

**INFORME COMPLEMENTARIO DE LA
COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN,
LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO**
recaído en el proyecto de ley, en segundo
trámite constitucional, que establece medidas
contra la discriminación.

BOLETÍN N° 3.815-07

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene a honra evacuar el informe complementario que le fuera solicitado sobre la iniciativa en referencia.

A una de las sesiones en que se consideró esta materia asistió, además de los miembros de la Comisión, la Honorable Senadora señora Ena von Baer.

A otra de ellas, concurrieron el Ministro de Justicia, señor Teodoro Ribera, y la Subsecretaría del Ministerio Secretaría General de Gobierno, señora María Eugenia de la Fuente.

Asimismo, participaron los abogados señora Alejandra Voigt y señor Juan Pablo Cavada, de la Biblioteca del Congreso Nacional; Jorge Cash y Héctor Ruiz, asesores de la Honorable Senadora señora Alvear, y Fernando Dazarola, asesor del Honorable Senador señor Walker, don Patricio.

Estuvieron presente, también, los abogados señores Juan Pablo Rodríguez, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Daniel Montalva, del Instituto Libertad y Desarrollo.

En una de las señaladas sesiones, participaron las señoras Elvira Oyanguren, asesora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, y Camila Maturana, abogada de la Corporación Humanas, y el señor Rolando Jiménez, en representación del Movimiento Chileno de Minorías Sexuales.

- - -

QUÓRUM DE APROBACIÓN Y PARECER DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

Cabe dejar constancia que los artículos 3°, 6° y 13 del proyecto tienen el carácter de orgánico constitucionales por vincularse con las atribuciones de los tribunales. En consecuencia, en mérito de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República, requieren, para su aprobación, del voto favorable de las cuatro séptimas partes de los señores Senadores en ejercicio.

Igualmente, debe hacerse presente que, como se anunciara en el informe anterior, al momento de despacharse éste, vuestra Comisión puso el nuevo texto del proyecto en conocimiento de la Excm. Corte Suprema, en mérito de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Con fecha 29 de julio recién pasado, ese Alto Tribunal expresó su parecer mediante oficio N° 126-2011, informando que esa Corte ya ha sido consultada en cuatro oportunidades sobre la iniciativa y que las respuestas han sido evacuadas, respectivamente, mediante los oficios N° 58, de 3 de mayo de 2005; N° 168, de 15 de noviembre de 2005; N° 27, de 23 de enero de 2007, y N° 96, de 23 de junio de 2008.

Destaca que el texto que actualmente se consulta difiere de los anteriormente presentados, especialmente en el procedimiento a seguir por la acción de no discriminación arbitraria. Connota que, en lo que interesa al análisis, modifica el tribunal competente proponiéndose que éste sea el juez de letras y no una Corte de Apelaciones, ante la cual queda radicada la segunda instancia, que antes no existía, y modifica la tramitación de la acción, detallando las diversas etapas procedimentales.

Pone de relieve que se establecen, además, casos excepcionales en los que, aún concurriendo los criterios legales para identificar una discriminación arbitraria, la distinción, exclusión o restricción se encuentra justificada en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21 del artículo 19 de la Constitución Política, o en otra causa constitucionalmente legítima.

En esta oportunidad, la Corte Suprema emite su parecer en el mismo sentido en que lo hiciera originariamente, de acuerdo a lo informado en el Oficio N° 58, de 3 de mayo de 2005, en orden a que el derecho a la no discriminación se encuentra suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, a través de las

acciones constitucionales y legales pertinentes, como son el recurso de protección, el de amparo, el de amparo económico, el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales y la acción especial contemplada en el artículo 57 de la ley N° 20.422, que consagra normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer otras acciones adicionales y especiales para su resguardo.

Por estas consideraciones, esa Excma. Corte acordó informar desfavorablemente el proyecto de ley en estudio.

ANTECEDENTES

Cabe hacer presente que este proyecto de ley fue informado por esta Comisión con fecha 10 de junio de 2011.

Encontrándose agregada esta iniciativa a la Tabla de asuntos pendientes de la Sala, con fecha 5 de julio de 2011 la Comisión estimó procedente llevar a cabo una reunión informativa con representantes de la Conferencia Episcopal de Chile y de distintas iglesias y organizaciones evangélicas, con la finalidad de analizar con ellos el sentido y alcance del texto propuesto en el ya referido informe.

Consideradas las inquietudes planteadas en esa oportunidad, la Comisión estimó conveniente profundizar el análisis del artículo 2° del proyecto, precepto que define la discriminación arbitraria.

Por esta razón, en sesión del Senado celebrada en la misma fecha recién indicada, se resolvió enviar nuevamente la iniciativa a la Comisión para que elaborara un informe complementario.

Finalmente, es dable consignar que, con fecha 17 de agosto de 2011, la Sala abrió un nuevo plazo para presentar indicaciones, hasta las dieciocho horas de ese mismo día, recibándose un total de siete. De los acuerdos adoptados a su respecto se dará cuenta más adelante.

DEBATE DE LA COMISION

La Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Alvear, dio inicio al debate recordando que el texto despachado a la Sala fue fruto de un esfuerzo desplegado en conjunto por los miembros de la Comisión con representantes del Ejecutivo y del Instituto Nacional de Derechos Humanos y con el aporte de abogados especialistas.

Agregó que, luego de evacuado el texto que derivó de ese trabajo, la Comisión lo aprobó en forma unánime y lo despachó a la Sala.

Destacó, que, no obstante, con posterioridad se mantuvieron algunas inquietudes referidas fundamentalmente al uso de la expresión “orientación sexual” como categoría protegida contra los actos de discriminación arbitraria. Señaló que, igualmente, una vez más se recibieron planteamientos proponiendo la inclusión de la “identidad de género” dentro de dichas categorías.

A raíz de lo anterior, puso de manifiesto ante la Comisión la pertinencia de considerar nuevamente estas materias. En cuanto a la expresión “orientación sexual”, hizo presente que los planteamientos recientemente escuchados se orientan tanto a la necesidad de reemplazarla por otra –como podría ser la expresión “condición sexual”-, como a la conveniencia de definirla, sin perjuicio de que también se postuló su supresión.

Añadió que, seguramente, cualquiera sea el texto que en definitiva se despache, éste suscitará críticas, por versar sobre una materia de tanta complejidad. Sin embargo, consideró que bien valía la pena hacer un esfuerzo adicional por reconsiderar estos conceptos.

El Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, compartió lo expresado por la señora Presidenta de la Comisión y observó que el problema parece radicar en la utilización de la expresión “orientación sexual” y en el temor de que ella pueda amparar interpretaciones absurdas o peligrosas o dar a entender que de algún modo ella estaría legitimando conductas ilícitas.

En consecuencia, para evitar lo anterior, planteó que una solución adecuada podría consistir en incluir una norma que descarte expresamente dichas posibilidades.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, participó de las inquietudes expuestas y, en relación con ellas, expresó que era dable admitir tanto la posibilidad de excluir la expresión “orientación sexual” como la de mantenerla. En este último caso, añadió, sería aconsejable incorporar una definición de la misma, de manera que sea la propia ley la que determine su sentido y alcance y, a la vez, despeje las dudas que pudiere ocasionar la ausencia de una definición legal.

El Honorable Senador señor Kuschel coincidió con las opiniones y proposiciones formuladas precedentemente.

Después de escuchar las anteriores intervenciones, **la Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Alvear**, consideró que convendría mantener en el inciso primero del artículo 2° la expresión “orientación sexual” entre las categorías que no pueden ser motivo de discriminación arbitraria, complementando esta regla con la precisión de que ella, en ningún caso, podría amparar o legitimar conductas ilícitas.

Agregó que lo anterior debía entenderse complementado con el precepto del inciso tercero, que asegura que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en algunos de los criterios del inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio de otro derecho fundamental, como sería el caso de la libertad de enseñanza, la libertad de culto u otra.

En cuanto a la posible incorporación de la identidad de género en este precepto, afirmó que prefería respetar los criterios alcanzados por el Grupo de Trabajo en esta materia y, por lo tanto, no incluirla.

Concluyó expresando que, de esta forma, el texto, a su juicio, resulta satisfactorio, aun cuando es probable que despierte, igualmente, otras críticas o inquietudes.

Los restantes miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Kuschel, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, compartieron la anterior intervención y sugirieron solicitar al profesor de Derecho Constitucional señor Patricio Zapata que considerara el debate precedente y colaborara en la redacción de un texto destinado a descartar interpretaciones absurdas o peligrosas de la expresión “orientación sexual”.

Atendiendo a estas inquietudes, **el profesor señor Zapata** hizo llegar un informe en el cual aborda, en primer lugar, los elementos de juicio tenidos a la vista al momento de proponerse, por parte del Grupo de Trabajo que colaboró con la Comisión, la utilización de la expresión “orientación sexual”.

Recordó que la fórmula “orientación sexual” fue recomendada por una amplísima mayoría de los miembros del mencionado Grupo que, bajo la coordinación de los Ministerios Secretaría General de la Presidencia y de Gobierno, propuso a esta Comisión una serie de adiciones y enmiendas a la iniciativa en estudio. Aclaró que, en todo caso, en adelante expresaría sus propias razones.

Puso de manifiesto que la expresión “orientación sexual” permite distinguir a las personas en función de cuál es el foco estable

o permanente de su interés romántico/erótico. Así, dependiendo de si dicho interés se dirige a hombres o mujeres, se habla de hombres heterosexuales, hombres homosexuales, mujeres heterosexuales y mujeres homosexuales. Existen, en todo caso, quienes plantean la existencia de otras posibilidades (bisexuales y asexuales).

Indicó que, sólo para efectos de descartar interpretaciones absurdas o peligrosas, le parecía importante precisar que siempre ha entendido que la expresión “orientación sexual”, tal como se propone en el proyecto, no puede servir para amparar o legitimar las conductas de aquellos individuos cuyo interés sexual se centra en menores de edad (pedofilia) o que derivan placer infligiendo dolor a otra persona (sadismo), ni comprende aquellas patologías evidentes consistentes en tener una fijación erótica en animales (zoofilia) u objetos (fetichismo).

Aseveró que es evidente que en Chile existe un conjunto de individuos adultos que se siente atraído sexualmente por otros individuos adultos del mismo sexo. Agregó que, por distintos motivos y pese a que no se trata de una situación ilegal, este hecho ha producido y sigue produciendo en ciertas personas reacciones adversas u hostiles. Explicó que en la misma medida que esa circunstancia ha acarreado y sigue acarreado un trato discriminatorio arbitrario que afecta el ejercicio de derechos fundamentales, el proyecto de ley en estudio no puede sino hacerse cargo de esta situación.

En cuanto a las razones por las cuales podría preferirse la expresión “orientación sexual” en vez de las alternativas “preferencia sexual”, “opción sexual”, “identidad sexual” o “condición sexual”, señaló las siguientes:

En primer lugar, “orientación sexual” tiene la ventaja de no prejuzgar ante el delicado y complejo debate sobre las causas y connotaciones de la homosexualidad. Trátase ésta, dijo, de una discusión muy potente, que suscita divisiones profundas en los campos de la ciencia, la psicología, la antropología filosófica y la moral.

Precisó que, así como algunas personas piensan que la homosexualidad es una propiedad determinada genéticamente, otros creen que está muy fuertemente condicionada por las experiencias de vida. Si unos reclaman que debe ser respetada porque no ha sido elegida, otros alegan que debe aceptarse, precisamente, porque es el fruto de una opción.

Consideró que no es bueno que la ley tome partido en esta polémica, pues las personas tienen derecho a sustentar una u otra explicación. Agregó que, además, debiera preferirse siempre un concepto legal que permita seguir distinguiendo entre aquellos juicios que condenan a una persona por tener una determinada inclinación sexual (que

parecen lesivos de la igual dignidad) de aquellos otros juicios que algunas tradiciones morales y religiosas dirigen en contra de aquella actividad sexual que se produce fuera del contexto de complementariedad y posibilidades reproductivas, que serían la manifestación legítima de varias libertades.

Enseguida, señaló que las expresiones “condición sexual” e “identidad sexual” presentan varias desventajas. Dijo que parecen asumir, en primer lugar, que la homosexualidad es, necesariamente, una característica fija e inamovible del individuo. No queda claro, por otra parte, en qué se distinguen realmente de la palabra “sexo”.

A contrario sensu, prosiguió explicando, las alternativas “opción sexual” y “preferencia sexual” suponen aceptar que la homosexualidad es una elección libre del individuo, cuestión que, como ha dicho, está abierta a discusión.

Hizo notar que la fórmula “orientación sexual”, en segundo lugar, tiene una cierta historia en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, agregó, es el término empleado en el más importante documento que sobre la materia viene discutiendo Naciones Unidas desde hace tres años, que es la “Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas”. Ella expresa, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

4. Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.

5. Estamos, asimismo, alarmados por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquéllos sometidos a tales abusos.

6. Condenamos las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud.”.

Informó que este texto cuenta con el apoyo de cerca de 70 de los 192 Estados miembros de Naciones Unidas, número incluye a toda Europa y casi toda América. En contra, se ha manifestado una mayoría de los países de África e islámicos.

Finalmente, estimó importante considerar que la expresión “orientación sexual” ha figurado en el proyecto en estudio desde que éste inició su tramitación, hace más de un lustro. Este hecho, aclaró, no impide que el término pueda ser cambiado por otro; pero, al menos, sugirió que una innovación debería contar con buenas razones.

Insistió, finalmente, en que el texto del proyecto, en los términos propuestos por el Grupo de Trabajo, no implica bajo ningún concepto que se afecten las libertades religiosa, de expresión o de enseñanza.

Lo que se prohíbe, precisó, es la discriminación arbitraria, esto es, aquel tipo de trato distinto que no responde a ningún motivo razonable. Indudablemente, el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales es una causa razonable para proponer o establecer diferencias.

En una sesión posterior, **el profesor Zapata** atendió derechamente la solicitud de la Comisión en orden a sugerir un texto que complementara el artículo 2°, en la línea de excluir la posibilidad de que las categorías a que se refiere su inciso primero puedan validar o amparar conductas reñidas con la ley.

Para ello, reiteró su criterio de mantener la expresión “orientación sexual”. Sobre este punto, recordó que en el Grupo de Trabajo que colaboró con la Comisión en la redacción del texto de esta iniciativa hubo un largo debate respecto de cuál era la expresión más adecuada, considerándose, como lo señalara precedentemente, entre otras, las fórmulas “condición sexual” e “identidad sexual”.

Resaltó que la expresión “condición sexual” ofrece una connotación que, incluso, podría entenderse como patológica y que, en ningún caso, alude a un atributo o una cualidad.

Hizo presente que en el idioma inglés ese término importa claramente una situación problemática y que seguramente nunca se utilizaría en un texto legal en esa lengua.

Connotó, asimismo, que la expresión “orientación sexual” es utilizada por quienes forman parte de las minorías que han impulsado su incorporación en el texto de la iniciativa en estudio, de manera que valerse de una denominación diferente podría constituir una especie de

discriminación, lo que naturalmente pugnaría con el propósito central del proyecto.

Por último, resaltó que la tantas veces mencionada expresión “orientación sexual” se ha vuelto el pararrayos de la discusión, pero que el fondo de ésta dice relación con la necesidad de reconocer a las minorías sexuales el ejercicio de sus derechos.

Además de mantener el ya referido concepto, estimó conveniente establecer en un inciso segundo, nuevo, que las categorías referidas en el inciso primero no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Agregó que, adicionalmente, podrían contemplarse algunos ejemplos que pueden ser útiles al intérprete para comprender mejor el propósito del legislador.

Mencionó, como posibilidad, el caso del individuo adulto que debe responder por actos sexuales contrarios a derecho, quien no podría invocar su orientación sexual para reclamar su condición de víctima de arbitrariedad cuando se le haga efectiva su responsabilidad.

Indicó que la técnica de los ejemplos ha sido usada históricamente en el texto de las leyes, como se observa tanto en nuestro ordenamiento como en otras fuentes del derecho positivo.

En resumen, señaló que estas proposiciones solucionarían la duda de que las categorías contempladas en el inciso primero puedan legitimar, exculpar o facilitar la comisión de actos ilegales o la posibilidad de eximirse de la consecuente responsabilidad.

Complementó sus proposiciones sugiriendo incorporar en el actual inciso segundo, que pasaría a ser tercero, la palabra “siempre” para enfatizar que en todo caso se considerarán siempre razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental.

La Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Alvear, agradeció las contribuciones aportadas por el profesor señor Zapata, que, dijo, ciertamente dilucidan inquietudes que es menester zanjar.

El Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, opinó que las sugerencias de redacción que se han propuesto sirven para atender a las inquietudes planteadas y, al mismo tiempo, para

resolverlas satisfactoriamente. En cuanto a la inclusión de ejemplos en la norma en estudio, aseveró que compartía la utilidad de los mismos, agregando que las leyes también deben tener un carácter didáctico e ilustrativo.

Sostuvo que el texto del proyecto ha venido perfeccionándose progresivamente y da cuenta de un debate y de un interés por lograr soluciones equilibradas en el tema de la discriminación, el cual debe abordarse para que la situación actual se revierta. Afirmó que la iniciativa avanza decididamente en esa dirección.

La Honorable Senadora señora von Baer reconoció como un aporte la incorporación de la palabra “siempre” en el inciso final del precepto en análisis. Sin embargo, hizo notar que se seguiría optando por utilizar la expresión “orientación sexual” en el inciso primero, la cual hace necesaria una serie de explicaciones. Puso de manifiesto que el uso de la fórmula “condición sexual”, en cambio, las ahorraría.

La Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Alvear, indicó que los términos “orientación sexual” y “género”, que han dado origen a las múltiples inquietudes suscitadas en el último tiempo, eran parte del texto despachado en primer trámite por la Cámara de Diputados.

Puso de relieve que, en el segundo trámite constitucional, esta Comisión ha hecho un sostenido esfuerzo por analizar esas inquietudes, por evaluar las mejores alternativas y por llegar, en definitiva, a un texto compartido, que ofrezca soluciones bien fundamentadas a los propósitos buscados por la iniciativa y que sea eficaz para enfrentar los problemas de discriminación que afectan a nuestra sociedad.

Advirtió que, no obstante lo anterior, probablemente subsistan críticas al texto que se despache, toda vez que durante este extenso debate se ha conocido una gran diversidad de posiciones, algunas de ellas de gran intransigencia.

Aun así, manifestó que coincidía con las proposiciones formuladas por el profesor Zapata, las que, a su juicio, disipan las aprensiones que se han conocido.

El Honorable Senador señor Orpis explicó que, como se ha incorporado recientemente a esta Comisión, no ha tenido oportunidad de seguir en detalle el debate habido en torno a esta iniciativa.

Sin embargo, por las razones expuestas por el profesor señor Zapata, consideró que la expresión “orientación sexual” es más amplia que “condición sexual”, pues supone elementos de índole más

subjetiva que pueden dar lugar a mayores dudas y ambivalencias acerca de su alcance. No ocurre lo mismo, añadió, con “condición sexual”, que parece un concepto más definido y acotado.

Por lo expuesto, aseguró que, mientras más preciso sea el término utilizado en esta norma, mejor será la protección que se ofrezca al derecho que se pretende cautelar.

El Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, revisó el significado de los términos en discusión. En este sentido, hizo presente que la palabra “orientación”, según se ha explicado, no se compromete con ninguna tesis y, por ello, resultaría más apta para este texto. Lo anterior, agregó, es coherente con una de las acepciones que ofrece el Diccionario de la Lengua, según la cual significa “estado, situación especial en que se halla alguien”. Añadió que, en cambio, “orientación” alude a “tendencia, dirección o línea de conducta”.

En consecuencia, señaló, podría usarse cualquiera de los dos términos. No obstante, afirmó que podría optarse por “condición” sin caer en una cuestión de carácter biológico, sino entendiéndola como el estado o situación especial en que la persona se halla respecto de su orientación sexual. Así, acotó, podría dejarse establecido en la historia de la ley.

En todo caso, prosiguió exponiendo, si en definitiva se optare por utilizar la expresión “orientación”, se debería hacerlo en el entendido de que esa expresión se refiere a una línea de conducta determinada, en este caso en el ámbito sexual, sin incurrir en prejuicios de ninguna especie. Si este fuere el acuerdo final, dijo que sería necesario incorporar el inciso nuevo que se ha propuesto, por cuanto éste despeja las dudas que pudiere haber acerca de que el término “orientación sexual” ampararía conductas ilícitas.

Refiriéndose al último informe evacuado por la Excma. Corte Suprema en relación con esta iniciativa, **el Honorable Senador señor Walker, don Patricio**, manifestó su discrepancia con el criterio desfavorable que allí se expresa y resaltó la necesidad de crear una acción especial nueva en contra de los actos de discriminación arbitraria, que represente una vía eficiente que supere las dificultades que hoy ofrece el recurso de protección.

A continuación, se refirió a la disyuntiva de utilizar la fórmula “orientación sexual” o “condición sexual”.

Connotó que, respecto de la primera, se ha objetado que el proyecto incorpora formalmente a nuestro ordenamiento la

nueva categoría denominada "orientación sexual", sin precisar esa noción, la que, sin embargo, provoca un profundo debate.

Sobre este particular, **la Comisión** recordó las observaciones que la Conferencia Episcopal de Chile hizo presente.

Esa entidad sostuvo que el proyecto en estudio pretende incorporar al Derecho chileno y, en especial, al ámbito de la tutela personal, una expresión no recogida hasta hoy en él como es la "orientación sexual", sin explicitar en parte alguna su exacto contenido.

Dicha institución consideró que ello es grave, pues bastaría con hacer un análisis rápido del término en la literatura para constatar que existen comprensiones muy variadas del mismo.

Hizo notar que la orientación sexual se describe como "la atracción sexual a otro género" y que, más comúnmente, se entiende que se refiere al lesbianismo, la homosexualidad, la bisexualidad y la heterosexualidad. Agregó que, sin embargo, si el término no está definido, la orientación sexual puede ser interpretada para incluir hasta veintidós diferentes formas de comportamiento sexual y que el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV), publicado por la Asociación Psiquiátrica Americana en 1994, identifica dieciséis de estas conductas sexuales, mientras que las seis restantes, aunque una vez incluidas, se han eliminado de la lista por la mencionada Asociación como resultado de presiones políticas. Estas veintidós orientaciones sexuales posibles, agregó, son la heterosexualidad, la homosexualidad, la pedofilia, el exhibicionismo, el voyeurismo, la zoofilia, la bisexualidad, la coprofilia, el fetichismo, el fetichismo travesti, el trastorno de identidad sexual, la klismafilia, la necrofilia, el parcialismo, el masoquismo sexual, las fantasías masoquistas, el sadismo sexual, la teléfono-escatología, la transexualidad, los transexuales, los travesti y la urofilia.

Insistió en que, de este modo, se incorporaría a la norma en estudio un concepto indeterminado que ciertamente provocará una mayor litigiosidad, en la mayor parte de los casos injustificada, y con efectos graves si ellos son extendidos a ciertas materias, en especial a las de familia y a la libertad religiosa.

En consideración a los planteamientos recién transcritos, **el Honorable Senador señor Walker, don Patricio**, coincidió en que si se mantuviere la palabra "orientación" en el inciso primero del artículo 2° del proyecto, sería necesario agregar la precisión contenida en el nuevo inciso segundo que se ha sugerido incorporar, de manera de dejar claramente establecido que en ningún caso la categoría "orientación sexual" podrá amparar la comisión de ilícitos.

Cabe señalar que, en esta oportunidad, **la Comisión** también tuvo en consideración el oficio del Instituto Nacional de Derechos Humanos, N° 505, de fecha 17 de agosto de 2011, mediante el cual remite nuevamente su opinión en relación con esta iniciativa y adjunta copia de la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, del 15 de julio de 2011, referida a la orientación sexual y a la identidad de género.

En síntesis, el Instituto explica cómo las categorías “orientación sexual” e “identidad de género” son considerados criterios sospechosos para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la vez que insta a la Comisión a contemplarlos dentro del artículo 2° del proyecto.

A su vez, la mencionada Resolución expresa la preocupación del Consejo por los actos de violencia y discriminación que ocurren en todas las regiones del mundo y que se cometen en contra de las personas por su orientación sexual y su identidad de género, a raíz de lo cual recomienda la adopción de una serie de acciones.

Finalizado este análisis, **la Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Alvear**, dio inicio al estudio de las indicaciones que se presentaron en el último plazo que se fijó para tales efectos. Éstas suman un total de siete e inciden en el artículo 2° del proyecto.

Artículo 2°

Esta disposición consta de dos incisos.

El primero de ellos define la discriminación arbitraria, entendiéndola como toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El mismo inciso agrega que la discriminación arbitraria tendrá lugar, en particular, cuando las referidas distinciones, exclusiones o restricciones se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

El inciso segundo dispone que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso precedente, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

A este precepto se presentaron las siguientes siete indicaciones:

La indicación número 1, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, agrega a este precepto el siguiente inciso segundo, nuevo:

“Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor.”.

Sometida esta indicación a consideración a la Comisión, se expusieron una vez más los razonamientos y antecedentes de que se ha informado precedentemente.

Puesta en votación, fue aprobada con enmiendas, para los efectos de incorporar en el inciso segundo, que pasa a ser tercero, la palabra “siempre” entre la forma verbal “considerarán” y el adjetivo “razonables”, y reemplazar la expresión “precedente” por “primero”.

Este acuerdo contó con el voto favorable de la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear (Presidenta) y señores Espina, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio.

La indicación número 2, de los Honorables Senadores señora von Baer y señor Orpis, reemplaza, en el inciso primero, la expresión “la orientación sexual” por “la condición sexual”.

En concordancia con el acuerdo anterior y por la misma unanimidad, esta indicación número 2 fue rechazada.

La indicación número 3, del Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, suprime, en el inciso primero, la expresión “orientación sexual”.

En atención a que, como recién se ha consignado, se optó por mantener la expresión que la indicación propone suprimir, esta indicación número 3 también fue rechazada. Lo fue por la misma unanimidad.

La indicación número 4, de la Honorable Senadora señora Allende, intercala, en el inciso primero, entre las expresiones “la orientación sexual” y “el estado civil”, la expresión “la identidad de género”, antecedita de una coma (,).

Respecto de esta propuesta, **la Comisión** destacó que la determinación de los denominados criterios sospechosos ha sido uno de los puntos que mayor debate ha generado durante el análisis de esta iniciativa.

Se puso de relieve que se hizo un trabajo de convergencia y concordancia con miras a lograr un texto que represente una solución equilibrada en una materia de tanta complejidad.

Se enfatizó, asimismo, que, pese a estas dificultades, se han alcanzado acuerdos que han contado con el respaldo unánime de los miembros de la Comisión.

Por las consideraciones anteriores, se resolvió no introducir nuevas modificaciones al texto acordado para este artículo 2°.

En consecuencia, la indicación número 4 fue unánimemente rechazada por los miembros presentes de la Comisión. Votaron en contra los **Honorables Senadores señora Alvear (Presidenta) y señores Espina, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio.**

La indicación número 5, de los Honorables Senadores señoras Pérez, doña Lily, y Rincón, y señor Rossi, formula una proposición idéntica a la anterior.

La indicación número 6, del Honorable Senador señor Navarro, también plantea la misma enmienda.

Finalmente, **la indicación número 7, de los Honorables Senadores señores Lagos y Rossi,** intercala, en el inciso primero, entre las expresiones “la orientación sexual” y “el estado civil”, la frase “la identidad de género y el género”, antecedita de una coma (,).

En relación con las indicaciones números 5, 6 y 7, se adoptó la misma decisión recaída en la número 4. En

consecuencia, fueron desechadas unánimemente, por esa misma votación.

- - -

MODIFICACIONES PROPUESTAS

Como consecuencia de los acuerdos precedentemente consignados, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene a honra proponeros la aprobación del texto contenido en el informe que evacuara anteriormente, con las siguientes enmiendas:

Artículo 2º

Introducirle las siguientes modificaciones:

Inciso segundo, nuevo

Incorporar como tal, el siguiente:

“Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor.”.
(Indicación 1. 4 x 0)

Inciso segundo

Pasa a ser inciso tercero, con las siguientes modificaciones:

- Intercalar la palabra “siempre” entre la forma verbal “considerarán” y el adjetivo “razonables”, y
- Reemplazar la expresión “precedente” por “primero”. (Indicación 1. 4 x 0)

TEXTO DEL PROYECTO

En virtud de las modificaciones anteriores, el proyecto de ley queda como sigue:

PROYECTO DE LEY:

“TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- Propósito de la ley. La presente ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Artículo 2°.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor.

Se considerarán **siempre** razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso **primero**, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la

Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

TÍTULO II LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Artículo 3°.- Acción de no discriminación arbitraria. Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión.

Artículo 4°.- Legitimación activa. La acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación.

También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aún teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla.

Artículo 5°.- Plazo y forma de interposición. La acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión.

La acción se interpondrá por escrito, pudiendo, en casos urgentes, interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente.

Artículo 6°.- Admisibilidad. No se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos:

a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo;

b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes;

c) Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley;

d) Cuando carezca manifiestamente de fundamento, y

e) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.

Si la situación a que se refiere la letra a) se produce después de que haya sido admitida a tramitación la acción de no discriminación arbitraria, el proceso iniciado mediante esta última acción terminará por ese solo hecho.

Artículo 7°.- Suspensión provisional del acto reclamado. En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior.

El tribunal podrá revocar la suspensión provisional del acto reclamado, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida.

Artículo 8°.- Informes. Deducida la acción, el tribunal requerirá informe a la persona denunciada y a quien estime pertinente, notificándolos personalmente. Los informes deberán ser evacuados por los requeridos dentro de los diez días hábiles siguientes a la respectiva notificación. Cumplido ese plazo, el tribunal proseguirá la tramitación de la causa, conforme a los artículos siguientes, aún sin los informes requeridos.

Artículo 9°.- Audiencias. Evacuados los informes, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará una audiencia para el quinto día hábil contado desde la última notificación que de esta resolución se haga a las partes, la que se practicará por cédula.

Dicha audiencia tendrá lugar con la parte que asista. Si lo hacen todas ellas, el tribunal las llamará a conciliación.

Si una de las partes no asiste o si concurriendo ambas no se produce la conciliación, el tribunal, en la misma audiencia, citará a las partes a oír sentencia si no hubiere hechos sustanciales,

pertinentes y controvertidos. Si los hubiere, en la misma audiencia recibirá la causa a prueba, resolución que podrá impugnarse mediante reposición y apelación subsidiaria, la que se concederá en el solo efecto devolutivo. Estos recursos deberán deducirse dentro del tercer día hábil contado desde el término de la audiencia.

Recibida la causa a prueba, las partes tendrán el plazo de tres días hábiles para proponer al tribunal los medios de prueba de los cuales pretenden valerse, debiendo presentar una lista de testigos si desean utilizar la prueba testimonial. Acto seguido, el tribunal dictará una resolución fijando la fecha para la realización de la audiencia de recepción de las pruebas, que deberá tener lugar entre el quinto y el décimo quinto día hábil posterior a dicha resolución. Si tal audiencia no fuere suficiente para recibir todas las pruebas que fueren procedentes o si las partes piden su suspensión por motivos fundados o de común acuerdo, lo que podrán hacer sólo por una vez, se fijará una nueva audiencia para dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la anterior. Finalizada la última audiencia de prueba, el tribunal deberá citar a las partes a oír sentencia.

Artículo 10.- Prueba. Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.

El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Artículo 11.- Medidas para mejor resolver. El tribunal podrá, de oficio y sólo dentro del plazo para dictar sentencia, decretar medidas para mejor resolver. La resolución que las ordene deberá ser notificada a las partes.

Estas medidas deberán cumplirse dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la fecha de la notificación de la resolución que las disponga. Vencido este término, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite.

Artículo 12.- Sentencia. El tribunal fallará dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en que la causa hubiera quedado en estado de sentencia. En ella declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo

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

Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.

Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal.

Artículo 13.- Apelación. La sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán apelables, dentro de cinco días hábiles, para ante la Corte de Apelaciones que corresponda, ante la cual no será necesario hacerse parte.

Interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos el día hábil siguiente.

La Corte de Apelaciones agregará extraordinariamente la causa a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Deberá oír los alegatos de las partes, si éstas los ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa, y resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quede en estado de fallo.

Artículo 14.- Reglas generales de procedimiento. En todo lo no previsto en este título, la sustanciación de la acción a que él se refiere se regirá por las reglas generales contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

TÍTULO III REFORMAS A OTROS CUERPOS LEGALES

Artículo 15.- Modificaciones al Estatuto Administrativo. Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo:

1) En el artículo 84, antes artículo 78 de la ley N° 18.834, reemplázase la letra l), que se ordenó incorporar a dicho precepto por la ley N° 20.005, sobre causales de destitución, por la siguiente:

“l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación.”.

2) Reemplázase la letra b) del artículo 125, antes artículo 119 de la ley N° 18.834, relativo a las causales de destitución, por la siguiente:

“b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto;”.

Artículo 16.- Modificación al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Reemplázase la letra l) del artículo 82 de la ley 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, relativo a las prohibiciones de tales funcionarios, por la siguiente:

“l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación.”.

Artículo 17.- Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12, relativo a las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, el siguiente numeral nuevo:

“21ª. Cometer el delito o participar en él por motivos racistas u otra clase de discriminación arbitraria referente a la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima, a la nación, etnia o grupo social al que pertenezca, a su sexo, orientación sexual, edad, filiación, apariencia personal o a la enfermedad o discapacidad que padezca.”.

Artículo 18.- Interpretación de esta ley. Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres artículos precedentes.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 9 y 17 de agosto de 2011, con asistencia de sus miembros, Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela (Presidenta) y señores Alberto Espina Otero (Carlos Ignacio Kuschel Silva), Hernán Larraín Fernández, Jaime Orpis Bouchon y Patricio Walker Prieto.

Sala de la Comisión, a 22 de agosto de 2011.

NORA VILLAVICENCIO GONZALEZ
Abogada Secretaria

RESUMEN EJECUTIVO

**INFORME COMPLEMENTARIO DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN,
LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO
DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE ESTABLECE
MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN
(Boletín Nº 3.815-07)**

I.- PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO: instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Para estos efectos, la iniciativa define la discriminación arbitraria; establece la acción que las personas afectadas podrán interponer cuando ésta ocurre y regula detalladamente su sustanciación. Además, incorpora algunas enmiendas a otros cuerpos normativos, entre ellos, el Código Penal y el Estatuto Administrativo. Finalmente, como criterio interpretativo de esta ley, dispone que los preceptos de la misma no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes.

II.- ACUERDOS:

- Indicación 1: aprobada con enmiendas, 4 x 0.
- Indicación 2: rechazada, 4 x 0
- Indicación 3: rechazada, 4 x 0
- Indicación 4: rechazada, 4 x 0
- Indicación 5: rechazada, 4 x 0
- Indicación 6: rechazada, 4 x 0
- Indicación 7: rechazada, 4 x 0

III.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO: consta de dieciocho artículos permanentes, divididos en tres Títulos.

IV.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: los artículos 3º, 6º y 13 del proyecto tienen el carácter de normas orgánico constitucionales por vincularse con las atribuciones de los tribunales. En mérito de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política, requieren, para su aprobación, del voto favorable de las cuatro séptimas partes de los señores Senadores en ejercicio.

V.- URGENCIA: a la fecha de emisión de este informe, no tiene.

VI.- ORIGEN DE LA INICIATIVA: Mensaje del ex Presidente de la República, señor Ricardo Lagos.

VII.- TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo trámite.

VIII.- TRÁMITE REGLAMENTARIO: Informe complementario.

IX.- LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- Constitución Política de la República
 - Código de Procedimiento Civil
 - Código Penal
 - Decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, sobre Estatuto Administrativo
 - Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales
-

Valparaíso, a 22 de agosto de 2011.

NORA VILLAVICENCIO GONZALEZ
Abogada Secretaria