de gobierno tales como las del apartheid, segregación y separación. En virtud de lo anterior, se estimó determinante consagrar a nivel internacional directrices específicas en materia de discriminación.

¹⁶ En efecto, al Artículo 3 consagra el deber de los Estados de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en lo relativo al goce de todos los derechos civiles y políticos integrantes del Pacto. Por su parte, el Artículo 14 establece el derecho a la igualdad en materia de acceso a la justicia.

El Comité de Derechos Humanos, como órgano que realiza las interpretaciones autorizadas de las normas integrantes del PIDCP, en la Observación General No. 18¹⁷ denominada “No Discriminación” define el término “discriminación” a partir de otras convenciones internacionales referentes a la materia. El Comité alude al artículo 1.1 de la CERD y al artículo 1 de la CEDAW¹⁸ para establecer una definición de “discriminación”. El párrafo 7 de la Observación General No. 18 señala: “Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido 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 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.”

A la luz de la definición desarrollada por el Comité de Derechos Humanos y la definición consagrada en el Artículo 1.1 de la CERD, resulta necesario determinar si el concepto establecido en el artículo 3 del proyecto de ley está en armonía con la definición del término discriminación consagrada a nivel internacional.

1.a) Sentido y alcance del término discriminación

De la lectura del artículo 3 del proyecto de ley, se identifica la utilización del término “discriminación arbitraria”¹⁹, con el objeto de resaltar que la conducta discriminatoria no está asociada a una prohibición de hacer distinciones en forma general, más bien se prescribe realizar distinciones caprichosas. La discriminación prohibida es la discriminación arbitraria, la norma en tramitación no exige la ilegalidad como factor de configuración lo relevante será la falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación de fin. El Comité de Derechos Humanos ha señalado “que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se busca es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.”²⁰

Según el sentido que se otorgue al termino discriminación, es posible concluir que si se otorga a la palabra discriminación un carácter no neutral, de acuerdo al

¹⁷ Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18, “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

¹⁸ Artículo 1º: “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 por 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.”

¹⁹ Desde el proyecto original se utiliza dicha terminología de acuerdo a lo señalado en el Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. 14 de marzo 2005, Santiago.

²⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr. 13. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

análisis, resultaría innecesario utilizar la terminología de “discriminación arbitraria” toda vez que se está tratando de definir aquellas conductas prohibidas, es decir aquellas distinciones no amparadas en el derecho. La normativa internacional que ha conceptualizado el término discriminación, no utiliza la nomenclatura de discriminación arbitraria. Se considera el término “discriminación” en su sentido “no neutral” aludiendo a aquellas conductas prohibidas.²¹

El proyecto de ley indica las modalidades que puede adoptar la discriminación, que se puede traducir en *distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias*. El mensaje del proyecto define las modalidades señalando que, “las distinciones son diferenciaciones en base a alguna particularidad. Las exclusiones se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa. Las restricciones son reducciones a menores límites. Las preferencias, finalmente, son ventajas que se conceden a una persona sobre otra.”²² **La definición propuesta en el proyecto de ley está en armonía con la definición de la CERD que en su artículo 1° señala “la expresión de “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia,...**”

1.b) Criterios de diferenciación

La norma en tramitación enumera los siguientes criterios: “... **raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, lugar de residencia, idioma, ideología u opinión política, sindicación o participación en asociaciones gremiales, sexo, género, orientación sexual, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad.**” La incorporación de las distintas categorías enunciadas obedece a la necesidad de visibilizar a los distintos grupos vulnerables que son objeto de actos discriminatorios.

En relación a los criterios de diferenciación, el Artículo 1° de la CERD señala cinco criterios: raza, color, linaje u origen nacional o étnico.²³ Mientras el Artículo 26 del PIDCP incorpora más criterios de diferenciación prohibidos y una cláusula abierta. El listado enunciado en el PIDCP no es taxativo, más bien se identifican criterios considerados como sospechosos al momento de realizar distinciones.

²¹ Tanto la definición desarrollada por el Comité, como la establecida en la CERD y CEDAW no utilizan la nomenclatura “discriminación arbitraria.”

²² Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. 14 de marzo 2005, Santiago.

²³ En esta materia el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial “...observa que una diferenciación de trato no constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención son legítimos o quedan incluidos en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención. Al examinar los criterios que puedan haberse empleado, el Comité reconocerá que una medida concreta puede obedecer a varios fines. Al tratar de determinar si una medida surte un efecto contrario a la Convención, examinará si tal medida tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico”. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General No. 14 relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, 42° período de sesiones, 1993, párr.2. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 239

De la comparación del artículo 3 del proyecto de ley con las normas internacionales es posible concluir que la norma en tramitación se encuentra en armonía con los estándares establecidos a nivel internacional, dado que incluye la mayoría de los criterios señalados en los instrumentos internacionales que regulan la materia. Sin embargo, se destaca que dentro de los criterios enunciados no se contempla la religión como un criterio prohibido, exclusión que debería reconsiderarse. En especial cabe analizar el inciso segundo del artículo en tramitación que excluye a las entidades religiosas de la aplicación de la normativa en análisis, toda vez que en el ejercicio de ciertos credos y doctrinas podrían presentarse situaciones atentatorias al principio de igualdad y no discriminación, tal como ha sido subrayado por el Comité.²⁴

El Comité de Derechos Humanos ha destacado que “...ninguna manifestación de carácter religioso o de creencias puede equivaler a la propaganda en favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso **que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.** Tal como dice el Comité en su Comentario general N° 11 [19], los Estados Partes tienen la obligación de promulgar leyes que prohíban tales actos.”²⁵

La norma en tramitación no considera una cláusula abierta.²⁶ En caso que el listado de criterios sufra reducciones durante la tramitación del proyecto, se sugiere la incorporación de una cláusula abierta acorde a lo establecido en el Artículo 26 del PIDCP. Toda vez que al eliminarse criterios del listado eventualmente se excluirían actos u omisiones discriminatorias del la esfera de aplicación del proyecto de ley.

1.c) Determinar los efectos que se buscan evitar al establecer un concepto de discriminación

El artículo 3 del proyecto de ley prescribe que *“se entenderá por acto o conducta de discriminación arbitraria toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricción o preferencia, cometida por agentes del Estado o particulares, que prive, perturbe o amenace el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, en la ley, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...”*. La nomenclatura utilizada en el proyecto corresponde a la consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la

²⁴ La Comisión de Derechos Humanos en la resolución 2005/40 “Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa” señala que “... para alcanzar plenamente los objetivos de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, es preciso que todos los sectores de la sociedad practiquen la tolerancia y la no discriminación, e invita a los gobiernos, las instituciones religiosas y la sociedad civil a seguir dialogando a todos los niveles para promover el aumento de la tolerancia, el respeto y la comprensión”.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, “Artículo 18 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, 48º período de sesiones, 1993, párr. 7. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179.

²⁶ En el proyecto original además del listado de criterios se indicaba “o cualquiera otra condición social o individual.”.

República de Chile para definir las conductas que hacen procedente el recurso de protección. Sin embargo, la finalidad de la norma constitucional difiere del objetivo de la norma integrante del proyecto de ley.²⁷

En relación a los efectos que debe prescribir la norma, los organismos internacionales distinguen entre discriminación directa e indirecta. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Observación General No. 14 señala que “cualquier distinción es contraria a la Convención si tiene el propósito o el efecto de menoscabar determinados derechos y libertades”²⁸. La norma internacional prescribe tanto la discriminación directa, aquella realizada con el propósito de discriminar, como la indirecta, aquellos actos u omisiones en apariencia neutros pero que en la práctica tienen como efecto producir una situación discriminatoria.

El Comité de Derechos Humanos ha conceptualizado 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”²⁹. Esta definición posteriormente fue complementada por el Comité al señalar que “una discriminación indirecta puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los resultados negativos de esto afectan exclusivamente o desproporcionadamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social”³⁰.

Para que la norma en tramitación cumpla con el estándar internacional debe prescribir ambos tipos de discriminación. Sin embargo, la redacción actual de la norma solo se refiere a la discriminación directa. Resultaría necesario hacer modificaciones orientadas a incorporar dentro del proyecto una frase que prescriba también las formas de discriminación indirecta. Se sugiere reemplazar la frase “...que prive, perturbe o amenace el ejercicio de los derechos...” por “que tengan el propósito o el efecto de menoscabar los derechos y libertades establecidos en la Constitución Política de Chile, en la ley, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” De esta manera se protegería a las personas de ambos tipos de discriminación, dado que se haría alusión tanto a la intención como a los resultados de los actos o conductas.

²⁷ Dentro de los motivos que impulsaron la presentación del proyecto, que constan en el mensaje del mismo, se indica que la consagración del derecho a la igualdad y no discriminación a nivel constitucional no es suficiente para garantizar un efectivo respeto y goce del derecho. Siendo necesario el establecimiento una normativa legal específica que complemente el texto constitucional.

²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General No. 14, relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, 42º período de sesiones, (1993), extracto párr. 1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 239

²⁹ Derksen v. Los Países Bajos, párr. 9.3. CCPR/80/D/976/2001

³⁰ Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria, párr. 9.4. CCPR/C/81/D/1160/2003

2. Medidas Afirmativas

Artículo 2º.- Corresponde al Estado elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias para promover y garantizar el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de los derechos y libertades de las personas.

Las medidas afirmativas tienen como principal propósito lograr la igualdad en el ejercicio de los derechos y se caracterizan por ser temporales. Una vez alcanzado el objetivo que justifica su establecimiento, éstas deben cesar.

El artículo 1.4 de la CERD se refiere a la medidas especiales que pueden ser adoptadas por los Estados con el objeto 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...”. Los instrumentos internacionales no solo admiten sino que respaldan la adopción de medidas afirmativas a fin de lograr modificar situaciones de hechos contrarias al principio de igualdad. Actualmente, tres tratados internacionales³¹ vigentes en Chile indican en forma expresa la procedencia de medidas de acción afirmativa, siendo su establecimiento a nivel nacional parte de las obligaciones del Estado.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado “que el principio de 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 a otorgar, durante un tiempo, al sector de la población 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.”³² El Comité de Derechos Humanos examina que en la práctica no basta un tratamiento igualitario para lograr vencer las situaciones discriminatorias, siendo por lo tanto procedente la adopción de medidas especiales. En igual sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala “Los principios de igualdad y no discriminación por sí solos no siempre garantizan una auténtica igualdad. La necesidad de situar a personas, o grupos de personas desfavorecidos o marginados, al mismo nivel sustantivo que los demás puede

³¹ Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 1.4; Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, Artículo 4; Convención sobre los Derechos de las Personad con Discapacidad, Artículos 5.3 y 5.4.

³² Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18, “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr.10. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

exigir en ocasiones medidas especiales provisionales que miran, no sólo a la realización de la igualdad formal o de jure, sino también a la igualdad de facto o sustantiva ...”³³
En un contexto de discriminación, las medidas afirmativas se posicionan como una estrategia que puede ser utilizada por los Estados³⁴ con el fin de garantizar la igualdad sustantiva a ciertos grupos vulnerables.

A pesar de la preeminencia de las medidas afirmativas su establecimiento no se contempla dentro de la normativa en estudio. Si bien el proyecto original contemplaba la procedencia de medidas afirmativas³⁵, esto ha sido modificado durante la tramitación.³⁶

Sería oportuno que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento incorporara, dentro de la normativa sobre discriminación, una referencia directa a las medidas de acción afirmativa, dado que constituyen una herramienta fundamental para avanzar hacia un verdadero respeto del principio de igualdad y no discriminación.³⁷

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2005, párrafo 15. E/C.12/2005/4

³⁴ Los distintos comités alientan y fomentan la adopción de las medidas afirmativas, entre ellos el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “... alienta a los Estados a que adopten medidas especiales provisionales para acelerar el logro de la igualdad entre el hombre y la mujer en el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. Tales medidas no deben considerarse discriminatorias en sí mismas, ya que se basan en la obligación del Estado de eliminar las desventajas causadas por las leyes, tradiciones y prácticas discriminatorias, pasadas y presentes. La índole, duración y aplicación de tales medidas deben determinarse teniendo en cuenta la cuestión y el contexto específicos y deben reajustarse cuando las circunstancias lo requieran. Los resultados de esas medidas deberían supervisarse para interrumpir éstas cuando se hayan alcanzado los objetivos para los que se adoptaron.” Observación general No. 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2005, párrafo 36. E/C.12/2005/4

³⁵ Proyecto original Artículo 2º.- “Corresponde al Estado elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias para garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades. El Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas.”

³⁶ En junio de 2008, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía eliminó del texto toda referencia a las medidas afirmativas, acogiendo así las indicaciones realizadas por distintos parlamentarios en tal sentido. (Boletín de indicaciones al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, 7 de abril de 2008.)

³⁷ A nivel internacional la procedencia de medidas afirmativas ha sido ampliamente tratada y consagradas en distintos ordenamientos jurídicos internos. El Estado plurinacional de Bolivia consagra la procedencia de acciones afirmativas y las define como “aquellas medidas y políticas de carácter temporal adoptadas a favor de sectores de la población en situación de desventaja y que sufren discriminación en el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado y en los instrumentos internacionales. Constituyen un instrumento para superar los obstáculos que impiden una igualdad real.” (Artículo 2 letra k), Ley Contra el Racismo y Toda forma de Discriminación, No. 737 del 8 de octubre de 2010). México a través de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación consagra en su capítulo III, denominado “Medidas Positivas y Compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades”, un conjunto de medidas especiales con el objeto de favorecer a ciertos colectivos vulnerables, tales como mujeres, niños, personas mayores de 60 años y población indígena. Se reconoce el deber de los órganos públicos y de las autoridades federales de adoptar medidas para enfrentar las situaciones de desigualdad. Por último, en materia de medidas afirmativas cabe analizar las Directrices Específicas de la Unión Europea, que han consagrado la procedencia de acciones positivas y medidas específicas con el objeto de garantizar la plena vigencia del principio de igualdad. (Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).