

INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA,
recaído en el proyecto de ley que establece
medidas contra la discriminación.

BOLETÍN Nº 3.815-07

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS,

HONORABLE SENADO:

La Comisión Mixta, constituida en conformidad a lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Política de la República, tiene el honor de proponer la forma y modo de resolver las divergencias surgidas entre el Senado y la Cámara de Diputados durante la tramitación del proyecto de ley de la referencia, iniciado en Mensaje del ex Presidente de la República, señor Ricardo Lagos, con urgencia calificada de “suma”.

- - -

La Cámara de Diputados, Cámara de Origen, designó como miembros de la Comisión Mixta a los Honorables Diputados señora María Antonieta Saa y señores Gonzalo Arenas, Alberto Cardemil, Aldo Cornejo y Edmundo Eluchans.

A su vez, el Senado, Cámara Revisora, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento de la misma Corporación, designó como miembros de la Comisión Mixta a los Honorables Senadores que conforman su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Previo citación del señor Presidente del Senado, la Comisión Mixta se constituyó el día 18 de abril de 2012, con la asistencia de sus miembros, los Honorables Senadores señora Soledad Alvear y señores Alberto Espina, Carlos Larraín, Hernán Larraín y Patricio Walker, y los Honorables Diputados señora María Antonieta Saa y señores Gonzalo Arenas, Alberto Cardemil, Aldo Cornejo y Edmundo Eluchans.

En dicha oportunidad, por unanimidad se eligió como Presidente al Honorable Senador señor Hernán Larraín.

En las sesiones de la Comisión Mixta participaron, por el Ministerio Secretaría General de Gobierno, el Ministro, señor Andrés

Chadwick; el Jefe de Gabinete, señor Pablo Terrazas; el Jefe de Prensa, señor Juan José Bruna, y la asesora, señora María José Gómez.

Asistieron, asimismo, los asesores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señoras Carol Parada y Yussra Almeida y señor Juan Pablo Rodríguez; el señor Héctor Mery, asesor de la Fundación Jaime Guzmán; el señor Marcelo Drago, asesor de la Honorable Senadora señora Alvear; el señor Fernando Dazarola, asesor del Honorable Senador señor Walker, don Patricio; la señora Carolina Salas, asesora del Honorable Diputado señor Eluchans; la señora Nicol Garrido, asesora de la Honorable Diputada señora Saa; el señor Abraham Valdebenito, asesor del Comité Partido Por la Democracia, y la periodista, señora María José Pavez.

En una de las sesiones celebradas por la Comisión Mixta participaron, especialmente invitados, los profesores señor Juan Domingo Acosta y señor Patricio Zapata.

En la misma oportunidad, concurren, por Amnistía Internacional, su Directora Ejecutiva, señora Ana Piquer, la Coordinadora de la División Sexual, señorita María Belén Saavedra, y la Coordinadora del Equipo Diversidad, señora María José Romero; por la Fundación Iguales, su Presidente, señor Pablo Simonetti, y el asesor jurídico, señor Mauricio Tapia; por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, su Directora, señora Lorena Fries, la asesora jurídica, señora Paula Salvo, y la asesora, señora Elvira Oyanguren; por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), su Presidente, señor Rolando Jiménez, el asesor jurídico, señor Fernando Muñoz, la investigadora, señora Constanza Miranda, y los voceros, señores Óscar Rementería y Jaime Parada; por el Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), su Presidente, señor Gonzalo Cid, y el asesor jurídico, señor Elías Jiménez; por el Observatorio Parlamentario y la Corporación Humanas, la abogada señora Camila Maturana; por la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), su Presidente, señor Andrés Rivera Duarte, la asesora jurídica, señora Jenny Arriaza, y la Coordinadora del Área Transfemenina, señora Victoria Yáñez; por la Organización no Gubernamental de Investigación, Formación y Estudios de la Mujer (ISFEM), su Presidenta, señora Ismini Anastassiou, y el abogado señor Dale Schowengerdt; por la Red por la Vida y la Familia, la Coordinadora, señora Patricia Gonnelle, y los abogados señora María Magdalena Ossandón y señores Ignacio Covarrubias y Álvaro Ferrer; por el Centro de Libertad Religiosa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, su Directora señora Ana María Celis, y la Directora del Centro de Familia, señora Carmen Domínguez; por la Conferencia Episcopal de Chile, el Coordinador del Equipo Jurídico Estable, abogado señor Jorge Precht; por el Consejo Nacional de Obispos y Pastores de Chile, el Consejo de Pastores de la Zona Oriente, la Coordinadora de Pastores de la Región de Valparaíso y la Red de Profesionales Cristianos de Chile (Movimiento ISACAR), el Delegado, señor Manfred Svensson, y el

Presidente de la señalada Red de Profesionales Cristianos de Chile, señor Óscar Cáceres; y por el Sindicato de Transgéneras Afrodita, su Presidenta, señora Zuliana Araya.

- - -

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL Y PARECER DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Cabe dejar constancia que los artículos 3°, 6° y 13 del proyecto tienen el carácter de orgánico constitucionales por vincularse con materias relativas a la organización y atribuciones de los tribunales. En consecuencia, según lo disponen los artículos 66, inciso segundo, y 77 de la Constitución Política de la República, deben aprobarse con quórum de normas orgánicas constitucionales, esto es, con el voto favorable de los cuatro séptimos de los señores Parlamentarios en ejercicio. Sobre ellos, oportunamente se recabó la opinión de la Excma. Corte Suprema.

Igualmente, debe señalarse que con la misma votación debe aprobarse el inciso segundo, nuevo, del artículo 1°, disposición que también tiene carácter orgánico constitucional por establecer un criterio diferente en cuanto a las tareas confiadas a los órganos de la Administración, particularmente a los Ministerios en materia de las políticas aplicables a los sectores a su cargo. Lo anterior, en virtud de lo establecido por los artículos 38 y 66, inciso segundo, de la Carta Fundamental, y por el inciso segundo del artículo 22 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el decreto con fuerza de ley N° 1/19,653, de fecha 17 de noviembre de 2001.

INTERVENCIONES ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN MIXTA

Como se explicará más adelante, al iniciar su trabajo y definir la forma en que cumpliría su cometido, **la Comisión Mixta** consideró conveniente escuchar, en esta fase de la tramitación del proyecto, a distintas personas e instituciones que manifestaron interés por dar a conocer su opinión tanto en torno a los puntos que motivaron divergencias entre ambas Cámaras como también a otras materias. Por ello, se decidió destinar una sesión para realizar una audiencia y escuchar las respectivas exposiciones.

Siguiendo el orden de tales intervenciones, éstas fueron las que a continuación se consignan.

En primer término, se escuchó al **profesor señor Patricio Zapata**.

El mencionado académico agradeció la oportunidad de poder plantear su opinión sobre las diferencias que aún subsisten en relación al proyecto de ley en estudio, valorando la posibilidad de contribuir en la etapa final de su discusión parlamentaria.

A continuación, entregó su juicio sobre algunas de las disyuntivas que debe resolver la Comisión Mixta, teniendo como base el texto que se transcribe a continuación:

“1. Sobre los propósitos de esta ley (artículo 1°).

Me parece bien que la Cámara de Diputados haya aprobado el texto sustitutivo del Senado.

Tengo serias dudas, sin embargo, en cuanto a la utilidad del inciso segundo que propone agregar el Ejecutivo (“Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona...”). En efecto, y tal cual está redactado, el párrafo que se añadiría es tan general que, en el fondo, no agrega nada a la ley.

Confieso, en todo caso, que me gustaría que se repusiera la autorización explícita para que el Estado proceda a implementar políticas de acción afirmativa/discriminación positiva, en los términos del inciso segundo del artículo 2° aprobado en su momento por la Cámara. No tengo claro que esto sea posible en cuanto la Cámara aparece aprobando la supresión que de ello hizo el Senado.

2. Sobre la definición de discriminación arbitraria (artículo 3° de la Cámara y artículo 2° del Senado).

Me alegra que la Cámara haya hecho suyas las definiciones de categoría sospechosa y los criterios de ponderación en los términos aprobados por el Senado.

Estoy muy de acuerdo con las dos modificaciones que propone el Ejecutivo. Los ejemplos a que se refiere el inciso segundo aprobado por el Senado son inútiles e inconvenientes. La palabra “siempre” en el inciso tercero es innecesaria y peligrosa.

3. Sobre el tribunal competente (artículo 3°).

Comparto la propuesta del Ejecutivo en el sentido de radicar el conocimiento de la Acción de no Discriminación en un juzgado de letras y no ante la Corte de Apelaciones como insiste la Cámara.

Si lo que interesa es facilitar la interposición de esta acción, lo lógico es habilitar a tribunales que están más cerca de las personas. Por otra parte, y en la misma medida en que la Acción de no Discriminación va más allá de la simple restitución del *Status Quo Ante*, como ocurre con el Recurso de Protección, e incluye la posibilidad de una multa, me parece preferible que este asunto sea visto por un juez (jueza) acostumbrado al debate de fondo de los asuntos.

4. Sobre la admisibilidad de la Acción de no Discriminación.

El artículo 6° aprobado por el Senado pretende evitar un uso expansivo o abusivo de esta Acción. Creo que debe conservarse tal cual.

5.- Sobre los aspectos penales de la ley (artículo 10 de la Cámara y 17 del Senado).

Creo que la forma en que la Cámara redacta la nueva causal agravante de responsabilidad criminal (“motivo discriminatorio”) es tan amplia que pugna con la exigencia de tipicidad estricta contenida en el artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental. El texto del Senado, sin ser perfecto, es mucho más concreto.

Tampoco comparto con la Cámara la idea de crear un delito ad hoc de discriminación dañosa. Lo considero muy vago y, a fin de cuentas, superfluo.”.

A continuación, intervino **el profesor señor Juan Domingo Acosta**, quien basó su alocución en el siguiente texto:

“1.- Nuevo inciso segundo del artículo 1° del Proyecto.

El texto propuesto por el Ejecutivo es el siguiente:

“Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Opinión: estoy de acuerdo con la propuesta del Ejecutivo, pues enriquece el proyecto de ley y establece una obligación positiva a los órganos de la Administración del Estado en esta materia.

2.- Eliminación de la frase final del inciso segundo del artículo 2° del Proyecto.

El texto que se pretende suprimir es el siguiente:

“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.”.

Opinión: estoy de acuerdo con la propuesta del Ejecutivo, pues se trata de suprimir un mero ejemplo (que se considera inapropiado), sin alterar el contenido de la restricción contenida en el inciso segundo del artículo 2°.

3.- Eliminación de la palabra “siempre” del inciso tercero del artículo 2° del Proyecto.

Opinión: estoy de acuerdo con la propuesta del Ejecutivo, pues el vocablo parece superfluo o innecesario. Establecido que una distinción, exclusión o restricción se funda en el legítimo ejercicio de otro derecho constitucional, aquéllas serán siempre razonables, aunque el texto legal no lo diga expresamente.

4.- Intercalar la frase “en los términos del artículo 2°” en el artículo 3° del Proyecto:

Opinión: estoy de acuerdo con la propuesta del Ejecutivo, pues precisa las condiciones de legitimación activa de la acción de no discriminación.

5.- Rechazo por la Cámara del artículo 6° del Proyecto:

Opinión: estoy en desacuerdo con el rechazo por la Cámara. La norma tiene por finalidad resolver los conflictos por duplicidad de acciones con eventuales resultados contradictorios (letra a); precisar que un tribunal no puede considerar arbitraria una discriminación legal ni la hecha por otra sentencia judicial (letras b y c); e impedir la litigación infundada o sin porvenir por extemporaneidad.

6.- Rechazo por la Cámara del artículo 13 del Proyecto:

Opinión: estoy en desacuerdo con el rechazo, pues es complementaria del artículo 6° que considero razonable mantener.

7.- Incorporación de las categorías “raza” e “identidad de género” en la agravante específica del artículo 12 número 21 del Código Penal:

Opinión: estoy de acuerdo con la propuesta del Ejecutivo, pues la incorporación es coherente con las categorías sospechosas del artículo 2° del Proyecto.”.

Luego, hizo uso de la palabra **la Directora Ejecutiva de Amnistía Internacional, señora Ana Piquer.**

Su exposición tuvo como base el siguiente texto:

“Una ley antidiscriminación comprensiva permitirá que la legislación chilena se encuentre adecuadamente alineada con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Opinión de Amnistía Internacional respecto del proyecto de ley que Establece Medidas contra la Discriminación, Boletín 3.815-07, para presentación ante Comisión Mixta.

En nombre de Amnistía Internacional agradezco la posibilidad de presentar aquí nuestra posición respecto del proyecto de ley antidiscriminación y su alineamiento con los tratados internacionales de derechos humanos.

Me gustaría comenzar señalando que resulta de alguna manera decepcionante estar hablando ante ustedes en esta ocasión, por dos razones.

Primero, es decepcionante que haya sido necesaria una muerte –la de Daniel Zamudio– y que ésta reciba visibilidad mediática además, para que al fin se le dé urgencia a la tramitación de este proyecto de ley, después de siete años. Esto debió ser al revés: una buena ley antidiscriminación, que incluya políticas públicas dirigidas a la prevención de la discriminación además de sanciones a estas conductas, podría, a la larga, haber evitado muertes como la de Daniel.

Segundo, es decepcionante porque el texto que está resultando de la discusión parlamentaria es reducido e insuficiente para dar una adecuada protección contra la discriminación en Chile. Los principales puntos de relevancia para Amnistía Internacional han quedado ya fuera de la tramitación legislativa y en su mayor parte, en estricto rigor, no están sometidos a discusión de esta Comisión, por lo que su mejora dependerá de los vetos presidenciales comprometidos por el Ministro

Chadwick y su tramitación posterior. Esperamos que el Congreso Nacional no termine por perder la oportunidad de asumir su responsabilidad –en cuanto uno de los Poderes del Estado– en el respeto y cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado de Chile.

¿Cuáles son los puntos de preocupación de Amnistía Internacional respecto de esta ley?

PRIMERO: Debiera considerar medidas preventivas y la obligación del Estado de hacerlo. Que la ley se limite a establecer un recurso judicial para reclamar de la discriminación cubriría sólo parcialmente los aspectos garantizados por la normativa internacional en esta materia.

Este tema ya quedó fuera de la discusión parlamentaria y sólo podría ser introducido a través del veto comprometido por el Ejecutivo. El texto que habría propuesto el Gobierno para su veto no llega a ser tan completo como era el texto propuesto por el proyecto de ley original, pero al menos origina una obligación del Estado en generar políticas públicas para garantizar la no discriminación.

Sin embargo, no se refiere expresamente a la obligación de adoptar medidas de prevención, ni tampoco la posibilidad de adoptar medidas de acción afirmativa.

La prevención, por una parte, es un elemento fundamental para la erradicación de la discriminación y va más allá de sólo garantizar la no discriminación: se vincula también con medidas específicas en el ámbito educacional, en el ámbito de la administración pública, en el ámbito de las comunicaciones, entre otras.

Por otra parte, la acción afirmativa es un mecanismo admitido por el derecho internacional de los derechos humanos para prevenir y corregir la discriminación arbitraria. En este sentido, la legislación interna debe quedar abierta a admitir este tipo de medidas. Sin que sea una obligación del Estado adoptarlas –materia que debe valorarse caso a caso– es de relevancia que la ley permita su adopción.

Las medidas de prevención y la posibilidad de acción afirmativa estarían quedando por completo fuera del texto legal y lamentamos que así sea, pues deja en entredicho la utilización de herramientas específicamente diseñadas para eliminar la discriminación en el largo plazo. Este tema no está sometido a decisión de esta Comisión ni tampoco ha sido expresamente incluido en los vetos comprometidos por el Ejecutivo, por lo que hacemos un llamado a éste último a considerar incluirlo en dichos vetos.

SEGUNDO: Debiera incluir las categorías de sexo, orientación sexual e identidad de género. Diversos organismos internacionales, interpretando tratados de derechos humanos, han considerado que éstas están entre las categorías protegidas contra la discriminación en los mismos tratados, aun cuando no se nombren expresamente. La inclusión expresa en la ley colabora a su mejor protección, en línea con estos pronunciamientos, y sin disposiciones especiales que la distingan del tratamiento recibido por otras categorías protegidas. Esta inclusión debiera hacerse tanto en la protección general, como en la disposición sobre agravantes a la responsabilidad penal.

Valoramos profundamente el que se hayan incluido ambos puntos en la lista de categorías protegidas por el artículo 2° del actual proyecto de ley, lo cual ya ha sido aprobado por ambas cámaras. Ello está en línea con los compromisos adoptados por el Estado de Chile en el contexto del Examen Periódico Universal y las recomendaciones para Chile del Comité de Derechos Humanos, al menos en parte, considerando que existen otros aspectos pendientes en nuestra legislación para permitir una verdadera igualdad ante la ley a las personas independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

Sin embargo, en caso de incorporarse una agravante penal por delitos cometidos con motivos discriminatorios –materia que sí está sometida a discusión de esta Comisión– debiera incluir las mismas categorías protegidas por el artículo 2°, incluyendo tanto la orientación sexual como la identidad de género. Esto es relevante destacarlo porque en el proyecto aprobado por el Senado, la identidad de género había sido excluida de las categorías protegidas por la agravante penal, lo cual resulta contradictorio considerando que la comunidad transexual y transgénero es una de las más vulnerables a delitos violentos en su contra.

TERCERO: No debe establecer disposiciones que contradigan a la misma norma, o categorizar o calificar derechos a priori.

En el ejemplo relativo a los delitos sexuales en la disposición del inciso segundo del artículo 2° trasciende un prejuicio persistente respecto de las personas en razón de su orientación sexual, e incluirlo en una ley que busca evitar la discriminación en su contra resulta cuando menos contradictorio. Aquí es lamentable que su inclusión en la ley haya sido aprobada por ambas cámaras y resulta valorable el veto propuesto por el Ejecutivo para eliminarlo del texto legal, lo cual esperamos que se cumpla.

Sin embargo, nos continúa preocupando el inciso tercero del mismo artículo, que establece una suerte de jerarquización de derechos, y que también fue aprobado por ambas cámaras. El veto propuesto para eliminar el vocablo “siempre” –aclarando así que no se trata

de una presunción de Derecho— no resulta a nuestro juicio suficiente, puesto que eventuales colisiones de derechos debieran resolverse caso a caso en sede judicial, en lugar de resolverse a nivel legal, mediante disposiciones que podrían redundar en que la norma resulte inaplicable en sí misma.

¿Cuáles son las obligaciones internacionales de Chile en esta materia que sustentan lo anterior?

Todos los principales tratados de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, contienen una norma de igualdad de derechos y no discriminación. Esto, en cuanto la no discriminación en el goce de los derechos es uno de los presupuestos fundamentales para que todos los demás derechos humanos sean efectivos. Entre estos tratados están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Convenio 169 de la OIT en materia de Pueblos Indígenas, por dar algunos ejemplos.

Además, estos mismos tratados incorporan la obligación de adaptar la legislación interna, en términos que resulten alineados con los derechos establecidos en los tratados.

En diversas instancias internacionales en las cuales Chile ha sido objeto de revisión, se ha hecho presente la necesidad de legislar para prevenir y sancionar la discriminación en los términos antes indicados.

En el Examen Periódico Universal en 2009 se valoró la existencia del proyecto de ley antidiscriminación y diversos Estados hicieron recomendaciones relacionadas con la eliminación de la discriminación contra las mujeres, personas indígenas, niños y niñas, y en virtud de la orientación sexual e identidad de género, incluyendo la necesidad de abordarlas en programas y políticas de igualdad, todas recomendaciones que Chile aceptó.

Por otra parte, en su 5ª revisión periódica del cumplimiento por parte del Estado de Chile del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU también identificó diversos aspectos vinculados a la discriminación en contra de las mujeres, los pueblos indígenas y por orientación sexual e identidad de género, que requiere la adopción de medidas legislativas.

Adicionalmente, el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Karen Atala, si bien no

se refiere a la dictación de legislación específica, sí requiere al Estado de Chile la incorporación de determinadas políticas públicas destinadas a prevenir la discriminación, lo cual hace aún más coherente la incorporación de este tipo de medidas a la legislación chilena con carácter permanente.

En conclusión:

En este sentido, quisiera hacer un llamado no sólo a esta Comisión, para incorporar la debida protección a la orientación sexual e identidad de género al discutirse la agravante penal, sino también al Ejecutivo, para que cumpla con su compromiso de presentar los vetos propuestos y considere estos comentarios al momento de redactarlos, y a todo el Congreso Nacional en la tramitación posterior de dichos vetos, para que tengan en consideración estos comentarios a la hora de aprobar el texto definitivo de esta ley.

Es cierto: una ley no eliminará de la noche a la mañana la discriminación de que son objeto determinados grupos de personas. Sin embargo, contar con una ley completa, que incorpore los puntos antes indicados, permitirá que Chile avance hacia un cabal cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y que pueda ir avanzando hacia el cambio cultural necesario para erradicar la discriminación en Chile. Como nos vino a hacer tan patente la muerte de Daniel Zamudio, con ello no sólo se evitarán injusticias: se pueden salvar vidas.”.

Enseguida, se escuchó **al profesor señor Jorge Precht, en representación de la Conferencia Episcopal de Chile.**

El mencionado académico agradeció la invitación cursada a la Conferencia Episcopal y señaló que la Iglesia Católica en Chile ha dejado muy clara su posición respecto al fondo de proyecto, tanto en declaraciones públicas como especialmente en la visita oficial de los obispos González Errázuriz y Duarte García de Cortázar a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Expresó que su presencia debía tomarse como un gesto de aprecio y de colaboración de la Conferencia a las tareas de la Comisión Mixta en el pronto y adecuado despacho de los artículos que están en consideración. Puntualizó que las opiniones que emitiría serían a título personal, pero que el uso del nombre del cargo que ocupa en la asesoría al Episcopado Chileno como su asistencia a esta reunión habían sido debidamente autorizados.

Su exposición fue del tenor siguiente

“Al artículo 1º: celebro la propuesta del Ejecutivo. Ha encontrado una forma equilibrada.

- a) Al hablar de “discriminación arbitraria” se vincula al artículo 19 N° 2 de la Constitución, lo que indica que no se trata de una ley interpretativa de la Carta Fundamental ni menos de una modificación constitucional encubierta.
- b) Como se sabe, no todos los órganos de la Administración elaboran políticas. Ello corresponde a los Ministerios (artículo 22, inciso segundo, de la ley N° 18.575), en tanto los servicios públicos “aplican las políticas, planes y programas” (artículo 28 de la ley N° 18.575).
- c) Observando el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, sólo los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se refieren “a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que limitan el ejercicio de la soberanía. Estos tratados tienen prelación sobre las leyes.
- d) “Implementar” es un feo anglicismo. Más vale usar la terminología del artículo 28 de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado: “aplicar políticas, planes y programas”.

En consecuencia, mi sugerencia a la Comisión es mejorar el texto y decir: *“Dentro de su competencia, corresponderá a los órganos de la Administración del Estado elaborar y aplicar las políticas, planes y programas destinados a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y en las leyes de la República.”*

- e) Finalmente, aplaudo la propuesta porque la estimo plenamente conforme al artículo 19 número 26 de la Constitución, que dice: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Al artículo 2º inciso segundo: estoy plenamente de acuerdo con el veto supresivo.

Al artículo 2º inciso tercero: considero valioso que se incluya el principio de razonabilidad; considero igualmente valioso que se emplee la expresión “ejercicio legítimo”, dado que ella se encuentra en el recurso de protección (artículo 20 constitucional).

Con todo, no comparto la eliminación de la expresión “siempre” porque ésta enfatiza que esta ley es infraconstitucional y que priman los derechos o “causas constitucionalmente legítimas” y, por lo tanto, también el artículo 19 número 2 de la Constitución por sobre la definición de discriminación arbitraria del inciso primero del artículo 2º del proyecto.

Ahora bien, la expresión “siempre” ya se encuentra en el inciso primero del artículo 18 de la Constitución, que dice “y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos”. Siempre indica “la firme voluntad mantenida en el tiempo”.

Estimo necesario (pues numerosos problemas se suscitan en relación a la libertad religiosa) que se acuerde una constancia que diga lo siguiente: *“La Comisión aprueba el inciso final en el entendido que al referirse al artículo 19 número 6 de la Constitución se tiene en mente dicho numeral, la ley N° 19.638 y, en especial, el artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que incluye la objeción de conciencia.”*

En efecto, el artículo 19 N° 6 de nuestra Constitución es una antigualla y el término aceptado en Derechos Humanos es “libertad religiosa”. Es suficientemente conocido que el artículo 18 del Pacto mencionado ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU de la manera siguiente: *“En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, pero el Comité estima que ese derecho puede derivarse del artículo 18... Cuando este derecho se reconozca en la ley y en la práctica no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base de sus creencias particulares.”* (Comentario General al artículo 18, 20 de julio de 1983).

En relación al artículo 17, modificación al Código Penal que crea una nueva agravante, estimo que el veto aditivo es defectuoso y difícilmente compatible con el artículo 19 número 3 de la Constitución. En efecto, el principio de la tipicidad opera no solo para los delitos, penas y faltas, sino también para agravantes y atenuantes. No profundizo el tema porque se debe consultar a penalistas.

Por último, una sugerencia para un trabajo futuro, aun abusando de la benevolencia de la Comisión: creo de toda urgencia introducir en nuestro sistema jurídico el mecanismo conocido como “examen de convencionalidad”. Muchos de los problemas de los cuales nos preocupamos hoy derivan del hecho que nuestros jueces no consideran en sus sentencias los textos vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos y Derechos Humanitarios.

Por eso me parece muy pertinente llevar pronto a la práctica lo que aconseja la reciente sentencia en el caso Atala vs. Estado de Chile (página 82, Nº 282): “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”. Cita el caso Almonacid Arellano y otros con el Estado de Chile. Me parece que este tipo de control debe introducirse como obligatorio para el juez, lo que no significa que avalo la sentencia Atala en todas sus partes.”.

Posteriormente, hizo uso de la palabra **el señor Manfred Svensson, Delegado de las Organizaciones Evangélicas Consejo Nacional de Obispos y Pastores de Chile, Consejo de Pastores de la Zona Oriente, Coordinadora de Pastores de la Región de Valparaíso y Red de Profesionales Cristianos de Chile (Movimiento ISACAR).**

Su exposición fue del tenor siguiente:

“A lo largo del proceso de discusión por esta ley, las organizaciones que represento han hecho ver diversos aspectos que les preocupan, como dudas sobre la necesidad de contar con tal género de ley en lugar de velar de un modo más estricto por la igualdad ante la ley, así como dudas sobre la eventual colisión de un derecho de no discriminación con otros derechos fundamentales, en particular en relación a la libertad religiosa y la libertad de expresión. En la presente exposición no se abundará en dichos puntos, sino que quisiera dirigir una mirada de tipo más general a este género de legislación y el tipo de mentalidad que representa y fomenta, en particular con miras a la forma que cobra con el inciso segundo que el veto presidencial introduce al artículo primero.

El punto principal que a estos efectos quisiera sostener es que se introduce así un patrón cuyo objeto inequívoco es dejar atrás la tolerancia. Esto es, que al incorporar en las funciones del Estado la promoción de la diversidad no se da un paso más en una cultura de la tolerancia sino que, por el contrario, se avanza hacia un proyecto de sociedad opuesto al de la sociedad tolerante. Aunque ésta pueda parecer una tesis poco plausible e incluso alarmista, es una afirmación que puede ser corroborada a partir de palabras de quienes apoyan tal iniciativa. Desde la Fundación Iguales, por ejemplo, se ha pedido que el Día Internacional de la Tolerancia se celebre en Chile como Día Nacional de la Diversidad. Muy poco tiempo atrás esto habría parecido inaudito, pues se habría promovido las medidas en cuestión precisamente como parte de un discurso a favor de la tolerancia. Pero hoy estamos ante un sinceramiento por el cual, me parece, debemos estar agradecidos, y que debe ser tenido en mente al

legislar. En efecto, la solicitud de la Fundación Iguales ha sido secundada por otros defensores de tal modelo, de modo que en pocas semanas se ha vuelto moneda común entre nosotros el oponer tolerancia y aceptación, llamándonos sólo a esta última.¹ Con todo el desacuerdo que reina entre los distintos sectores sobre qué curso de acción seguir, parece pues claro que ambos lados de la discusión han llegado a acuerdo sobre cuál es la alternativa que enfrentamos; y me parece crucial que la decisión tomada sea con conciencia de dicha disyuntiva, que no se aprueben políticas de reconocimiento o discriminación positiva bajo el título de políticas de tolerancia.

Ahora bien, quisiera acentuar aquí que si bien en nuestro medio esto es un desarrollo reciente, posee una larga historia; esto es, que a lo largo de toda la modernidad nos han acompañado versiones rivales de la tolerancia: por una parte los esfuerzos por construir una sociedad en que robustas concepciones alternativas de la vida pueden coexistir, por otra parte los intentos por ver tal tolerancia sólo como un triste paso intermedio que cuanto antes debe ser dejado atrás. Así lo expresaba magistralmente Goethe, al ver la tolerancia como una "disposición pasajera" que debe acabar en el reconocimiento². De modo análogo la célebre Carta de Washington sobre la libertad religiosa afirmaba que "ya no se hablará más de la tolerancia". No se trata, pues, de que las políticas de reconocimiento constituyan un "plus" sobre las de tolerancia, sino que tanto se trata de un esfuerzo consciente por dejar a ésta atrás. Así, una vez más, se ha podido constatar en nuestro medio: don Pablo Simonetti ha llamado expresamente a dejar de lado la tolerancia por constituir ésta "el último resquicio de superioridad de mentes prejuiciosas."³

Creo que este tipo de afirmación, que representa de modo muy adecuado el tipo de iniciativa que evaluamos, merece cierta atención. Era el mismo sentir que expresaba Goethe al decir que "soportar es insultar". Y es verdad, la tolerancia, como adecuadamente lo captan quienes por ello la critican, implica que en nuestro medio existan desacuerdos robustos, presupone que algunos encontremos malo lo que otros creen o hacen y que, no obstante, nos abstengamos de usar poder en su contra. La tolerancia es una actitud negativa, de abstinencia; es esto lo que, si no es adecuadamente comprendido y enraizado en una visión moral que incluya también otras actitudes positivas, escandaliza y motiva los llamados a dejarla atrás. Pero si la sociedad plural no va a ser al mismo tiempo la sociedad del silencio, lo que requerimos es precisamente de actitudes de paciencia

¹ Así, por ejemplo, Paula Escobar Chavarría, "Tolerancia versus aceptación", en El Mercurio A2, viernes 27 de abril de 2012.

² Goethe, *Maximen und Reflexionen* en *Werke* vol. VI, 507. Frankfurt, Insel, 1981.

³ Pablo Simonetti, "Diversidad: más allá de la tolerancia" en El Mercurio, viernes 16 de marzo de 2012.

recíproca, no actitudes de pura afirmación recíproca; pretender reemplazar esa tolerancia que presupone considerar algo como malo, pretender reemplazarla por actitudes más positivas, como si ella fuese una prescindible etapa intermedia, es ser ingenuos respecto del hecho de que los desacuerdos forman y van a seguir formando parte esencial de la convivencia humana. Concedemos, ciertamente, que ninguna sociedad puede existir de sólo eso, de solo tolerancia. Requiere el cultivo del respeto, requiere que se guarde la igualdad ante la ley, requiere que los ciudadanos de diversas convicciones estén dispuestos a escucharse unos a otros. Pero el punto decisivo para la decisión que ahora enfrentamos no es la necesidad de que estas actitudes positivas existan, sino el hecho de que las actitudes positivas y las negativas, las actitudes de aceptación y las actitudes de tolerancia, no se despliegan simultáneamente respecto de lo mismo, o no bajo una misma consideración. Requerimos respetar y aceptar a aquellos en quienes vemos un mal que toleramos; pero ese mal es precisamente objeto de tolerancia, y no de respeto. La norma que aquí se discute, como abiertamente lo sostienen sus promotores, busca dejar atrás estas distinciones para inculcar solo las actitudes consideradas positivas.

La disyuntiva presente no es pues la de una sociedad religiosa o moralmente homogénea versus una sociedad plural; es, por el contrario, un hecho que somos una sociedad moral y religiosamente heterogénea. En tal contexto, la disyuntiva actual es si acaso vamos a buscar una cultura de la tolerancia -y no dudo de que tendríamos suficiente trabajo con eso- o si el Estado se va a involucrar en no sólo aceptar la diversidad de facto que tenemos, sino que se dedicará activamente en promoverla. Y la duda es, por supuesto, como podría involucrarse en tal tarea sin echar abajo la sabiduría arduamente ganada en la época moderna respecto de los límites de sus funciones en relación a las diversas visiones de mundo que integran una sociedad.

Culmino, por tanto, con el dilema innecesario en que se encontrarían los órganos del Estado en caso de adoptar tal decisión, en caso de que se les pida actuar promoviendo la diversidad en lugar de velar por la simple igualdad ante la ley. Pues el involucrarlo en semejantes tareas de promoción, no sólo implica un desproporcionado crecimiento de sus funciones -tanto en el número de acciones a realizar, como en el tipo de campos en los cuales se involucre-, sino que además será algo que difícilmente podrá asumir de modo ecuánime.

El llamado a promover la diversidad no se materializará en una promoción del conjunto de las visiones rivales coexistentes en nuestro país, y sería ciertamente absurdo que lo fuera. Se tratará, por el contrario, de grupos que logren presentarse como merecedores de algún tipo de atención especial. Me permito, a este efecto, comparar la situación de la población homosexual con la situación de la población evangélica que aquí represento. La población con una inclinación

homosexual, según las cifras usualmente dadas, bordearía un 10% de la población. ¿Es eso una minoría? Los evangélicos somos según el último censo un 15%. Un porcentaje significativo de los mismos gusta verse a sí mismo como perseguido por un pasado católico o un presente no creyente. La diferencia numérica entre ambos grupos es pues insignificante y la autopercepción -correcta o incorrecta- como minoría discriminada parece ser la misma.

¿Debería el Estado involucrarse en la difusión de la fe evangélica? ¿Debería siquiera hacerlo por un tiempo para restablecer un equilibrio? Creo que salta a la vista que ni siquiera tal medida temporal tendría sentido: al crear las condiciones para que todos podamos ejercer libremente nuestra fe, el Estado tiene una tarea suficiente, sin deber ocuparse en la promoción de ésta ni otra creencia (como tristemente se hizo al crear un feriado evangélico). Que todos los seres humanos alguna vez hayamos sufrido algún atropello puede ser verdad; y ciertamente reconozco que es verdad que ha habido un sinnúmero de atropellos a las minorías sexuales en el pasado; pero creo que concordaremos en lo incorrecto que es utilizar los sentimientos que ese atropello genera para hacernos creer que merecemos algún trato especial. Sería, por último, errado pensar que hoy se trata en alguno de estos casos de minorías indefensas: el lobby gay y el lobby evangélico son hoy fuerzas considerables en la discusión nacional que, en lugar de estar buscando el apoyo estatal para promocionar sus posiciones, debieran preocuparse por ser ellos mismos administradores cautelosos del poder que han alcanzado. El Estado, a su vez, debe ser cauteloso para no trabajar mediante este tipo de legislación a favor de minorías empoderadas, olvidando a quienes sí requieren de su asistencia.

Honorables Parlamentarios: la cultura influye poderosamente sobre las leyes, pero también las leyes repercuten sobre la cultura, y está en manos de ustedes que la nuestra sea una cultura que pueda seguir siendo caracterizada como una en la que desacuerdos sustantivos son posibles.”.⁴

⁴ Las ideas aquí brevemente presentadas a la Comisión han sido desarrolladas con más detalle en una serie de publicaciones científicas y de divulgación, las cuales se enumeran a continuación por si fueren necesarias:

- "¿Tolerancia o no discriminación? Lo que está en discusión", en Asuntos Públicos, informe 956, disponible en www.asuntospublicos.cl
- "Cristianismo y tolerancia. Un ensayo de aclaración conceptual", en Estudios Evangélicos septiembre 2010, disponible en www.estudiosevangelicos.org
- "Las iglesias evangélicas ante la discriminación", en Estudios Evangélicos agosto 2008, disponible en www.estudiosevangelicos.org
- "Conciencia moral y libertad de conciencia en Locke" en Ideas y Valores (Colombia) 60, 146. 2011.
- "Philipp van Limborch y John Locke. La influencia arminiana sobre la teología y noción de tolerancia de Locke", en Pensamiento (España) 244. 2009, pp. 261-277.

Posteriormente, en representación **de la Fundación Iguales**, hicieron uso de la palabra **su Presidente, señor Pablo Simonetti, y el asesor jurídico de esa entidad, profesor señor Mauricio Tapia.**

Sus exposiciones se basaron en el texto que se reproduce a continuación, correspondiendo la primera parte de la misma al señor Simonetti y lo relativo al inciso tercero del artículo 2° al profesor señor Tapia.

El señor Simonetti expresó lo que sigue:

“A varios de ustedes, Honorables Parlamentarios y distinguido Ministro, les he oído decir que lo mejor es enemigo de lo bueno, que es preferible sacar pronto esta ley y después ver cómo se mejora, que más vale aprobarla como está antes que quedarse sin nada, todos argumentos que apuntan en la misma dirección: contentarnos con este texto aún restringido por temores al principio de igualdad y no discriminación. Y Fundación =Iguales quiere ser clara en este sentido: nosotros no nos contentamos con que se saque adelante una ley que no considere políticas públicas y medidas especiales temporales que permitan superar la desigualdad a que han estado sometidos los grupos históricamente discriminados; no nos contentamos con que precisamente una comisión de Constitución y Justicia apruebe un inciso con vicios de inconstitucionalidad y que vuelve a invertir la carga de la prueba, uno de los pocos avances reales que consideraba la acción judicial propuesta en la ley; no nos contentamos con que la aplicación de la ley se vea limitada por resguardos ajenos a nuestro ordenamiento jurídico, transformándola en una ley de segunda clase.

Dado que ustedes tendrán que responder por estas decisiones, los llamamos a modificar los artículos e incisos planteados más adelante.

1.- Proponemos ampliar el propósito de la ley: Es necesario adoptar políticas públicas y medidas especiales temporales contra la discriminación y así cumplir con la obligación de garantizar los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, ratificados por Chile.

2.- Proponemos eliminar la precisión innecesaria y humillante respecto de la orientación sexual: Si bien pensamos que lo razonable sería eliminar el inciso 2° del artículo 2° en su totalidad, nos damos por satisfechos con la redacción propuesta por el Ejecutivo.

3.- Los llamamos a evitar la consagración de la superioridad de otros derechos fundamentales por sobre el de igualdad y no discriminación: El profesor Mauricio Tapia se referirá en extenso a este punto en particular.

4.- Los llamamos a eliminar disposiciones que introducen elementos innecesarios y perturbadores de la coherencia del orden jurídico chileno. La introducción de las limitaciones a la acción de no discriminación arbitraria en los literales b) y c) del artículo 6º resulta innecesaria por tratarse de situaciones constitucionalmente resueltas. Y si bien el artículo 18 ha quedado fuera de la proposición de veto del Ejecutivo y de la competencia de la comisión mixta, consideramos que debe eliminarse. Este artículo busca limitar los alcances de la ley, estableciendo una regla especial de interpretación, regla innecesaria, porque una ley, en virtud de su propio contenido, nunca tiene por efecto la alteración de materias que son objeto de regulación especial. Es por todos sabido que es preferible aplicar los criterios generales de interpretación de la ley para resolver los potenciales conflictos que surjan entre distintos cuerpos legales.

5.- Por último, pedimos incluir la categoría identidad de género en la agravante penal contemplada en la ley y estamos de acuerdo con la redacción propuesta por el Ejecutivo.

Los informes que acompañan este resumen ejecutivo fueron preparados por expertos de cada área, por ejemplo, el informe sobre la ampliación del propósito de la ley fue redactado por Verónica Undurraga, profesora de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y ex directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En cada uno de los textos podrán encontrar el desarrollo argumental y las redacciones propuestas para las disposiciones comentadas.”.

El texto que se adjuntó es el siguiente:

“Primera observación:

Ampliar el propósito de la ley.

Texto de Verónica Undurraga, profesora de derecho UAI y ex directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La denominación del proyecto —que habla de establecer “[...] medidas contra la discriminación”— resulta inadecuada a la luz del texto aprobado por el Senado en segundo trámite constitucional. Básicamente, porque no establece ninguna obligación para el Estado en relación a las tareas de prevenir y eliminar toda forma de discriminación.

1. En materia de derecho internacional de derechos humanos, las obligaciones de los Estados son:

La obligación de respetar los derechos humanos: esto significa, que los estados se comprometen a abstenerse de cualquier acto que implique violar estos derechos, y

La obligación de garantizar los derechos humanos: esta obligación consiste en que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que los titulares de los derechos humanos puedan ejercerlos libre y plenamente.

El Estado de Chile se comprometió, al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), a “respetar y a garantizar” los derechos reconocidos en dicho tratado (artículo 2 del PDCP). Asimismo, bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Estado de Chile se obligó a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre ejercicio” (artículo 1 de la CADH). Estas mismas obligaciones de respeto y garantía se aplican respecto de los derechos humanos reconocidos en otros tratados internacionales vigentes en Chile.

2. La obligación de adoptar políticas públicas para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales deriva de la obligación de garantizar. La obligación de garantizar tiene el siguiente contenido, de acuerdo a la opinión autorizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos ... La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁵

3. La obligación de garantizar los derechos humanos exige que el Estado “adopte disposiciones de derecho interno” que incluyen “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (artículo 2 CADH). Estas

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, Velásquez Rodríguez contra Honduras, considerandos 166 y 167, de 29 de julio de 1988. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf (última visita 1 de mayo 2012).

medidas incluyen la adopción de políticas públicas cuando sean necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos humanos.

4. El derecho internacional de los derechos humanos no obliga a los Estados a adoptar ciertas medidas o políticas específicas. Lo único que exige es que los Estados sean capaces de demostrar que las medidas que está adoptando para asegurar el goce y ejercicio de los derechos humanos sean efectivas. La sola consagración legal del principio de igualdad y no discriminación no asegura la efectividad de las medidas. Es por eso que ésta debe asegurarse mediante la adopción de políticas públicas.

5. Las medidas especiales temporales en materia de igualdad y no discriminación, son herramientas que tienen como objetivo contrarrestar una situación social o cultural de discriminación que sufren ciertos grupos o colectivos en una sociedad. Su fin es acelerar el logro de la igualdad de goce y ejercicio de los derechos por parte de esos grupos hasta que alcancen el mismo nivel que el resto de la población. Las medidas especiales temporales permiten la verdadera igualdad de oportunidades para todas las personas.

6. Como lo ha señalado el Comité Cedaw, órgano de supervisión de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General N° 25, el término medidas especiales temporales abarca una gama muy amplia de instrumentos entre los cuales los Estados pueden escoger los que sean eficaces para la situación particular de discriminación que deben enfrentar. Ejemplos de medidas especiales temporales señaladas por este Comité incluyen “políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas (...)”.⁶ Es decir, pueden considerarse medidas especiales temporales, instrumentos tan variados como los programas especiales de divulgación de derechos, los manuales de buenas prácticas, los programas de financiamiento para capacitación que benefician a grupos históricamente discriminados, las políticas de selección de personas que otorguen valor a la diversidad en la contratación y los sistemas de cuotas.

⁶ Comité Cedaw, Recomendación General N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, párrafo 22. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28Spanish%29.pdf> (última visita 1 de mayo de 2012).

7. La adopción de medidas especiales temporales se transforma en obligatoria bajo el derecho internacional de derechos humanos cuando es necesaria, esto es, cuando es la única herramienta que tiene disponible el Estado para cumplir con su obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos. En la práctica, esto sucede cuando el Estado enfrenta una situación de desigualdad o discriminación tan persistente, que no puede desarticularse sino mediante la adopción de este tipo de medidas afirmativas.

8. El carácter “especial” de estas medidas deriva de perseguir objetivos específicos y concretos.⁷

9. El carácter “temporal” de estas medidas, implica que no están destinadas a mantenerse más allá del tiempo necesario para asegurar que se ha alcanzado una situación de igualdad que no se revertiría si las medidas se suspenden.⁸

10. Para que una medida especial temporal sea legítima, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Estar destinada a acelerar el logro del igual goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las personas, permitiendo a aquellos grupos que han sido históricamente discriminados alcanzar el mismo reconocimiento de derechos que el resto de la población.
- b. Ser temporal.
- d. Ser necesaria para el logro del objetivo.
- e. Ser adecuada para el logro del objetivo.
- f. Ser evaluada constantemente.

Texto actual del artículo 1°	Texto propuesto para el mismo artículo 1° ⁹
Artículo 1°.- Propósito de la ley. La presente ley tiene por	Artículo 1°. Propósito de la ley. Las disposiciones de esta ley

⁷ “El significado real del término “especiales” en la formulación del párrafo 1 del artículo 4 es que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico.” (Comité Cedaw, Recomendación General N° 25 párrafo 21)

⁸ “(...) la duración de una medida especial de carácter temporal se debe determinar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado. Las medidas especiales de carácter temporal deben suspenderse cuando los resultados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un periodo de tiempo.” (Comité Cedaw, Recomendación General N° 25, párrafo 20).

⁹

objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.	tienen por objeto prevenir, sancionar y eliminar toda discriminación que se ejerza en contra de cualquier persona o grupo de personas. Corresponde a cada uno de los órganos de la Administración del Estado elaborar e implementar las políticas y arbitrar las acciones necesarias para respetar y proteger a toda persona, sin discriminación alguna, garantizando, educando y promoviendo el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales. Los órganos de la Administración del Estado podrán establecer distinciones o preferencias orientadas a fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas, de conformidad a la Constitución Política de la República. El establecimiento de las distinciones o preferencias señaladas en el inciso anterior, tendrá siempre carácter temporal, debiendo cesar cuando se logre el objetivo que las justifica. Asimismo, las medidas que los órganos de la Administración del Estado adopten en conformidad a los incisos anteriores, estarán dirigidas directamente a aquellas personas o grupos de personas que se encuentren en posición de desventaja con respecto al resto de la población, y deberán tener como propósito específico lograr la igualdad en el ejercicio de sus
---	--

	derechos.
--	-----------

Segunda observación:

Eliminar una precisión innecesaria y humillante respecto de la orientación sexual.

Texto de Valentina Verbal, historiadora y coordinadora de la comisión trans de Fundación =Iguales.

El inciso 1° del artículo 2° del proyecto define el concepto de discriminación arbitraria y establece que entiende por tal “[...] toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuadas 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 [...]”, disponiendo enseguida una serie de categorías que serán especialmente tuteladas por este cuerpo normativo, entre ellas, la de orientación sexual.

Luego, el inciso 2° del mismo artículo dispone lo 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.

Este inciso resulta completamente innecesario dentro del articulado de la ley, tanto por razones de forma como de fondo:

a) Razones de forma: Este proyecto no pretende alterar el Código Penal, salvo en lo que respecta a la agravante consagrada en el artículo 17. En efecto, ni en el mensaje presidencial que le dio origen ni en su tramitación sucesiva se planteó nunca la posibilidad de derogar o modificar los tipos penales que protegen el libre ejercicio de la sexualidad humana.

b) Razones de fondo: Este inciso 2° parte de un supuesto humillante para las personas homosexuales, ya que de su lectura cabe concluir que la homosexualidad es equiparable o tiene relación con acciones aberrantes como aquellas que atentan contra la indemnidad sexual de los menores. Se trata de una disposición paradójicamente discriminatoria y

que expresa, al menos indirectamente, una visión patologizante o criminalizante de la homosexualidad.

Esta visión errada se basa en el argumento falaz de que la orientación sexual sería una noción ambigua y sin límites precisos, pudiendo incluirse en ella acciones aberrantes. Sin embargo, la orientación sexual es una noción bien definida que se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales, suscritos por el Estado de Chile, además de que constar en la historia de la tramitación del proyecto.

En el plano internacional, claves son los denominados Principios de Yogyakarta de 2007¹⁰ que definen el concepto de orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo (heterosexualidad), o de su mismo género (homosexualidad), o de más de un género (bisexualidad), así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”¹¹.

En este mismo orden de ideas, también es relevante el Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU). En el Informe del año 2009 Chile acogió, entre otras, las recomendaciones de: “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)”¹². O sea, Chile se comprometió a aplicar los Principios de Yogyakarta que contienen una definición precisa de orientación sexual, así como de identidad de género (según se verá enseguida).

También es importante hacer referencia a la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de la Asamblea

¹⁰ Los Principios de Yogyakarta contienen una serie de axiomas, cuyo fin es la aplicación de los derechos humanos en relación a la orientación sexual e identidad de género. Fueron elaborados por una comisión de expertos a petición de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, en el año 2006, quien participó de su elaboración; y fueron presentados al Consejo de Derechos Humanos en 2007. Aunque no son vinculantes para nuestro país, en múltiples ocasiones se ha recomendado que el Estado chileno los ratifique e incorpore a su legislación vigente. El caso más claro es el *Examen Periódico Universal de 2009* que citamos en el cuerpo de este documento.

¹¹ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo de 2007, p. 6. Disponible en Internet: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf, [último acceso: noviembre de 2011].

¹² Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal CHILE*, p. 20. Disponible en Internet: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_05_epu_chile.pdf [último acceso: noviembre de 2011].

General de las Naciones Unidas de 2008 —documento firmado por 66 Estados, entre ellos Chile—, cuyo artículo 6° dispone: “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”¹³.

Además, recientemente, en junio del presente año, Chile suscribió una declaración oficial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, que, en su artículo 1°, decide pedir “a la Alta Comisionada [de Derechos Humanos] que encargue un estudio, que se ultimaré para diciembre de 2011, a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las regiones del mundo, y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género”¹⁴. Este informe, que acaba de ser publicado este mes, se intitula *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Entre otras recomendaciones a los Estados miembros de la ONU hace la de que:

Promulguen legislación amplia de lucha contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos, reconozca las formas de discriminación concomitantes y vele por que la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos¹⁵.

¹³ Asamblea General de la ONU, *Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género*, New York, 2008, p. 2. Disponible en Internet: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf [último acceso: noviembre de 2011].

¹⁴ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, New York, 2011, pp. 1 y 2. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A%2FHRC%2F17%2FL.9%2FRev.1> [último acceso: noviembre de 2011].

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 2011, p. 26. Disponible en Internet: <http://iguales.operativelab.net/wp-content/uploads/2011/12/Leyes-y-pr%C3%A1cticas-discriminatorias-y-actos-de-violencia-cometidos-contra-personas-por-su-orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero.pdf> [último acceso: diciembre de 2011].

De otro lado, el Estado de Chile ha suscrito cuatro resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre no discriminación por orientación sexual e identidad de género. El último de estos documentos, correspondiente a junio de 2011, resolvió: “Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”¹⁶.

Además, consta en la historia de la ley¹⁷ un significado preciso de orientación sexual, en los mismos términos de los Principios de Yogyakarta. El Senador Jorge Pizarro (DC) señaló, en la sesión del 8 de noviembre pasado (que aprobó, en segundo trámite constitucional, el proyecto): “Orientación sexual, en buen castellano, se puede definir como la atracción por personas de diferente sexo (heterosexuales), del mismo sexo (homosexuales) o de ambos sexos (bisexuales)”¹⁸. Por su parte, la Senadora Lily Pérez (RN), en la misma sesión anterior:

¿Por qué incorporar a dicha norma la orientación sexual? Porque en 2006 un grupo de expertos mundiales en derechos humanos definió el concepto. Si bien este no constituye fuente de Derecho Internacional, su amplio acuerdo entre especialistas le ha otorgado legitimidad para su uso y aplicación, a tal punto que todas las resoluciones de la OEA y de las Naciones Unidas sobre el asunto mencionan el principio de orientación sexual.

Incluso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado tal expresión. En efecto, en la demanda en contra del Estado de Chile ante dicha Corte por el caso de la jueza Karen Atala, se señala lo siguiente: “El lenguaje discriminatorio utilizado por las autoridades judiciales es una evidencia clara de que el tratamiento otorgado a la señora Karen Atala estuvo sustentado en una expresión de su orientación sexual”¹⁹.

Texto actual del inciso 2° artículo 2°	Texto propuesto como inciso 2° del artículo 18
Las categorías a que se	

¹⁶ Asamblea General de la OEA, *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, Washington, 2011, p. 1. Disponible en Internet: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf [último acceso: noviembre de 2011].

¹⁷ La historia de la ley es un elemento interpretativo de capital importancia, dispuesto en el artículo 19 del Código Civil.

¹⁸ Diario de sesiones del Senado, sesión 66, martes 8 de noviembre de 2011, p. 128. Disponible en Internet: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4207&prmBL=3815-07 [último acceso: noviembre de 2011].

¹⁹ *Ibíd.*, p. 132.

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.	
---	--

Prosiguiendo con la exposición de la Fundación Iguales, **el profesor señor Tapia** se hizo cargo de exponer el siguiente tema, basando su alocución en el texto que se transcribe a continuación.

“Tercera observación:

Evitar la consagración de la superioridad de otros derechos fundamentales por sobre el de igualdad y no discriminación.

Informe²⁰ preparado por Mauricio Tapia, profesor de Derecho y director del Área de Derecho Privado de la Universidad de Chile.

Análisis del inciso 3º del artículo 2º del Proyecto de Ley que Establece Medidas contra la Discriminación.

Resumen ejecutivo

(i) El Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 3.815-07 (en adelante, el “Proyecto Ley”), en la redacción actual del inciso 3º de su artículo 2º, dispone lo siguiente: “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 4º, 6º, 11º,

²⁰ Informe elaborado por Mauricio Tapia R., profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con la colaboración de José Antonio Sánchez R., ayudante del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y la contribución de Pablo Cornejo, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”.

Esta norma del Proyecto de Ley adolece de vicios de inconstitucionalidad, así como merece reparos desde el punto de vista del ejercicio de la acción especial contra la discriminación que consagra, particularmente respecto de la inversión de la carga de la prueba.

(ii) En cuanto a los vicios de inconstitucionalidad:

a) Establece un orden jerárquico entre los derechos y garantías fundamentales, criterio desconocido por el Constituyente, e inaceptable en un Estado de Derecho, ya que todos los derechos pertenecen a un sistema, y gozan de igual valor en términos materiales y axiológicos. También se opone a la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que los derechos fundamentales jamás pueden excluirse entre sí (art. 29).

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como aquella de los Tribunales Superiores confirma que no existe en Chile una jerarquía de derechos constitucionales, y que debe recurrirse a la ponderación entre los derechos para resolver conflictos entre ellos. b) Vulnera el contenido esencial de la garantía de la igualdad ante la ley (art. 19 N° 26 de la C.P.R., en relación al art. 19 N° 2), ya que nunca podrá hacerse valer la garantía de igualdad ante la ley si el recurrido de la acción especial alega el ejercicio de alguno de los derechos enumerados en la norma analizada. De esta manera, relega al principio de la no discriminación arbitraria al último lugar no sólo de los derechos constitucionales, sino, más aún, al último lugar de los intereses tutelados por la Constitución.²¹

(iii) En cuanto a los problemas procesales (inversión de la carga de la prueba u onus probandi): a) La norma establece una presunción de derecho, ya que siempre se considerará razonable aquella distinción en función del ejercicio de legítimo de alguno de los derechos fundamentales que enumera y de “otra causa constitucionalmente legítima”. Por lo tanto, el recurrente discriminado nunca podrá acreditar los supuestos que configuran la discriminación si el demandado se defiende invocando algunas de las causales indicadas, por lo que la acción especial de discriminación pierde todo sentido y eficacia. b) Este problema no se soluciona eliminando la expresión “siempre”. En efecto, si se eliminara la expresión “siempre”, se trataría de una presunción simplemente legal y de todas formas termina invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio de las víctimas. La víctima de la discriminación queda en una situación sumamente desmejorada considerando que: i) además de probar la discriminación debería acreditar la falta de razonabilidad y las motivaciones del acto discriminatorio y ii) en materia de discriminación es frecuente la asimetría

²¹ Incluso si se eliminara la expresión “siempre” la norma es inconstitucional, ya que se mantiene una protección reforzada ex ante a otros derechos fundamentales.

entre las partes, ya que normalmente quien discrimina se encuentra en mejores condiciones para acreditar la razonabilidad de la discriminación. c) La regulación propuesta contradice la tendencia de la normativa comparada, la que se orienta hacia alivianar la carga de la prueba de la víctima de la discriminación (artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997), y que sea el autor del acto de discriminación quien deba probar que es “razonable” el acto de diferenciación que se le imputa.

(iv) Finalmente, el informe ofrece una redacción alternativa para esta norma (inc. 3º art. 2º), que a nuestro juicio se ajustaría a los estándares internacionales y constitucionales vigentes en Chile, del tenor siguiente: “El juez deberá ponderar si pueden estimarse 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 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Corresponde a quien alega el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental probar la razonabilidad de la distinción, exclusión o restricción”.

INTRODUCCIÓN

1. Este informe se pronuncia sobre el inciso 3º del artículo 2º del Proyecto de Ley, especialmente en lo referente al análisis de su ajuste al texto constitucional, a los estándares internacionales y a la jurisprudencia sobre la materia, así como a sus impactos en cuanto a la inversión de la carga de la prueba que provoca en las contiendas sobre discriminación arbitraria.

2. Para efectuar este análisis, el informe se divide en los siguientes capítulos:

I. Descripción de algunos antecedentes.

II. Análisis jurídico de la norma.

III. Aspectos probatorios de la norma.

IV. Propuesta de redacción.

V. Conclusiones

I. DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS ANTECEDENTES

3. Antecedentes. El Mensaje presidencial del Proyecto de Ley explicita que su objeto es regular, por vía legal, el

mecanismo idóneo para proteger el principio de no discriminación amparado por el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

En lo que importa para los efectos de este informe, el Mensaje hace presente el carácter dinámico y flexible de las normas de rango legal, en el sentido que favorecen su reformulación conforme a los avances el mundo moderno, a diferencia de las normas de rango constitucional, y aseguran, de esta forma, una adecuada protección.

Asimismo, el Mensaje agrega que se reconoce como deber del Estado la elaboración de políticas y acciones que sean necesarias para garantizar la no discriminación.

En síntesis, los propósitos esenciales de esta ley son incorporar mecanismos preventivos y correctivos idóneos para proteger el principio de no discriminación arbitraria.

De ahí que resulte sumamente importante analizar si el inciso 3° del artículo 2° del Proyecto de Ley garantiza un resguardo adecuado de este principio en la represión de las conductas discriminatorias arbitrarias.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NORMA

4. Puede estimarse que el inciso 3° del artículo 2° del Proyecto es una norma incompatible con la actual Constitución Política de la República, así como que también contraría los criterios nacionales y comparados sobre la regulación y delimitación de los derechos fundamentales. La inconstitucionalidad se fundamenta en las siguientes razones:

(i) Precisión entorno al supuesto de aplicación de la norma: exigencia del ejercicio legítimo del derecho.

5. La primera observación que merece la norma comentada dice relación con su supuesto de aplicación, en cuanto exige el “ejercicio legítimo” de otros derechos fundamentales para configurar la razonabilidad de las distinciones, exclusiones o restricciones.

En efecto, el ejercicio legítimo de un derecho fundamental es un presupuesto básico para que pueda existir un conflicto de derechos. Por tanto, de no ser legítimo su ejercicio, el problema es más bien sobre la delimitación del contenido del derecho y no de ponderación en cuanto al valor de un derecho fundamental respecto de otros. Esta imprecisión en la que incurre el Proyecto de Ley debería ser corregida.

En otros términos, todos los derechos deben ejercerse legítimamente para ser tutelados. Luego, cuando existe conflicto entre dos derechos ejercidos dentro de su ámbito legítimo, corresponderá al juez efectuar una tarea de ponderación.

La norma en comento se contenta con exigir la legitimidad del ejercicio del derecho que se esgrime como justificación de la discriminación para hacerlo primar, sin que el juez pueda ponderarlos.

(ii) No es compatible con la Constitución Política de la República establecer, por vía legal, un orden jerárquico entre los derechos y garantías fundamentales.

6. La norma establece un orden jerárquico entre los diversos derechos, es decir, reconoce una preeminencia de ciertos derechos fundamentales por sobre otros, lo que es un criterio desconocido por el Constituyente y jamás utilizado por el Tribunal Constitucional (el que, como se expondrá, siempre recurre a criterios como la delimitación del contenido de cada uno de los derechos o la ponderación entre los derechos para resolver conflictos de derechos fundamentales).

Esta norma es, por tanto, constitucionalmente objetable, según se demuestra a continuación.

7. En efecto, el criterio defendido (inexistencia de jerarquía entre derechos fundamentales) es reconocido expresamente tanto por nuestra doctrina constitucional como por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Constitucional.

8. En la doctrina constitucional chilena, una de las opiniones más autorizadas es la del profesor Humberto Nogueira Alcalá,²² quien ha señalado que “no pueden utilizarse algunos enunciados constitucionales de derechos o bienes jurídicos para anular otros; todos ellos son elementos constitutivos del orden constitucional que no pueden entrar en contradicción, pudiendo sólo existir conflictos aparentes por una inadecuada o deficiente delimitación de los derechos, éstos deben interpretarse siempre en el sentido de darles un efecto útil y la máxima efectividad, vale decir, optimizándolos dentro de su ámbito propio. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. No hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a aniquilar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro, a su vez

²² Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Director del Centro de Estudios Constitucionales; Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

todos ellos tienen incorporado el límite del bien común, en la medida que las personas conviven en sociedad”.²³

El autor referido agrega, como conclusión, que “el límite intrínseco a los derechos constitucionales se convierte así en un problema de interpretación constitucional, a través de la cual se deben configurar el contenido constitucionalmente protegido y los límites de cada derecho”.²⁴

9. Por otra parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 16 de abril de 2003, recaída sobre acción de protección en el llamado “Caso Prat”²⁵, argumentó que el ejercicio de ponderación entre derechos fundamentales (en este caso, en particular, el derecho a la honra versus la libertad de informar sin censura previa) “surge de la necesidad de la confluencia que debe existir entre los derechos que nacen de la esencia del ser humano, los que jamás podrán excluirse entre sí, tal como lo consagra, por su parte, el artículo 29 de la nombrada Convención (Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica),²⁶ que prohíbe toda interpretación que excluya derechos y garantías inherentes a la naturaleza del ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Esta norma contempla además la obligación de interpretar las reglas atinentes a los derechos humanos teniendo en consideración su fin último, que es la protección de los derechos de las personas, optando por aquél que resguarde de la mejor manera esos derechos y conciliando siempre las limitaciones que se susciten”. Criterio similar sigue la misma Corte en “Callejas Leiva con Echeverría Yáñez”,²⁷ entre otros números fallos.

²³ Nogueira A., Humberto, “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 11 (2), 2005, p. 5.

²⁴ *Ibidem.*, p. 31.

²⁵ C. 21 y 22, Rol N° 5681-2002 y 5733-2002. Confirmada por la Corte Suprema por sentencia de fecha 16 de julio de 2003, Rol N° 1961-2003.

²⁶ El mencionado Artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica señala:

“Artículo 29. Normas de Interpretación:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

²⁷ C. Santiago, 31 octubre 2001, Rol N° 3404-2000, C. 1° a 4°.

10. Asimismo, la Corte Suprema ha concluido lo mismo, tal como se aprecia en el caso “Donoso Arteaga”,²⁸ y otros.²⁹

11. El criterio indicado también ha sido reconocido, de manera uniforme, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,³⁰ tal como se prueba a continuación:

a) En relación a la interpretación de los principios y valores básicos de la Constitución, ha señalado que “frente a diversas interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisionomía” (STC Rol N° 1185, c. 13).

b) En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado enfáticamente que, tratándose los requisitos que deben cumplir las restricciones a un derecho fundamental, la constitucionalidad de estas medidas supone necesariamente revisar “si las limitaciones se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen pueden estimarse proporcional al logro de esos fines” (STC Rol N° 12, c. 24).

c) Asimismo, el criterio de ponderación ha sido recogido implícitamente en diversos fallos de este tribunal. Así, el Tribunal Constitucional ha empleado este criterio en los casos “Catalíticos”³¹ “Unidad de Análisis Financiero”³² y “Agencia Nacional de Inteligencia”,³³ entre otros.

(iii) Inconstitucionalidad de la noma por la vulneración de la garantía del contenido esencial de los derechos, reconocida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.

12. En estrecha vinculación a lo indicado precedentemente, un segundo vicio puede imputarse a la norma del inciso 3° del artículo 2° del Proyecto de Ley, y se refiere a la violación o afectación de

²⁸ C. Suprema, 3 noviembre 1998, Rol N° 2824-98, C. 5°.

²⁹ Particularmente, C. Suprema, 23 abril 2009, Rol N° 1740-2009.

³⁰ Siguiendo la misma línea de otros Tribunales Constitucionales, como por ejemplo el alemán: “La Corte Constitucional alemana, en la sentencia «Sozialhilfe», determinó que el contenido esencial inafectable de los derechos debe ser averiguado para cada derecho fundamental, a partir de su significado especial en el sistema global de derechos (BVerfGE 22, 180 (219))”. En Nogueira A., Humberto, op. cit., p. 25.

³¹ STC Rol N° 325.

³² STC Rol N° 389.

³³ STC Rol N° 417.

la garantía del artículo 19 N° 26 de la Constitución, denominada por la doctrina y jurisprudencia constitucional como la garantía del contenido esencial: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

13. Si bien el legislador tiene las competencias para regular el ejercicio y las limitaciones de los derechos fundamentales, en virtud de la reserva legal, esta actividad debe sujetarse al límite del contenido esencial del derecho, garantía reconocida en el mencionado artículo 19 numeral 26 de la Constitución.

14. Al respecto, el profesor Nogueira señala que “el legislador está obligado a respetar y tiene prohibido constitucionalmente afectar el contenido esencial de los derechos. Dicho contenido esencial se constituye en la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder de limitar los derechos (...). El legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Así el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho constituye una entidad previa a la regulación legislativa.”³⁴

A juicio de este autor, el contenido esencial puede definirse “como un concepto jurídico, capaz de ser depurado y perfilado técnicamente a fin de hacer operativo el límite jurídico que expresa en el proceso de aplicación del texto constitucional”.³⁵

15. Sobre la cuestión de la garantía del contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha señalado que “debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide ‘el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.³⁶

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional señala que las limitaciones “jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en “privación” del derecho”.³⁷

En otra ocasión, el Tribunal Constitucional señaló que “el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las

³⁴ Ibídem, p. 24.

³⁵ Ibídem, p. 24.

³⁶ STC Rol N° 23, c. 23 y 24.

³⁷ STC Rol N° 226, c. 46 y 47.

limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y como juega en ella el derecho y la limitación".³⁸

Finalmente, el Tribunal Constitucional exige que la limitación o restricción a un derecho fundamental opere "únicamente en los casos y circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental, y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan".³⁹

16. El estándar recién señalado no es respetado por el referido inciso 3º del artículo 2º del Proyecto de Ley, ya que la Constitución no menciona en ningún caso la admisibilidad de la limitación del derecho de igualdad ante la ley ex ante, ni tampoco las limitaciones indicadas son precisas, toda vez que junto con establecer un extenso catálogo de derechos y garantías fundamentales "prioritarios" (lo que ya es inconstitucional), establece una excepción extraordinariamente abierta en la expresión "o en otra causa constitucionalmente legítima", que hace inviable asegurar la constitucionalidad del Proyecto de Ley.

Esta última expresión ("o en otra causa constitucionalmente legítima"), parece muy cuestionable desde el momento en que no sólo vulnera la esencia del derecho a la no discriminación arbitraria, sino que también coloca por sobre éste cualquier interés tutelado por la Constitución (y cualquier interés legítimo puede reconducirse a la Constitución) y no sólo otros derechos fundamentales.

Esta expresión es sumamente criticable, pues relega, en definitiva, al principio de la no discriminación arbitraria al último lugar de los intereses tutelados por la Constitución.

En otras palabras, y paradójicamente, de esta forma la norma convierte al Proyecto de Ley en un cuerpo normativo que

³⁸ STC Rol N° 280, c. 14.

³⁹ Ibídem.

desplaza y discrimina ex ante al principio de no discriminación al último lugar de los derechos e intereses constitucionales.

(iv) Análisis de la expresión “siempre”.

17. Debemos hacer presente que la inconstitucionalidad de la norma no se soslaya con la sola eliminación de la palabra “siempre”, ya que igualmente estaría asignando una protección reforzada ex ante a otros derechos fundamentales (jerarquizándolos), en desmedro del derecho a la igualdad ante la ley.

En otras palabras, se pasaría de una “presunción de derecho” a una “presunción legal” de primacía de cualquier otro derecho fundamental por sobre el principio de no discriminación, continuando estando afectada por la objeción de establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales, vulnerando la esencia de la no discriminación arbitraria y colocando a la víctima discriminada en una desfavorable situación en el juicio, como se expone en el capítulo siguiente.

Más aún, el sólo hecho de eliminar “siempre” y mantener el “se considerarán razonables”, podría perfectamente ser interpretado por un tribunal como una mantención de una presunción de razonabilidad que no admite prueba en contrario. En efecto, el Proyecto de Ley en tal caso parecería afirmar que en todo evento se consideran razonables las discriminaciones que se efectúen sobre la base del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, y no contendría expresiones que pudieran permitir entender que el juez debe ponderarlos y no considerar automáticamente que priman por sobre el mencionado principio de no discriminación arbitraria.

En tal caso, sería preferible utilizar la expresión “Se podrán considerar razonables...”.

III. ASPECTOS PROBATORIOS DE LA NORMA COMENTADA

18. La norma del inciso 3º del artículo 2º del Proyecto de Ley también tiene un alcance procesal muy trascendental para estos juicios, pues señala que “Se considerarán siempre razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que (...) encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”.

Desde este punto de vista procesal civil, la norma también merece importantes observaciones:

(i) El inciso 3º del artículo 2º del Proyecto de Ley establece una presunción de derecho.

19. Como se dijo, la norma referida establece que siempre se considerará razonable aquella distinción, exclusión o restricción que se funde en dos causales: el ejercicio de legítimo de alguno de los derechos fundamentales (la norma cita especialmente la honra y vida privada, libertad de conciencia, libertad de enseñanza, libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, el derecho de asociarse sin permiso previo, la libertad del trabajo y su protección y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, pero por su forma de redacción se entiende que cualquier otro derecho fundamental también se podría alegar); y en “otra causa constitucionalmente legítima”.

20. El impacto práctico de una redacción tan amplia no es otro que establecer una verdadera presunción de derecho en cuanto a que el recurrente discriminado, ejerciendo la acción especial de discriminación consagrada en el Proyecto de Ley, nunca podría acreditar los supuestos que configuran la discriminación, si el demandado se defiende invocando algunas de las causales indicadas.

En efecto, respecto de la primera excepción referida, y de acuerdo a lo expuesto en el capítulo anterior, constituye una valoración por vía legal ex ante del valor específico de bienes jurídicos en colisión en un caso concreto, lo cual en el Estado de Derecho es una consecuencia inaceptable.

En relación a la segunda excepción recogida, su amplitud implica -como se dijo- la apertura de una norma que, en cuanto excepcional, debiese ser de aplicación estricta.

Por lo tanto, la acción especial de discriminación pierde todo sentido y eficacia. Y, aún más, las consecuencias de esta interpretación legal de las normas constitucionales involucran un impacto reflejo en todo el sistema de derechos fundamentales y, a mayor abundamiento, en el sistema jurídico nacional.

(ii) Problema de la carga de la prueba.

21. Ahora bien, aun cuando se eliminara la expresión “siempre” (y pudiera interpretarse, cuestión que no es categórica, que se trataría de una presunción simplemente legal), subsistiría un problema de índole probatorio procesal: la inversión del onus probandi.

Si bien no se trataría de una presunción de derecho, sí se trataría de una presunción simplemente legal. Por tanto el recurrente (la víctima de la discriminación) no sólo debería aportar

antecedentes para acreditar la existencia material o jurídica de la diferencia, exclusión o restricción, sino que además debería acreditar su falta de razonabilidad y, en último término, las motivaciones del acto mismo.

En términos probatorios, la norma coloca a la víctima en una situación sumamente desmejorada.

22. Además, esta forma de distribución de la carga de la prueba no considera la situación de asimetría de acceso a sus fuentes en que se encuentran las partes: quien discrimina será también por regla general quien se encuentre en mejores condiciones para acreditar que la discriminación pudo ser “razonable” y, por tanto, que debe ser resguardado.

En consecuencia, la norma transforma en una verdadera “prueba diabólica” la acreditación del acto discriminatorio para la víctima.

(iii) Contradicción con la normativa internacional sobre discriminación arbitraria.

23. La regulación propuesta contradice, además, la tendencia de la normativa comparada que existe en la materia, la que se orienta hacia alivianar la carga de la prueba de la víctima de la discriminación.

24. Tal como señaló la abogada señora Camila Maturana,⁴⁰ en representación del Observatorio Parlamentario, lo usual en los sistemas comparados es que la víctima deba demostrar que se ha verificado el acto (por todos los medios a su alcance); mientras que el sujeto recurrido deberá acreditar que la distinción efectuada respondió a un objetivo razonable.

Este criterio, agrega, es recogido en el artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997: Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación (...) del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato...”.

⁴⁰ Exposición recogida en el Informe 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.

IV. PROPUESTA DE REDACCIÓN DEL INCISO TERCERO ARTÍCULO SEGUNDO DE LA LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

25. En nuestra opinión, una redacción del inciso 3º del artículo 2º que se sujete a los estándares internacionales en materia de discriminación, respetuosa de las normas y hermenéutica constitucional, podría ser del siguiente tenor:

“El juez deberá ponderar si pueden estimarse 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 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Corresponde a quien alega el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental probar la razonabilidad de la distinción, exclusión o restricción”.

V. CONCLUSIONES

26. De lo expuesto en este informe, es posible concluir lo siguiente sobre las cuestiones jurídicas sometidas a nuestra opinión:

(i) La norma revisada es inconstitucional, por dos razones: no puede el legislador establecer, ex ante, una jerarquización de los derechos fundamentales, ya que los conflictos de derechos fundamentales deben ser resueltos, en el caso concreto, por los Tribunales de Justicia y el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, la norma afecta la garantía fundamental del artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República, ya que agrede el contenido esencial del derecho a la igualdad ante la ley, por cuanto priva a su titular de la suficiente tutela jurídica si el recurrido alega alguna de las causales recogidas en el inciso 3 del artículo 2º.

Más aún, al agregar la expresión “o en otra causa constitucionalmente legítima”, la norma coloca por sobre el principio constitucional de igualdad ante la ley no sólo todos los otros derechos fundamentales, sino que incluso cualquier interés cuya protección pueda reconducirse a la Constitución (y éstos pueden ser innumerables y de importancia relativa menor).

(ii) Asimismo, la norma comentada afecta la eficacia de la acción especial de discriminación que el Proyecto de Ley establece, por cuanto la expresión “siempre” importa una presunción de derecho que haría, en la práctica, inútil cualquier intento de obtener una tutela judicial efectiva y oportuna del derecho a la igualdad vulnerado.

Si se elimina la expresión “siempre”, sin aclarar que el juez debe efectuar una ponderación entre los derechos y que es el recurrido quien debe probar que la discriminación pudo ser “razonable”, de todas formas se afectaría gravemente la tutela a las víctimas, invirtiendo en onus probandi en su contra. En tal caso, sería preferible encabezar la norma con la expresión siguiente: “Se podrán considerar razonables...”.

Por lo demás, dicha regla no se sujeta a los estándares internacionales en materia de discriminación, ya que la tendencia es a invertir la carga probatoria a favor de la víctima. Así, el artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997, impone la carga al demandado de probar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

(iii) La redacción propuesta obedece a los elementos observados en el presente informe: es respetuosa de la Constitución, por cuanto reconoce que será función del tribunal que conozca de la acción especial efectuar la ponderación de los derechos, garantías y principios constitucionales en colisión en el caso en particular y establece un sistema probatorio que, sujetándose a los estándares internacionales, opera a favor de las víctimas y no de los victimarios.”.

El documento entregado por el señor Simonetti continúa como sigue:

“Cuarta observación:

Eliminar disposiciones que introducen elementos innecesarios y perturbadores de la coherencia del ordenamiento jurídico chileno.

Texto de Pablo Cornejo, profesor de derecho de la Universidad de Chile y coordinador de la comisión de legislación de Fundación =Iguales.

Importante es eliminar los literales b) y c) del artículo 6° del proyecto, por tratarse de disposiciones inoficiosas e, incluso, peligrosas desde la perspectiva de la coherencia interna de nuestro sistema jurídico. Según lo actualmente dispuesto en la disposición cuya eliminación se solicita:

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

[...]

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”.

[...]

El literal b) del artículo 6° debe eliminarse por resultar absolutamente inoficioso en un cuerpo normativo de rango legal. En efecto, teniendo esta disposición un rango legal, no es posible recurrir a su contenido con la finalidad de impugnar el contenido de otra disposición del mismo rango. En ambos casos, se trata de reglas de igual jerarquía, ninguna de las cuales se encuentra dotada de una preeminencia *prima facie*. La Constitución es la única norma que, por su jerarquía, puede suscitar un procedimiento destinado a impugnar los contenidos de leyes vigentes.

Más aún, siendo la ley antidiscriminación una norma de rango legal, nada impide conforme a las reglas generales que con posterioridad una nueva ley modifique su contenido, sea expresamente o por aplicación del criterio *lex posteriori* en caso de incompatibilidad entre ambas reglas, no siendo posible en esos casos pretender utilizar el procedimiento contemplado en la ley para evitar los cambios legislativos.

Esta interpretación es confirmada, desde otra perspectiva, si consideramos que en nuestro sistema jurídico el único procedimiento destinado a obtener la invalidación de determinadas reglas legales es el de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En este caso, la regla introducida por el legislador da a entender que la creación de este nuevo procedimiento podría superponerse en su aplicación al de inaplicabilidad, de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, situación que en realidad ya se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento en virtud a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución.

Por el contrario, si lo pretendido por el legislador es evitar que el procedimiento previsto en la ley antidiscriminación sirva para impugnar el contenido de la ley de matrimonio civil o de la ley de adopción, lo que corresponde en una correcta técnica legislativa es incorporar una disposición transitoria al proyecto que señale expresa y específicamente que lo dispuesto en la nueva ley no alterará lo preceptuado en alguno de estos cuerpos legales.

Por su parte, consideramos que también el literal c) del artículo 6° debe eliminarse, debido principalmente a su carácter innecesario a la luz de las disposiciones legales y constitucionales que rigen la actuación de los órganos jurisdiccionales.

En efecto, cualquier supuesto riesgo que haya querido ser prevenido por el legislador ya se encuentra suficientemente resuelto por la aplicación de las reglas generales.

Es lo que ocurre con las sentencias ejecutoriadas, que se encuentran revestidas de la autoridad de la cosa juzgada, cuyos efectos no pueden ser alterados por una ley posterior, según resulta de lo dispuesto en el artículo 76 inciso 1° de la Constitución, conforme con el cual “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Más aún, en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de control de las sentencias judiciales en un procedimiento distinto a aquel en el cual han sido dictadas se encuentra extremadamente restringido, por el resguardo existente hacia la cosa juzgada como cualidad de los efectos de la sentencia, siendo procedente tan solo en aquellos casos en que el legislador lo ha dispuesto expresamente, como ocurre con el recurso de revisión de las sentencias firmes.

Como resulta de la lectura general del proyecto, ninguna de sus disposiciones pretende ampliar las causales de revisión actualmente contempladas en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Procesal Penal, no existiendo antecedente alguno que permita sostener razonablemente la existencia de un peligro como el que quiere ser evitado por el legislador mediante la introducción de la disposición citada.

Por su parte, tratándose de aquellos procedimientos que aún no se encuentran afinados, la imposibilidad de iniciación de un nuevo procedimiento destinado a objetar aquellas resoluciones que no se encuentren firmes o ejecutoriadas resulta clara a la luz de lo dispuesto en el artículo 8° del Código Orgánico de Tribunales (normativa que tiene el carácter de ley orgánica constitucional) disposición que establece la regla de la inavocabilidad, la cual impide expresamente a cualquier otro tribunal arrogarse el conocimiento de una causa que hubiere comenzado a ser conocida por tribunal competente; y de lo dispuesto en el artículo 110 del mismo cuerpo legal, que establece la regla de la jerarquía o grado, limitando la posibilidad de control de las decisiones dictadas por un tribunal de primera instancia a su superior jerárquico, la Corte de Apelaciones respectiva.

De acuerdo a lo expuesto, podemos afirmar que la introducción de una regla como aquella cuya eliminación se solicita antes que evitar una afectación al normal desarrollo de las funciones jurisdiccionales viene a introducir un elemento desestabilizador en la estructura orgánica donde están insertas las reglas de impugnación de las resoluciones judiciales, desde el momento que la interpretación sostenida por el legislador en torno a la necesidad de su introducción implica suponer, a contrario sensu, que la

dictación que cualquier otra nueva ley que no incluya expresamente una disposición en este sentido conferiría a las partes litigantes nuevas vías de impugnación de las sentencias.

Texto actual en el artículo 6° inciso 1°	Texto propuesto para el artículo 6° inciso 1°
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. e) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.	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 carezca manifiestamente de fundamento. c) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.

Quinta observación:

No hacer de ésta una ley de segunda clase.

Texto de Pablo Cornejo, profesor de Derecho de la Universidad de Chile y coordinador de la comisión de legislación de Fundación =Iguales.

El artículo 18 del proyecto pretende expresamente limitar los posibles alcances de su contenido, al establecer una regla especial

de interpretación que afirma lo siguiente: “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.”.

Esta disposición resulta innecesaria conforme a las reglas generales de solución de conflictos entre reglas legales. En efecto, de una lectura del proyecto resulta insostenible que la ley antidiscriminación, en virtud de su propio contenido, pretenda modificar otras reglas legales que deseen ser especialmente protegidas por el legislador, como la Ley de Matrimonio Civil. Más aún, su propio carácter general impide que sea razonablemente sostenible una interpretación que propugne la eliminación o modificación de otras reglas de carácter especial.

Lo sostenido cuenta en el caso específico del matrimonio con otro antecedentes calificado que impide sostener cualquier efecto derogatorio. El día 3 de noviembre de 2011, el Tribunal Constitucional pronunció sentencia ante un requerimiento de inaplicabilidad que impugnaba la diferencia de sexo de los contrayentes como condición de acceso a la institución matrimonial por ser contraria al principio de igualdad, rechazándolo por considerar que la configuración de esta institución correspondía al legislador. La ley antidiscriminación no altera en nada este panorama. Siendo una normativa de rango legal no exige una determinada interpretación constitucional y no podría hacerlo, desde el momento que para ello se requería un cambio constitucional o la aprobación de una ley interpretativa de la Constitución, ambos sometidos a reglas procedimentales de formación diversas.

Finalmente, en caso que el legislador considere aún necesario tomar algún resguardo a fin que la ley antidiscriminación no afecte ciertas instituciones de configuración legal que considere merecedoras de una protección especial, lo que corresponde es que las identifique y agregue una disposición transitoria. Lo que no es admisible es que en base a los señalados temores se esté aprobando una ley antidiscriminación que, en cuanto ley, sea de segunda clase.

Texto actual del artículo 18	Texto propuesto para la misma disposición
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.	

Sexta observación:

Incluir la categoría de identidad de género en la agravante penal contemplada en la ley⁴¹.

Texto de Valentina Verbal, historiadora y coordinadora de la comisión trans de Fundación =Iguales.

La identidad de género es la otra categoría fundamental asociada a la diversidad sexual. Concretamente, se aplica a las personas trans (transexuales, transgéneros e intersex)⁴². Y, al igual que orientación sexual, es un concepto claramente delimitado tanto a nivel internacional como en la historia del proyecto de ley en comento.

De conformidad con los Principios de Yogyakarta ya citados, la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”⁴³.

Asimismo, todas las declaraciones de la ONU y de la OEA, citadas arriba (en la segunda observación de este documento), hacen referencia a la necesidad de proteger la categoría de identidad de género junto con la de orientación sexual.

Y, en el plano de la historia de esta normativa, el Senador Jorge Pizarro (DC) señaló, en la sesión del 8 de noviembre ya mencionada, que “identidad de género significa sentirse mental y psicológicamente parte de un género u otro, independiente del sexo biológico de nacimiento. En nuestra realidad, se refiere a las personas trans, las cuales tienen en común el nacer con un desacuerdo entre su sexo biológico

⁴¹ Sobre la necesidad de incluir la categoría *identidad de género* en el proyecto de *ley antidiscriminación*, recomendamos el siguiente documento: Comisión Trans de Fundación =Iguales y OTD (Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad), “Cuatro argumentos de por qué la categoría identidad de género debe incluirse en la ley antidiscriminación”, Santiago, septiembre de 2011. Disponible en Internet: <http://iguales.operativelab.net/wp-content/uploads/2011/09/Documento-Identidad-G%C3%A9nero.pdf> [último acceso: noviembre de 2011].

⁴² Estos conceptos se encuentran definidos en la nota al pie de página N° 3 de este mismo documento.

⁴³ Principios de Yogyakarta, ob. cit., p. 6.

y su sexo psicológico”⁴⁴. La Senadora Lily Pérez (RN), por su parte, leyó la misma definición de los Principios de Yogyakarta transcrita en el párrafo precedente⁴⁵.

Desde la perspectiva del rigor exigido por todo acto de legislación, parece inconsecuente que dentro de las categorías sospechosas de discriminación dispuestas en el artículo 2º del proyecto se encuentre la identidad de género, pero que luego, en una norma que repite esas mismas categorías, no lo esté.

Como resulta evidente, la omisión en que ha incurrido el legislador bajo la actual redacción del proyecto significa que las personas trans no serán beneficiadas por la aplicación de la agravante, en aquellos delitos de que sean víctimas. En efecto, integrar el artículo 17 con el artículo 2º del proyecto, el principio de reserva o legalidad⁴⁶, aplicable en el ámbito penal, exige una interpretación restrictiva de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, no pudiendo comprenderse la identidad de género dentro de ninguna de las otras categorías, debido a su formulación especial en el artículo 2º. El uso de la interpretación analógica para integrar lagunas legales siempre está prescrita en la fijación del sentido de las leyes penales⁴⁷. Ergo, debe prescindirse de la extensión sospechosa para evitar la infracción al nulla poena.

La comunidad trans no solo es uno de los sectores sociales más discriminados, sino uno de los más violentados. Basta recordar solo dos casos que han tenido notoriedad pública en los últimos meses para demostrar que la transfobia es una realidad en nuestro país: el primero de ellos es el de Sandy Iturra Gamboa, mujer trans de Valparaíso, que fue golpeada con un bate de beisbol por un grupo de transfóbicos, la madrugada del miércoles 8 de junio de este año, en la esquina de las avenidas Brasil y Francia de la ciudad de Valparaíso. Producto de la persistente agresión, Sandy sufrió múltiples fracturas faciales y de cráneo, y un edema cerebral que la mantuvo internada con riesgo vital en la UCI del Hospital Gustavo Fricke. Si bien logró sobrevivir, perdió la visión de un ojo. Otro caso conocido fue el ataque incendiario que sufrió la agrupación Trangéneras por el Cambio, de la ciudad de Talca, en septiembre de este año, cuando cuatro mediaguas que les servían de residencia luego del terremoto de febrero de 2010, fueron quemadas.

⁴⁴ Diario de Sesiones del Senado, ob. cit., p. 128.

⁴⁵ Ibíd., p. 133.

⁴⁶ De acuerdo a este principio no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Cfr. Cury, Enrique (2005), *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 165.

⁴⁷ Ibíd., p. 196.

Además de los informes de derechos humanos de la Universidad Diego Portales y del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que recomiendan incluir la categoría de identidad de género para evitar y sancionar debidamente las agresiones violentas que sufre la comunidad trans, el reciente informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, intitulado “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, recomienda que se “adopten medidas para prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por la orientación sexual o la identidad de género, investiguen exhaustivamente todas las denuncias de tortura y malos tratos y enjuicien y exijan responsabilidades a los responsables.”⁴⁸.

Luego, intervino **la Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), señora Lorena Fries.**

Su exposición fue del tenor siguiente:

“I. Introducción

El principio de igualdad es una base central de todo orden democrático, en virtud del cual todas las personas somos iguales ante la ley, quedando prohibido todo beneficio o reconocimiento parcial arbitrario de derechos a determinados grupos por sobre otros. Por lo mismo, para el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), la discriminación es una de las vulneraciones más graves y transversales a los derechos humanos que hoy vivimos en nuestra sociedad.

La ley N° 20.405 que crea el INDH, le otorga mandato para la “promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. En el cumplimiento de este mandato es que el INDH considera el principio de igualdad y no discriminación como un pilar que inspira todo su actuar.

Consecuencia de lo anterior, es que desde sus primeros días el INDH ha participado activamente en el debate del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, proponiendo ante la

⁴⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 2011, p. 26. Disponible en Internet: <http://iguales.operativelab.net/wp-content/uploads/2011/12/Leyes-y-pr%C3%A1cticas-discriminatorias-y-actos-de-violencia-cometidos-contra-personas-por-su-orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero.pdf> [último acceso: diciembre de 2011].

Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado y ante el Comité Técnico que dicha Comisión decidió conformar, diversas modificaciones a su redacción para que su texto esté acorde a los estándares internacionales en derechos humanos y otorgue mayor protección a los grupos históricamente discriminados y vulnerados.

Al igual que en todas las instancias antes mencionadas, como Instituto Nacional de Derechos Humanos presentamos hoy frente a esta Comisión Mixta nuestra opinión técnica, basada en estándares internacionales en materia de derechos humanos, que fortalecerían el proyecto de ley en debate, haciendo de éste uno más robusto y garantista de la igualdad real de todas las personas.

II. Aspectos a modificar.

Para el INDH, hay cuatro aspectos principales que deben ser fortalecidos en el proyecto de ley. Estos son:

a. Objeto de la ley.

El actual proyecto establece como su objeto “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”. Cuando la discusión en torno a la discriminación se ha dado en términos de atacarla y erradicarla, la actual redacción del artículo 1° del proyecto resulta insuficiente. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados y vigentes por el Estado crean obligaciones para Chile en cuanto a respetar y garantizar los derechos ahí establecidos. Esto se traduce en la necesidad de que el Estado adopte medidas tanto para prevenir la discriminación como acciones judiciales tendientes a investigar y sancionar a las personas responsables de hechos discriminatorios.

En este sentido, la actual redacción solo satisface una de estas dimensiones, a saber, la de establecer una acción judicial, pero no establece como obligación del Estado el prevenir posibles actos discriminatorios. Los actos de prevención y promoción tienen un efecto más amplio que el de la acción judicial, ya que van dirigidos a la sociedad en su conjunto; mientras que la sentencia judicial en un caso específico solo tiene efecto entre sus partes, sin que necesariamente la sociedad se entere de ella.

Se hace necesario entonces complementar la redacción actual en dirección a establecer un campo mayor de obligaciones del Estado, principalmente en materia de garantizar el derecho a la igualdad.

b. Jerarquización de derechos.

Uno de los puntos más complejos del proyecto se encuentra en el inciso tercero del artículo 2°, al establecer que “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.”.

Considerar a priori “siempre” razonables las distinciones, exclusiones o restricciones mientras se justifiquen en alguno de los derechos establecidos en el artículo 19 de la Constitución, constituye una presunción de derecho que dificulta el éxito del proyecto de ley. Esto porque bastará con que una persona acusada de haber cometido un acto discriminatorio argumente que actuó en base a un derecho constitucional distinto del de la igualdad, para que se entienda justificado su actuar y, por tanto, no discriminatorio. La voz “siempre” utilizada por el artículo constituye una presunción de derecho, la que no admite prueba en contrario, perpetuando la situación de discriminación sufrida por la víctima.

Un acto discriminatorio implica por naturaleza una colisión de derechos, la que debe ser resuelta por el juez, quien en el caso concreto, decidirá si hubo o no discriminación, pero no corresponde que sea el legislador quien decida abstractamente y a todo evento, qué situaciones no se entenderán discriminatorias. La ponderación debe darse en pie de igualdad entre derechos y no estableciendo una ventaja normativa a favor de uno de ellos.

c. Las acciones afirmativas.

Las acciones afirmativas, entendidas como medidas especiales en beneficio de un grupo específico con el fin de eliminar la situación de discriminación de la cual son objeto, son un estándar internacional en materia de derechos humanos. Diversos tratados internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establecen como obligación de los Estados adoptar estas acciones bajo dos requisitos: que sean temporales (mientras exista una situación de discriminación) y que no originen una nueva discriminación (que sean proporcionales).

Estas acciones han sido una herramienta fundamental en la batalla contra la discriminación. La igualdad no se consigue únicamente señalando en el papel que todos y todas somos iguales en derechos (igualdad nominativa o formal), sino que también se requiere una igualdad sustantiva, donde toda persona o grupo discriminado (migrantes, mujeres, diversidad sexual, personas trabajadoras de casa

particular, niños y niñas, indígenas, entre otros) puedan ejercer sus derechos en pie de igualdad con las demás personas. Esa brecha existente entre igualdad formal y sustantiva, se soluciona en gran parte gracias a la adopción de las acciones afirmativas.

No obstante lo anterior, si bien el proyecto original contemplaba estas acciones, posteriormente fueron eliminadas del mismo hasta el día de hoy. Como INDH planteamos que el proyecto debe incorporar la obligación del Estado de adoptar estas acciones (tal como ya lo hizo en relación a personas discapacitadas en la ley N° 20.422), de manera tal de crear condiciones especiales que permitan el igual ejercicio de derechos.

d. Agravante penal.

El artículo 17 del proyecto incorporaría al Código Penal como nueva agravante de responsabilidad penal “cometer el delito o participar en él por motivos racistas o de 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”.

Al INDH le parece correcta la incorporación de una agravante penal en materia de discriminación. No obstante lo anterior, sería oportuno complementar la actual redacción agregando al listado de criterios sospechosos la identidad de género. Esto en razón que el mismo proyecto en su artículo 2° la incorpora al enumerar tales criterios, por lo que se provoca una inconsistencia normativa al no mantener dicho criterio como agravante penal. En segundo término, la identidad de género debe ser parte en razón de las denuncias efectuadas por organizaciones de la diversidad sexual en torno a la violencia hacia personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros, travestis e intersexual (GLBTITI) que sufren diversos tipos de discriminación. Ejemplo de lo anterior fue la golpiza sufrida por la trans Sandy Iturra en Valparaíso el 2011.

Así entonces, la incorporación de la identidad de género crea un mayor campo de protección a todo un grupo de personas que han sufrido históricamente una violenta discriminación.”.

A su turno, **en representación del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH)**, usó de la palabra su **asesor jurídico, abogado señor Fernando Muñoz**.

El señor Muñoz realizó una exposición basada en el siguiente texto:

“Marco conceptual: de la prohibición de discriminaciones arbitrarias a la interdicción de estatus grupales privilegiados.

A lo largo de la tramitación del proyecto de ley en cuestión se ha hecho constante referencia a la prohibición de discriminaciones arbitrarias como propósito fundamental de este acto legislativo. Tal conceptualización responde a una constante del discurso académico y jurisprudencial chileno de las últimas décadas en materia de igualdad constitucional, que ignora todo el artículo 1º de la Constitución y prácticamente todo el artículo 19 N° 2 de la Constitución para concentrarse únicamente en la afirmación según la cual ni la ley ni autoridad alguna “podrán establecer diferencias arbitrarias”. Tal exclusivo foco estrecha el contenido textual de la Constitución y, en consecuencia, el contenido que le imputamos a la igualdad constitucional. Como resultado de ello, en la actualidad los académicos, los jueces y, aparentemente, los legisladores, creen que el único propósito de la ley es luchar contra las discriminaciones arbitrarias; esto es, contra aquellas discriminaciones carentes de toda razonabilidad. Ello nos hace olvidar que existen numerosas discriminaciones que no son irracionales, sino que son el resultado del actuar racional de los individuos insertos en estructuras culturales y sociales injustas y excluyentes.

Nuestra Constitución le impone al Estado el reconocer a los “grupos” en que se “organiza y estructura la sociedad” (artículo 1º). Respecto de dichos grupos, la Constitución establece que no puede haber ningún “grupo privilegiado” (artículo 19 N° 2, inciso primero), así como tampoco puede haber “esclavos” (artículo 19 N° 2, inciso primero) o, lo que es lo mismo, grupos subordinados. Por esto la Constitución establece como “deber del Estado” el asegurar el derecho de éstos a “participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, lo cual le exige al Estado contribuir a crear un cierto conjunto de “condiciones sociales” que posibiliten dicha participación “a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional” (artículo 1º).

Leer de manera armónica el texto de los artículos 1º y 19 N° 2 de la Constitución nos entrega una concepción alternativa de la igualdad orientada ya no por el principio de la antidiscriminación, sino por el principio de la antisubordinación; es decir, por el principio según el cual ninguna persona debe vivir en un estatus subordinado o inferior debido a su pertenencia a un grupo desaventajado o marginalizado. Conceptualmente hablando, no es la discriminación a secas sino la subordinación de los grupos desaventajados el mal que hace necesaria una intervención legislativa como la presente. Tales grupos necesitan que la ley los proteja con particular énfasis.

Propuestas de modificaciones.

Artículo 1º.- Restablecer el propósito de la ley de “prevenir y tender a la eliminación de toda discriminación arbitraria en contra de cualquier persona o grupo de personas”, así como el deber del Estado de “elaborar las políticas públicas 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”.

Artículo 3º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción carente 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. Dichas distinciones, exclusiones o restricciones merecerán particular reproche 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, la identidad de género, 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 como atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.

Se entenderá por ‘justificación razonable’ aquella que, invocando como fundamento el ejercicio de derechos constitucionales, sea imprescindible para la realización de actividades socialmente consideradas como legítimas y no resulte en la estigmatización o el menoscabo de quienes se vean afectados por la distinción, exclusión o restricción en cuestión. Corresponderá al juez que conozca de la acción de no discriminación arbitraria establecida en esta ley determinar, a la luz de los antecedentes del caso y del contexto social relevante, si los descargos de la parte recurrida constituyen una justificación razonable.”

El inciso segundo aprobado por el Senado es redundante, innecesario y ofensivo. Más acertado, señalar que las categorías establecidas en el inciso primero no podrán ser invocadas como atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.

Se sugiere eliminar el tercer inciso por cuanto éste establece una jerarquía absoluta, apriorística y abstracta entre la no discriminación y los derechos allí mencionados. Tal jerarquización va en contra del objetivo declarado del proyecto, por lo que la indicación que la propuso debió haber sido rechazada como improcedente. En lugar de ello, se propone establecer una definición del concepto de justificación razonable, concepto empleado en el primer inciso para identificar los contornos del

derecho a la no discriminación. La definición propuesta proporciona al juez que conozca de la acción judicial establecida en el mismo proyecto de ley criterios para articular los diversos derechos que puedan entrar en colisión en el caso concreto, pero no prejuzga qué derecho deba prevalecer en cada caso. Además, con esta definición, se cumple con ciertos propósitos fundamental que inspiraban la indicación cuya eliminación se sugiere, tales como permitir que las iglesias pudieran preservar aspectos de su estructura interna que eventualmente podrían haber sido denunciados como discriminatorios.

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

d) Cuando carezca manifiestamente de fundamento, entendiéndose por tal únicamente la formulación de pretensiones lógicamente incomprensibles.

El análisis de la jurisprudencia de protección en las Cortes de Apelaciones y de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional me permite aseverar que la existencia de causales de inadmisibilidad amplias como la carencia de fundamento permite que los tribunales eludan discrecionalmente el ejercicio de la jurisdicción.”.

Enseguida, se escuchó a **la Directora del Centro de Libertad Religiosa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, señora Ana María Celis.**

Su alocución se basó en el siguiente documento:

“1. Introducción

Quisiera iniciar esta presentación agradeciendo la posibilidad de profundizar en el sentido y alcance de la libertad religiosa.

Debo hacer presente que hace años atrás, cuando el proyecto llegó al Senado, concurrí a una sesión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en mi calidad de Directora del Centro de Libertad Religiosa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile con el fin de expresar la ausencia de necesidad de legislación especial en esta materia, precisamente por los alcances de un proyecto de esta naturaleza en materia de libertad religiosa.

Uno de los aspectos más complejos de intervenir en materia religiosa es que de alguna manera, pese a la cantidad de creyentes que existen en nuestro país, en ocasiones pareciera olvidarse su dimensión jurídica en cuanto derecho fundamental, considerándosele un

asunto meramente devocional, que se satisface con la práctica de ciertos ritos.

Otra complejidad evidente, reside en que en particular quienes son creyentes suelen inhibirse en estas materias, casi considerando que están imponiendo sus creencias al resto de la sociedad, que eventualmente no las comparte (aun cuando se esté en posición mayoritaria, es aún más profunda esa auto-inhibición para no perjudicar a la minoría, lo que en el fondo se aprecia como un aporte a la convivencia social). Con ello, el legislador pareciera olvidar fundar sus decisiones en los aspectos jurídicos necesarios a todo derecho humano fundamental, como lo es la libertad de conciencia y de religión. El alto contenido emocional de muchas de las situaciones que se comprenden en la interacción de diversos derechos fundamentales, parece conducir hacia el detrimento del real y efectivo reconocimiento de la libertad religiosa en pos del mismo principio de igualdad o de la libertad de expresión, el derecho al trabajo y a la educación.

Se trata ahora, entonces, de “problematizar”, es decir a evidenciar los aspectos controvertidos que este proyecto posee para los creyentes y para las entidades religiosas en nuestro país. Anticipando el propósito de esta intervención se refiere a establecer que a través de este proyecto sería nocivo que se pretendiera la ilicitud de las creencias y que la carga de la prueba se traslade desde ahora a las entidades religiosas.

Dada la inevitabilidad de que no se legisle, cabe al menos dejar constancia de los matices que por esta vía el legislador prefiere entregar a la interpretación del juez sin proporcionarle criterios objetivos, con lo cual, la apreciación judicial podría obedecer a opiniones y no a principios jurídicos aplicables a los diversos casos.

Con esto, sea claro, no quisiera dar la impresión de evidenciar un supuesto caos como consecuencia de esta legislación, ni menos aún manifestarme insensible ante los hechos que habrían precipitado la decisión de continuar con urgencia la tramitación de este proyecto. La muerte de Daniel Zamudio ha estremecido, y con razón, a nuestra sociedad, y si algo positivo puede concluirse del generalizado repudio es tanto el aprecio por la vida humana como el rechazo a los llamados crímenes “de odio”.

Lo anterior no explica, en todo caso, que a diferencia de lo que sucede en la legislación de otros ámbitos, como reformas tributarias, se haya carecido hasta ahora de análisis que den cuenta de la situación real más allá de las percepciones personales o colectivas.

Esta breve presentación distingue algunos momentos: un brevísimo panorama acerca de las fuentes normativas de la

libertad religiosa, para luego detenerse en los aspectos controvertidos del proyecto en la dimensión individual y asociativa de este derecho, terminando con algunas consideraciones finales.

Fuentes normativas

En este documento escrito que se dejará a disposición de la Comisión, se encuentra la transcripción de algunos textos que consagran la libertad religiosa a fin de destacar su contenido en las diversas fuentes.

Entonces, en las fuentes normativas de la libertad religiosa, más allá de las disputas acerca la universalidad de las normas sobre los derechos humanos, se ha reconocido ampliamente el derecho a la libertad religiosa tanto por naciones como por las religiones como un principio de validez universal.

En cuanto derecho fundamental orientado a garantizar el derecho a vivir según las propias creencias, se incluye en una serie de instrumentos internacionales, teniendo como eje su reconocimiento en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a saber: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

El énfasis en el reconocimiento de la libertad religiosa como derecho fundamental, presenta particularidades entre los derechos humanos por cuanto posee una dimensión como derecho individual a la vez que colectivo.

Se ha consagrado en numerosos instrumentos internacionales y cerca de veinte de ellos se encuentran vigentes en nuestro país.

Entre tales instrumentos, obviamente interesa la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 12. reconoce la Libertad de Conciencia y de Religión en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la

ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”.

Y a nivel nacional, en cuanto garantía, se reconoce en los siguientes términos en el art. 19: “La Constitución asegura a todas las personas: 6º, la libertad de conciencia, la manifestación libre de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas. Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinadas al culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones.”.

Otras garantías fundamentales integran y hacen efectivo el ejercicio de la libertad religiosa. Entre éstas, sin duda se encuentra la igualdad ante la ley y la consiguiente eliminación de las discriminaciones arbitrarias (art. 19 N° 2); así como el derecho a fundar editar y mantener diarios, revistas y periódicos (art. 19 N° 4 inc. 4º); el derecho a la educación (art. 19 N° 10) y la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11); o la libertad de opinión y de informar (art. 19 N° 12) sin que el Estado pueda monopolizar los medios de comunicación social (inc. 2º); el derecho a reunirse pacíficamente (art. 19 N° 13) y a asociarse (art. 19 N° 15); el derecho a presentar peticiones a la autoridad (art. 19 N° 14); el derecho a adquirir toda clase de bienes (art. 19 N° 23) y el derecho de propiedad (art. 19 N° 24).

El Constituyente, además, ha previsto como mecanismo de tutela de la libertad religiosa, el recurso de protección (art. 20), que puede ser invocado si por actos u omisiones arbitrarias o ilegales se sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de la libertad religiosa.

Además, entre las fuentes normativas nacionales, merece recordarse que aquellas relativas a las materias propias de la libertad religiosa, se encuentran dispersas en la legislación nacional (nuestro Centro publicó un libro que recopila las fuentes constitucionales, internacionales y codiciales, concordando y comentando diversas normas). La legislación codicial es sumamente amplia y se encuentra en ámbito civil, penal, procesal, etc.

Debe necesariamente mencionarse la ley N° 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y

organizaciones religiosas (publicada en el Diario Oficial de 14 de octubre de 1999), y que incluye algunos aspectos correspondientes más bien a una ley marco de libertad religiosa.

Incluso, es en este texto legal donde se incorpora por primera vez el término libertad religiosa subordinado a lo establecido en la Constitución Política, afirmando el principio de igualdad y no discriminación, y garantizando dicha libertad a nivel individual y asociativo (arts. 1 a 3). El reconocimiento de la libertad religiosa a nivel individual, es coherente con la normativa nacional e internacional vigente y “con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de:

a) Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba;

b) Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos;

c) Recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre. La forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y en los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad, serán reguladas mediante reglamentos que dictará el Presidente de la República, a través de los Ministros de Salud, de Justicia y de Defensa Nacional, respectivamente;

d) Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí -y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado-, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y

e) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el ordenamiento jurídico general y con esta ley”.

Lamentablemente, no es el momento para detenerse además en las fuentes reglamentarias que van desde las clases

de religión al faenamiento ritual de animales, pasando por la asistencia religiosa en lugares especiales como los centros penitenciarios, hospitales e instituciones armadas y de orden y seguridad públicas.

Este rápido panorama evidencia lo básico: la libertad religiosa se manifiesta en diversos ámbitos de la vida privada, y social, y se ejerce de manera individual y/o asociada en diversos momentos durante la vida.

Para simplificar el asunto, creo necesario detenerse en lo relativo a su dimensión individual en cuanto a la necesidad de la inmunidad de coacción, y en cuanto a su dimensión asociativa, destacar la autonomía de las entidades religiosas.

2. La dimensión individual de la libertad religiosa y su adecuada eficacia a la luz del proyecto de ley en discusión.

La libertad de la persona humana para establecer un dialogo con Dios y adecuar su vida conforme a sus convicciones, es reconocida por el Estado y no corresponde que sea concedida por éste dada su naturaleza originaria y universal. En efecto, la denominada “pregunta por el sentido”, en el entendido de la inquietud de la persona acerca de su lugar y finalidad en el mundo que para muchos de nosotros se responde en la adhesión a Dios, trascendiendo el sentido de la propia existencia y con la necesidad de vivir en conformidad a las propias creencias.

De esta manera, el creyente de una religión determinada, es a la vez ciudadano de un Estado.

La inmunidad de coacción pasa a ser a nivel individual, lo relevante para quien es a la vez, creyente y ciudadano. Y en esto, se debe reconocer que se ha perdido la oportunidad en diversas ocasiones de ser más claros acerca del conflicto que vive, quien obligado por una norma estatal, se encuentra en la disyuntiva cuando ésta afecta sus creencias. La objeción de conciencia y la libertad de expresión pasan a ser los resguardos necesarios para que el creyente pueda manifestar y transmitir sus creencias.

En el núcleo de las creencias, puede suceder que las fuentes de dicha religión establezcan algo que sea por ejemplo incomprensible para quienes no profesan dicha fe o no participan de tales creencias.

Para el creyente es claro que parte del ejercicio de su libertad religiosa consiste en que podrá manifestarse pacíficamente, libre de una eventual intervención arbitraria del Estado.

Lo complejo de presentar ejemplos es intentar hacerlo no por una aprehensión (justificada o no) ante futuros hechos que se busca prevenir, sino que más bien éstos contribuyen a la reflexión y análisis, pasando de considerar la libertad religiosa desde una mera devoción hacia un real derecho fundamental que emana de la dignidad de la persona humana y que requiere de respeto, promoción y tutela al igual que las demás garantías fundamentales.

Un ejemplo que afecta al creyente y ciudadano, puede consistir en que de acuerdo a sus creencias, sólo pueden ser ministros de culto los varones. Para algunos, ello puede parecer poco paritario, injusto e incluso se sientan con la necesidad de que deba ser cambiado, sin embargo, para quienes participan de tal creencia, ello se acepta como parte de lo que las fuentes de revelación establecen y adhieren a ellas sin pretender su modificación. La colisión en este caso sería con otro derecho fundamental cual es el de la libertad de expresión.

Otra situación, puede ocurrir cuando en cuanto funcionario público, se le requieran servicios contrarios a sus creencias y en tal caso, el ejercicio de la objeción de conciencia es el instrumento que parece adecuado al reconocimiento de sus creencias. De ahí que a los creyentes legítimamente les interesen las leyes de un país, sin que pretendan aislarse, sino porque encontrándose en todas las esferas sociales, sus creencias pueden sufrir un menoscabo que les ponga en el dilema (y no por capricho) de elegir.

3. La dimensión asociativa de la libertad religiosa y los aspectos controvertidos del proyecto.

Debiendo seleccionar qué tema tratar, me parece que a nivel asociativo, lo relevante en esta materia es el reconocimiento de la necesaria autonomía de las entidades religiosas.

La autonomía de las religiones implica un sistema no solamente respetuoso de la libertad religiosa, sino que la favorece y promueve la labor de las entidades religiosas, evitando interferir con las decisiones tomadas en su ámbito propio. Esto implica desde la formación de los ministros de culto a las consideraciones acerca de la efectiva pertenencia de sus miembros y también a lo que se conoce como exención ministerial. Ello comprende la protección del derecho de las comunidades religiosas de seleccionar, supervisar, disciplinar y desvincular a los líderes religiosos sin la interferencia del Estado.

Y es que la arbitrariedad en la discriminación de alguna manera se ha comprendido que puede tener excepciones cuando se trata de entidades religiosas a las que los Estados les reconocen autonomía. Dicha autonomía, por cierto, no significa exención, pero es clave en el

reconocimiento, protección y promoción de la libertad religiosa. Ello por lo demás resulta más necesario a mayor pluralismo religioso existe en una determinada sociedad.

Uno de los ámbitos clásicos donde se puede tensionar la situación por la intervención del Estado es respecto de la organización interna de las comunidades religiosas, incluyendo la selección de sus autoridades.

Otras tensiones surgen del conflicto de derechos y entre éstos, la relación entre libertad religiosa, libertad de expresión, derecho al trabajo, derecho a la educación y enseñanza.

Para intentar resolverlas, se intenta que se eviten en lo posible expresiones que se consideran gratuitamente ofensivas hacia otros, en especial si han sido suficientemente públicas como para causar ofensa.

Dado que el ámbito laboral es habitualmente uno de los más conflictivos, en el ámbito europeo tanto los instrumentos regionales relativos a derechos humanos (en especial, algunas directivas), como diversos autores, distinguen los niveles y, según ello, el aporte a la eventual solución del conflicto entre derechos.

Existen algunos casos en los que habría acción positiva en favor de personas de determinadas creencias o religiones en su capacitación laboral o en condiciones de empleo cuando ello ocurra razonablemente por desventajas que estos grupos tuvieron en el pasado.

Pero las exenciones a la discriminación que tutelan las entidades religiosas, esto es a favor de la dimensión asociativa de la libertad religiosa, se refiere a dos ámbitos concretos:

a) Actividades ocupacionales relacionadas con la transmisión de ideologías o religiones. Para ello se requiere: a) las genuinas y determinantes características del trabajo que sean de naturaleza religiosa y b) los requerimientos de la ocupación relacionada con religión puede ser proporcionada en orden a lo legítimo y necesario para alcanzar ciertos objetivos, como lo relacionado con la transmisión de la doctrina y la práctica del culto. Se suele dar como ejemplo, lo relativo a la organización y guías en peregrinaciones para cristianos o musulmanes, pero, por el contrario, no se protegería el derecho de un miembro del clero a defender una particular concepción, diversa de la sostenida por la entidad en la que participa.

a) Actividades realizadas en organizaciones con un ethos religioso en que la diferencia de trato no constituye discriminación. Ello porque la exigencia de una religión o creencia se considera un requisito

genuino, legítimo y justificado en relación a la ocupación a desempeñar. Esto implica que quienes trabajan en tales asociaciones posean una actitud de buena fe y lealtad hacia el ethos de la organización (que en algunos países aprovecha a las que se consideran instituciones de “tendencia”). Es lo que ocurre respecto de partidos políticos, sindicatos, editoriales y confesiones religiosas respecto de aquellos entes creados para la transmisión de su doctrina (aunque también sirva para otros bienes y servicios que se subordinan a la propagación de determinadas ideas o conceptos). De manera que se sostiene que la conducta y las palabras deben expresar su adhesión a la institución que les emplea.

Nada obsta entonces que, a que a la luz de la legislación nacional como la internacional, se autorice a excepciones en la diferencia de trato de los empleados por asuntos ideológicos o religiosos en organizaciones con un ethos religioso mientras la imposición de tales requisitos sean necesarios para preservar el ethos de la organización y la proporcionalidad, es decir, que exista relación entre el ethos de la organización y el tipo de trabajo que se lleve adelante.

Otro ámbito relevante en relación a la autonomía de las entidades religiosas se expresa en relación al derecho a la educación y la libertad de enseñanza. En nuestro país, de alguna manera ello ocurre con la Ley General de Educación (2009) y el necesario reconocimiento al proyecto educativo (y reglamentos) una vez que se ingresa al establecimiento educacional. Ello dado que los establecimientos educacionales tendrán libertad para desarrollar los planes y programas de estudios que consideren adecuados para el cumplimiento de los objetivos fundamentales de aprendizaje definidos en el marco curricular.

Además, la ley establece derechos y deberes para la comunidad educativa (alumnos, padres y apoderados, profesores, administrativos, etc.), dentro de los cuales menciona como derechos de los alumnos: que se les respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas e ideológicas, su identidad personal, sin perjuicio de los derechos y deberes que establecen las leyes y conforme al reglamento interno del establecimiento (cfr. en especial art. 10, 12 y 13).

4. Consideraciones finales

Un par de consideraciones finales a la luz de la actual redacción del artículo 2° del proyecto, esto es:

“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, la identidad de género, 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.”.

No se comprende que si se mencionan las categorías por vía ejemplar no se entienda tan bien la mezcla que se hace respecto de ellas permanentes o transitorias.

Tampoco resulta claro el fundamento para dicha selección, que al final ha centrado la discusión en las categorías que se incorporan o no.

Desde la perspectiva de la libertad religiosa, sería bueno que se reconocieran las situaciones excepcionales en las que eventualmente la distinción se considere justificada. El fundamento de ello es que ni toda discriminación es arbitraria, ni toda distinción será razonable, de lo cual se sigue que es necesario que al menos se reconozca que existen diversos niveles de discriminación y aportar los debidos criterios jurídicos al juez.

De alguna manera, debe transparentarse que lo que se pretende es que permanezca que una organización ambientalista, pacifista, de minorías étnicas o sexuales, invoca su derecho a no incluir entre sus funcionarios o voluntarios a quien no adhiera a su ideario o proyecto, con la obligatoriedad que tendría el resto de las instituciones sociales, en particular de las religiosas, a inhibir sus creencias y a incluir entre las personas que transmiten su religión a quienes no adhieren a la misma.

Más allá de las particulares creencias o de la ausencia de las mismas, lo cierto es que no parece fundado que por la vía de este proyecto se intente de algún modo indicar que las creencias son ilícitas. No ha sido ésta la tradición nacional marcada por un profundo espíritu de colaboración, por lo que una forma de resguardo es la permanencia de la palabra “siempre”, que respete adecuadamente la carga de la prueba y se integren las demás consideraciones realizadas en relación a la dimensión individual y asociativa de la libertad religiosa.”.

A su turno, hizo uso de la palabra **la Coordinadora de la Red por la Vida y la Familia, señora Patricia Gonnelle.**

Su intervención se basó en el siguiente documento:

“Queremos agradecer al Sr Presidente por habernos dado la oportunidad de estar aquí hoy y en virtud del tiempo, haré un breve comentario antes de ceder la palabra a nuestro abogado, el señor Álvaro Ferrer, que hablará específicamente de los cambios a los cuales se tiene abocar esta Comisión Mixta.

Desde el inicio de este proyecto, la Red por la Vida y la Familia, que reúne a 64 instituciones de la sociedad civil, ha estado en contra de este proyecto.

Seamos sinceros: este proyecto no tendría las discrepancias que tiene si no fuera por las categorías protegidas incorporadas, estas que responden a la nueva ideología imperante del siglo XXI: la ideología de género que consiste en eliminar a la naturaleza como medida de las cosas.

Decimos que somos pluralistas, que tenemos que respetar la libertad de expresión, pero a la hora de debatir y hacer valer principios y opiniones, los derechos de algunos prevalecen y son más iguales que otros; a estos “otros” se les sentencia sin apelación por atreverse a defender ideas que han sido ya censuradas por impopulares, retrogradas, homofóbicas, conservadoras, antiliberal.

No alcanzamos recordar todo lo que ha pasado en estos 7 años pero podemos decir que las tensiones que aquí se han presentado solo son un botón de muestra de lo que ocurrirá en los tribunales.

- La falta de paz que acarrea este proyecto es preocupante porque se va a generar una verdadera judicialización de la convivencia y de las relaciones sociales.

- También se sabe por lo que ocurre en otros países, que –y a pesar que el proyecto resguarda los derechos fundamentales de las personas (¿por qué tantos resguardos?)-, la interpretación final de las intenciones de las personas es dejada a las apreciaciones subjetivas del juez; por la experiencia se sabe que priman las categorías protegidas por sobre los derechos fundamentales y de pronto, nos deslizamos en el peligroso totalitarismo de ciertos grupos que buscan desesperadamente que les sean otorgados derechos a sus conductas y deseos particulares.

- También preguntamos ¿qué de los dictámenes de la Corte Suprema que en varias oportunidades ha advertido sobre la innecesariedad de esta ley? ¿Por qué consultarle si no se le hace caso? ¿Acaso son sólo trámites administrativos?

- Se ha escuchado decir también que esta ley viene a impedir que se repitan casos como el joven Zamudio: ¿acaso nuestro sistema judicial necesita de este proyecto para su lucha contra la delincuencia y el crimen?

- Se ha dicho también que existen grupos de personas que requieren de este proyecto para ser reconocidas y protegidas. ¿Acaso estos grupos son tan especiales que necesitan de un proyecto específico? ¿Acaso no somos todos iguales ante la ley?

Respecto de eso, se comentó que el proyecto hace bien de precisar el artículo 19 inciso 2 de nuestra Constitución sobre la igualdad ante la ley porque este sería muy amplio: nosotros creemos que esta amplitud tiene su razón de ser, porque permite justamente que nadie sea excluido. De entrar a precisar ¿no cae el legislador en lo que quiere evitar, discriminar personas para privilegiar a otras?

A modo de ejemplo, la Red varias veces ha solicitado se incluya el “niño que está por nacer” como categoría a proteger. Esta petición no fue aceptada. ¿Por qué? ¿Cuál es el criterio para ser “categoría protegida”?

- Entonces, solicitamos que se definiera las categorías que no tienen definición en nuestro ordenamiento jurídico: esas de género y orientación sexual. La solicitud parecía razonable, primero porque estas categorías no han sido consensuadas en la ONU, segundo, porque sin definición jurídica clara, el juez entonces tendrá que, según sus propios criterios, entrar a definir las. “Género”, por ejemplo, según la Comisión de Derechos Humanos de Australia, tiene 23 acepciones y ella

solicitó que cada una sea protegida por ley.⁴⁹ ¿Vamos nosotros también aceptar estas 23 acepciones?

También se nos negó la solicitud. ¿Por qué? Si las otras categorías tienen su definición clara ¿por qué éstas no?

Tan complejas son estas categorías que varios senadores, usted mismo señor Presidente, junto con el señor Ministro Chadwick cuando era Senador, presentaron indicaciones de redacción de este artículo 2°, sin estas categorías.

Aprovechamos la oportunidad para comentar que no están suficientemente aclarados en la historia de ley los cambios de criterios que se han tenido para excluir o incluir estas categorías. Al final parecen más bien peticiones arbitrarias debido a presiones externas.

- No alcanzamos hoy a hablar de los temas de constitucionalidad (al menos sobre atribución de los tribunales, ver el último informe del 3 de abril de 2012), del hecho que se establece un sistema paralelo al recurso de protección, del retroceso jurídico que esta ley significa en materia de protección de los derechos fundamentales, del problema de la carga de la prueba, de la agravante penal, de la subjetividad inevitable del dictamen del juez, de las cargas económicas judiciales adicionales, de la polarización judicial entre jueces afines con unos o con otros, etc. En resumen, este proyecto es un muy mal proyecto. Pero se insiste en aprobarlo...

Para concluir, quiero citar a la senadora Lily Pérez quien comentó que este proyecto (con otros) “significará un cambio cultural profundo en la sociedad chilena”.⁵⁰ Suena un tanto ideológico, pero es cierto: con él se busca un cambio profundo en nuestra sociedad. Pero realmente ¿de qué cambios estamos hablando?

La discriminación arbitraria ha sido siempre acogida en Chile y tenemos un excelente instrumento que es el recurso de

⁴⁹ http://www.humanrights.gov.au/human_rights/lgbti/lgbticonsult/discussion_paper.html

“The phrase sex and/or gender identity is used in this paper as a broad term to refer to diverse sex and/or gender identities and expressions. It includes being transgender, trans, transsexual and intersex. It also includes being androgynous, agender, a cross dresser, a drag king, a drag queen, genderfluid, genderqueer, intergender, neutrois, pansexual, pan-gendered, a third gender, and a third sex. It also includes culturally specific terms, such as sistergirl and brotherboy, which are used by some Aboriginal and Torres Strait Islander peoples.”

⁵⁰ Junto con la Directora del Instituto Nacional de DD.HH (Lorena Fries) respecto de la tramitación de este proyecto de ley, en la cual se llama a tramitar con celeridad este proyecto: “(Valparaíso | 27/03/2012 | Departamento de Prensa) Lorena Fries.

protección, que ha demostrado ser eficaz. Tenemos que aclarar que durante la tramitación de este proyecto nunca fue justificado en un informe los fracasos del recurso de protección que justifiquen que se implemente un sistema paralelo. Se está legislando ajeno a la realidad de los tribunales donde abundan los casos exitosos aplicados al actual recurso de protección.

Seamos honestos: este proyecto ha sido conflictivo básicamente por las categorías nuevas que pretende incluir. Echamos de menos la voz de los profesionales en materia de identidad de género, psicólogos, psiquiatras, profesionales de la salud, educadores, sociólogos, etc. Tampoco hemos escuchado a los que se podrán ver afectados por esta ley: por ejemplo, un director de colegio público está en su derecho de contratar o no a un profesor, el que sea; si está en el caso que la homosexualidad no es compatible con el puesto, es su derecho no contratarlo. ¿Se le concederá el beneficio de la duda que actuó por razones otras que no sean las de un discriminador homofóbico? Porque este profesor, si es homosexual y no fue contratado, automáticamente entra en la categoría protegida y se asumirá que fue discriminado. El director será llevado al tribunal y tal como lo dijimos, será el juez el que tendrá que dilucidar el asunto y tener poderes extrasensoriales para leer en la mente del director para conocer las razones profundas de su decisión. Pongamos el tema de otra forma: no se conoce el caso de una persona que haya invocado su heterosexualidad por no haber sido contratada.

Esto es el inicio de una verdadera avalancha de agresiones y reclamos: ya los tenemos (ver prensa ilustrativa). En otros países está peor, por cierto porque ya tienen esta ley.

Se tiene la sensación que en este debate se favoreció al que gritó más fuerte, al que atacó con más fuerza, por el grupo de presión del momento. Pero el Legislador no debe ni puede ceder a las presiones del momento porque él actúa por el bien común de todos sus ciudadanos. No se ha llamado las cosas por su nombre porque se teme a las descalificaciones. Pero a estas alturas, después de tantos años juntos, podemos hablar sin tapujos y sincerar el debate: por respeto a nosotros mismos y a los demás, debemos sincerar el debate.”.

La señora Gonnelle adjuntó a su exposición los siguientes anexos:

“ANEXOS

PRELIMINARES sobre orientación sexual y género:

Antes de introducir en la legislación una expresión o término nuevo, los legisladores deben preguntarse sobre su significado y alcance.

En el proyecto de ley 3.815-07 que establece medidas contra la discriminación, la introducción de términos no definidos como “género” y “orientación sexual” ha generado un sinnúmero de comentarios y debates desde que el Ejecutivo (R. Lagos), lo presentó en marzo 2005.

El proyecto de no discriminación ha sido objetado todos estos años porque es interpretativo de la Constitución y además por la innecesaridad de esta ley (la Constitución ampara la discriminación y la protege con el mecanismo del recurso de protección), hecho confirmado en varias oportunidades por la Corte Suprema.

Aquí, sin embargo, nos detendremos solamente en el significado de estos términos y específicamente en la “orientación sexual” -O.S.-, categoría que no se refleja objetivamente en la realidad tal como puede ser la raza, la etnia, la edad; dicho término solo puede ser interpretado de acuerdo a su significado ordinario, el cual -lo aclararemos a continuación- se refiere a sentimientos, pensamientos, inclinaciones hacia personas, pero no comportamientos. Por lo tanto, la O.S. de un individuo no puede ser conocida por otros a menos que la persona se identifique. Por cierto, estas inclinaciones pueden ser hacia cualquier persona, sin límite de edad (niños, jóvenes).

La orientación sexual introduciría una manera nueva de legislar ya que pretende regular derechos en función de conductas y de deseos personales, en este caso, de ejercer la sexualidad. Pero resulta que nadie exige derechos a partir de cómo ejerce su sexualidad, salvo el grupo LGTB.

En fin, se habla de ecología, se exigen derechos para la protección de la naturaleza para que no se contraría su orden: ¿dónde está la ecología jurídica que ampara el orden de la naturaleza más importante de todas: la naturaleza humana?

Al querer identificar derechos particulares basados en conductas, comportamientos y deseos, el legislador hace una selección y hace en lo que justamente quiere evitar: discrimina. Al mismo tiempo, el legislador abre la puerta para otros tipos de reconocimientos legales basados en deseos y conductas de algunos individuos

GÉNERO

Comisión de Derechos Humanos de Australia elaboró lista de 23 “géneros”, que piden deben ser protegidos por ley.

http://www.humanrights.gov.au/human_rights/lgbti/lgbticonsult/discussion_paper.html

En esta lista, más allá de la norma LGBTQI, se pueden encontrar transexuales, andróginos, agénero, cross dresser, genderfluid, genderqueer, intergender, sistergirl y otras clasificaciones.

"The phrase sex and/or gender identity is used in this paper as a broad term to refer to diverse sex and/or gender identities and expressions. It includes being transgender, trans, transsexual and intersex. It also includes being androgynous, agender, a cross dresser, a drag king, a drag queen, genderfluid, genderqueer, intergender, neutrois, pansexual, pan-gendered, a third gender, and a third sex. It also includes culturally specific terms, such as sistergirl and brotherboy, which are used by some Aboriginal and Torres Strait Islander peoples."

Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV), publicado por la Asociación Psiquiátrica Americana en 1994, identifica 16 de estas conductas sexuales; las 6 restantes, si bien inicialmente incluidas, se eliminaron como resultado de presión política pro-gay.

Estas 22 orientaciones sexuales posibles son: heterosexualidad, homosexualidad, pedofilia, exhibicionismo, voyeurismo, zoofilia, bisexualidad, coprofilia, fetichismo, fetichismo travesti, trastorno de identidad sexual, klismaphilia, necrofilia, parcialismo, masoquismo sexual, fantasías masoquistas, sadismo sexual, teléfono escatología, transexualidad, transexuales, travesti, y urophilia.

De acuerdo a la definición de la ONU, la transversalización del género "es una estrategia para transformar los asuntos, tanto de las mujeres como de los hombres, en una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de tal forma que hombres y mujeres se beneficien de igual forma y que la desigualdad no sea perpetuada. La meta final es alcanzar la igualdad de género" (ECOSOC 2002).

"El género es una construcción cultural; por consiguiente no es ni resultado causal del sexo ni tan aparentemente fijo como el sexo. Al teorizar que el género es una construcción radicalmente independiente del sexo, el género mismo viene a ser un artificio libre de ataduras; en consecuencia, hombre y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como uno masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino". Extracto del libro "Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity" (El Problema del Género: el Feminismo y la

Subversión de la Identidad"). Feminista radical Judith Butler. Definición que viene siendo utilizada desde hace varios años como libro de texto en diversos programas de estudios femeninos de prestigiosas universidades norteamericanas, en donde la perspectiva de género viene siendo ampliamente promovida.

La ideología de género niega el orden natural y busca destruir el orden establecido y reconstruir un nuevo orden social y cultural.

REALIDAD EN CHILE:

A partir del año 2006, la propia Presidenta de la República refuerza la prioridad de la transversalización del género, involucrándose personalmente en el seguimiento de los compromisos. Con este nuevo impulso a los Compromisos Ministeriales y al Consejo de Ministros, se nombraron asesores ministeriales de género en todos los sectores y se comenzaron a formar mesas sectoriales en la materia. Se fortaleció también su institucionalización a través de su incorporación en el sistema de seguimiento de la gestión gubernamental que dirige la Secretaría General de la Presidencia (Sistema de Programación Gubernamental, SPG).

El cambio institucional que implica esta iniciativa de transversalización de género en el Estado puede ser adaptado, resistido, transformado y potenciado según la configuración de factores institucionales, organizacionales y subjetivos que constituye el entorno de las prácticas.

Los incentivos alineados con una exigibilidad adecuada afectan la disposición de trabajar por la igualdad de género, independientemente de las resistencias personales iniciales.

Ante la alternativa de perder el incentivo económico y ser señalados por su fracaso frente al resto del sector público, surgieron procesos de cambio importantes, hubo aprendizaje, reflexión y toma de conciencia acerca del beneficio de la equidad de género en el largo plazo, aun cuando implicase una mayor carga laboral en el horizonte más cercano. Esto es lo que el Informe sobre Desarrollo Humano en Chile 2009 denominó "adaptación proyectiva". GÉNERO. EXTRACTO TEXTO OFICIAL del Informe del PNUD "DESARROLLO HUMANO EN CHILE 2010 Género: Los desafíos de la igualdad".

ORIENTACION SEXUAL

La definición de orientación sexual ha sido dada por sus promotores con la inquietud de luchar contra la discriminación que el grupo LGTB dice padecer.

Las definiciones son varias pero apuntan todas a algo en común: la O.S. no es una conducta ni un comportamiento, sino que se refiere a sentimientos o un estado mental-emocional. En vista de aquello, el legalista se ve en la imposibilidad de referirse a este término como lo hace respecto de los términos de raza, etnia, sexo, ya que la O.S. de un individuo no puede ser conocida por otros a menos que la persona se identifique. Es por eso mismo que el proyecto de ley de no discriminación ha generado tantas interpretaciones. En relación al proyecto de ley, será el juez de primera instancia el que tendrá de dilucidar las verdaderas intenciones del “discriminante”, cayendo en el subjetivismo absoluto...

a) Orientación sexual y homosexualidad

© 2010 American Psychological Association
<http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>

“La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina).

La orientación sexual existe a lo largo del continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden experimentar una atracción sexual, emocional y afectiva hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto. A las personas con una orientación homosexual se las denomina a veces gay (tanto hombres como mujeres) o lesbianas (sólo a las mujeres).

La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas.”

b) HUMAN RIGHTS EDUCACION ASSOCIATES:

“Es importante distinguir entre la orientación sexual y el comportamiento sexual porque la orientación sexual se refiere a los sentimientos emocionales y al concepto que tiene una persona de sí misma. Puede que personas GLBT expresen o no expresen su orientación sexual a través de su comportamiento. Se evita la palabra homosexualidad porque en el pasado ha tenido una connotación negativa. La orientación sexual es un concepto relativamente nuevo en el área de la ley y práctica de los derechos humanos y un concepto polémico en la política.... Los temas más importantes en la aproximación legal de la orientación sexual son la igualdad y no discriminación.” www.hrea.net/learn/guides/lgbt.html

c) Equality Human Rights: “la orientación sexual significa la atracción general que uno siente hacia otra persona o personas”. Comisión de Igualdad (Reino Unido); www.equalityhumanrights.com, en What does sexual orientation mean?

d) La Asociación Psicológica Estadounidense - American Psychological Association—, señala “es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros”.

e) El Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, (ICMER) establece “es una atracción emocional, intelectual, física y sexual que una persona siente por otra”; además dice que se manifiesta en forma de comportamientos, pensamientos, fantasías o deseos sexuales, o una combinación de estos elementos.

f) Amnistía Internacional indica que la orientación sexual “abarca los deseos, sentimientos, prácticas e identificación sexuales”; “la orientación sexual se refiere a la atracción sexual y emocional de una persona hacia las demás...” Amnistía Internacional, Crimes of Hate, Conspiracy of Silence (Amnesty International Publications, Londres, 2001), p. VII.

g) “La orientación sexual debe ser definida generalmente como una preferencia por compañeros sexuales...” International Labour Office, ABC of Women Workers’ Rights and Gender Equality (2ª ed., 2007), p. 167). La “preferencia” se refiere a que es un estado mental-emocional, no es una conducta.

h) “La 'orientación sexual' se refiere a la capacidad de cada persona de profunda atracción emocional, afectiva y sexual a, y las relaciones íntimas y sexuales....” Asia Pacific Forum, ACJ Report: Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity (15 th Annual Meeting, Bali, 3-5 agosto 2010), p. 8.

i) Ombudsgay: “El debate semántico entre “preferencia”, “orientación” (y hay incluso algunos, los más vanguardistas, que prefieren el de “expresión”), no ha sido superado aún por los especialistas.” www.ombudsgay.wordpress.com/2011/05/18/

j) Esa afirmación que la O.S. es una inclinación sexual, con el solo objetivo de manifestar los deseos sexuales amorosos, fantásticos o eróticos de una persona se plasmó también en un documento hecho especialmente por el grupo LGTB: la Declaración de Yogyakarta (2006) que reivindica los derechos LGTB: “La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo

género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.”

OFICIO DE LA CORTE SUPREMA DE 29 DE JULIO DE 2011

En Oficio 126-2011, la Corte Suprema, por quinta vez se tuvo que pronunciar sobre este tema en julio de 2011, y declaró:

“A LA SEÑORA SOLEDAD ALVEAR VALENZUELA
PRESIDENTA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,
JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO
VALPARAISO

“INFORME PROYECTO DE LEY 31-2011.

Antecedente: Boletín N° 3.815-07.

Santiago, 29 de julio de 2011

Por Oficio CL/110-2011, de 15 de junio último, la señora Presidenta de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado ha requerido la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, creando, al efecto, una acción de no discriminación arbitraria, estableciendo un procedimiento judicial.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 26 de julio en curso, presidida por su titular señor Milton Juica Arancibia y con la asistencia de los Ministros señores Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmestch Urra, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelter y Guillermo Silva Guindelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun y Rosa Egnem Saldías, señor Roberto Jacob Chocair y señora María Eugenia Sandoval Gouët, acordó informarle desfavorablemente al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

"Santiago, veintiocho de julio de dos mil once.

Vistos y teniendo presente:

Segundo: Que esta Corte ya ha sido consultada en cuatro oportunidades sobre la iniciativa, respondiendo, 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.

Tercero: Que, en esta oportunidad, la Corte Suprema emite su parecer en el mismo sentido 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, de amparo, 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 establece 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 y con arreglo, además, a 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, en lo que a este Tribunal compete, se acuerda informar desfavorablemente el aludido proyecto de ley.

Ofíciase
PL-31-2011
Saluda atentamente a Ud.

Milton Juica Arancibia
Presidente”.

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO

10 de junio de 2011

“En relación al quórum de aprobación de este artículo 2°, el profesor Zapata señaló que podría pensarse que dicho precepto tiene el carácter de interpretativo de la Constitución Política y, en tal caso, requerir el quórum de aprobación correspondiente a ese tipo de norma. Sostuvo que el Parlamento, si lo quiere, podría entregar a los jueces una interpretación del numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental a través de esta iniciativa. Agregó que, sin embargo, la idea matriz de la misma, así como el sentido social que la inspira persiguen establecer herramientas eficaces tanto para evitar problemas de discriminación en nuestra sociedad como para impedir que el Estado sea deudor en materia de cumplimiento de los compromisos internacionales que ha contraído”.

INFORME COMPLEMENTARIO DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, páginas 24 y 25

22 de agosto de 2011

“IV.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: los artículos 3°, 6° 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.

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”.

INDICACIONES QUE EXCLUYEN LA ORIENTACIÓN SEXUAL

INFORME COMPLEMENTARIO DEL SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA, 3 de junio de 2008

Indicación N° 21 quáter

Del Honorable Senador señor Chadwick, para reemplazarlo por el siguiente:

“Artículo 3°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por actos o conductas de discriminación arbitraria toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricciones o preferencias, que tenga por objeto privar, perturbar o amenazar, el legítimo ejercicio y goce de los derechos y garantías esenciales a la persona humana consagrados en la Constitución Política de la República, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Indicación 24 ter

De los Honorables Senadores señores Sabag, Chadwick y Romero, para suprimir del artículo las expresiones “orientación sexual”.

Boletín N° 3.815-07

Indicaciones recibidas en la Secretaría de la
Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

13.10.08

Indicación 4.- De los HH. Senadores señores
Chadwick y Larraín, para sustituir el artículo 3º propuesto, por el siguiente:

“Artículo 3º.- Para los efectos del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y el correspondiente recurso de protección que se encuentra consagrado en el artículo 20 del mismo cuerpo legal, se entenderá, entre otros, por actos o conductas de discriminación arbitraria toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia, de carácter arbitrario, basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, religión o creencias, nacionalidad o ascendencia nacional, origen social y o cultural, enfermedad o discapacidad, apariencia, u opinión política, sindicación o participación en asociaciones gremiales, que tengan por objeto privar, perturbar o amenazar, el legítimo ejercicio y goce de los derechos y garantías esenciales a la persona humana consagrados en la Constitución Política de la República, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Indicación 5 .- De los HH. Senadores señores
Chadwick y Larraín, en subsidio de la anterior, para sustituir el artículo 3º propuesto, por el siguiente:

“Artículo 3º.- Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación arbitraria toda forma de distinción, exclusión o preferencia que sea contraria a la razón, la justicia o las leyes, y que tenga por objeto privar, perturbar o amenazar, el legítimo ejercicio y goce de los derechos y garantías esenciales de la persona humana consagrados en la Constitución Política de la República, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Los problemas en la identificación sexual de niños adoptados por
parejas lesbianas [2011-10-03]

[SdeT] La adopción de niños por parte de lesbianas es todo un problema, porque hay evidencia de estudios de que los niños criados por padres homosexuales son más propensos a identificarse como homosexuales, entre otras cosas porque los niños se vuelven propensos a confundir sexo y género en esos hogares, donde la actitud que se “respira” es que todas las posibilidades sexuales están abiertas.

Aquí presentamos dos casos flagrantes. El primero, es el de un niño adoptado por una pareja de lesbianas de EEUU que actualmente tiene 11 años, el cual empezó a identificarse como niña, y

que está en proceso de cambio de sexo. Y el segundo es el caso de un niño adoptado por una pareja de lesbianas de Australia, que publicaron en Facebook una foto suya vestido de niña, por lo cual les fue quitada la custodia del niño.

EN EEUU UN NIÑO DE 11 AÑOS ADOPTADO POR LESBIANAS EN PROCESO DE CAMBIO DE SEXO

Las madres lesbianas de un niño de 11 años de edad, quien se encuentra en proceso de convertirse en una chica, defendieron la decisión, alegando que era mejor para un niño hacer el cambio de sexo cuando es joven.

Thomas Lobel, que ahora se llama Tammy, está en tratamiento con la controversial hormona de bloqueo en Berkeley, California, para que dejar de ser niño antes de la pubertad.

Pauline Moreno y Debra Lobel advierten que los niños con trastorno de identidad sexual obligados a posponer la transición podrían enfrentar un mayor riesgo de suicidio.

No hay presión. Las dos madres lesbianas dicen que no han obligado a su hijo a convertirse en una niña.

Las madres dicen que una de las primeras cosas que Thomas les dijo cuando aprendió el lenguaje de signos a los tres años – a causa de un defecto en el habla– fue: “Yo soy una niña”.

A los siete años, después de tratar de hacerse una mutilación genital él mismo, los psiquiatras diagnostican a Thomas un trastorno de identidad sexual. A la edad de ocho años, comenzó la transición.

Este verano, él comenzó a tomar drogas que bloquean las hormonas, lo que le impedirá experimentar la pubertad.

La hormona supresora, implantada en su brazo izquierdo, suspenderá a los 11 años de edad, el desarrollo de hombros anchos, voz grave y vello facial.

La pareja se enfrenta a fuertes críticas de amigos y familiares, como resultado, dijo la Sra. Moreno dijo MailOnline.

“Todo el mundo estaba enojado con nosotros. “¿Cómo pudiste hacer esto? ¡puedes arruinar su vida entera!”

Citando una estadística del Programa de Prevención del Suicidio Juvenil, la Sra. Moreno señaló que más del 50 por

ciento de los jóvenes transexuales han tenido al menos un intento de suicidio por su cumpleaños número 20.

E ignorando las súplicas incesantes de su hijo, dijo, simplemente no vale la pena el riesgo.

“Lo qué es más aterrador para mí es que usted estaría dispuesto a decir” no “sólo porque no le gusta ¿a pesar de que su hijo podría perder su vida?”

La transición adolescente de su hijo, ella espera, le ayudará a tener una vida adulta menos conflictiva.

“La idea ahora es que vamos a detener la creación de un tercer (género) que no es ni una cosa ni la otra, mientras hace la transición a ella”, dijo la Sra. Moreno.

“El protocolo actual es hacer la transición de estos niños tan pronto como se pueda hacer un diagnóstico, porque de lo contrario termina siendo ni una cosa ni la otra ... porque experimentaron la pubertad.

La Sra. Moreno recordó que el primer paso de la transición de Thomas para convertirse en mujer fue dejarle escoger su propia ropa.

Él favoreció cintas de gorras de béisbol y eligió sostenes y vestidos para empezar a usar cuando se le dé la elección de la ropa que ponerse. Y el cambio en su personalidad, dice la Sra. Moreno, fue instantáneo.

“Él estaba en su propio mundo completamente separado y era un problema para nosotros que siempre teníamos para lograr que Thomas participara en la vida”, dijo. “Lo que hemos visto surgir cuando a Tammy se le permitió ser Tammy, es decir,” es ¡Guau !”... Fue una transformación inmediata. Ella estaba tan risueña y ahora interactuando”.

El diagnóstico ha sido difícil de aceptar para los padres de Tammy.

La pareja está casada en 1990 por un rabino y tienen dos hijos mayores y nietos. Pero ellas insisten en que su sexualidad no tiene nada que ver con esto.

“Fue extraño para nosotros,” dijo. “A pesar de que ella tiene lesbianas como padres, todo esto es nuevo para nosotros en todas las formas posibles. Sabemos lo que es sentirse diferente. Sentir que no

estamos en el cuerpo correcto era algo que no se podía meter en la cabeza.”.

Afortunadamente, la familia tiene un gran sistema de apoyo. La pareja acredita a los maestros de Tammy y a los funcionarios del Centro de Aprendizaje de Niños en Alameda, California, y a su comunidad religiosa, por ser de mente abierta acerca de la decisión de su hijo.

“Vivimos en la zona de la Bahía, donde hay un montón de estilos de vida alternativos... y nosotros pertenecemos a una comunidad religiosa que fue un apoyo increíble. Ellos hacen una parada cuando estamos en la sinagoga para venir y decirle a Tammy, “Oh, te ves tan linda hoy”, dijo la Sra. Moreno, quien agregó: “Nunca va a ser suficiente gratitud para ellos.”

Sus padres dicen que el tratamiento hormonal le dará tiempo para averiguar si él quiere hacer la transición completa a mujer o pasar la pubertad como un niño.

Si él decide dejar de tomar los medicamentos, pasará la pubertad masculina natural en una etapa posterior y su fertilidad en el futuro no será afectada.

En caso de que su hijo decida hacer la transición a una mujer adulta, puede tomar hormonas femeninas, además que le aflautarán la voz, le permitirán crecer los pechos y desarrollar otras características físicas femeninas.

San Francisco, junto a Berkeley, es una de las cuatro ciudades en los Estados Unidos con un hospital que tiene un programa para niños transgénero.

La Universidad de California en San Francisco es el hogar del Centro de Excelencia para la Salud Transgénero.

Los niños son vistos en detalle por los profesionales de salud mental y luego tratados por endocrinólogos pediátricos.

Otras ciudades con programas para jóvenes son Boston, Seattle y Los Ángeles.

CÓMO FUNCIONA LA HORMONA DE BLOQUEO

Las hormonas de Tammy Lobel están siendo bloqueadas por un implante en el interior de la parte superior del brazo izquierdo, que debe ser reemplazado una vez al año.

La señora Moreno explicó: “En otras palabras, ella se quedará como un pre-adolescente hasta que decida y sentimos que ella pueda tomar esta decisión sobre la cirugía”.

Sus padres dicen que el tratamiento hormonal le dará tiempo para averiguar si él quiere hacer la transición completa siendo una mujer o pasar la pubertad como un niño.

A la edad de 14 o 15 años el dispositivo tendrá que ser removido para que Tammy pueda pasar por la pubertad, la Sra. Moreno dijo.

Si él decide dejar de tomar los medicamentos, recorrerá la pubertad masculina natural en una etapa posterior y su fertilidad en el futuro no será afectada.

En caso de que su hijo decida hacer la transición a una mujer adulta, él puede tomar hormonas femeninas que, además de aflautarle la voz, le permitirán crecer los pechos y desarrollar otras características físicas femeninas.

<http://www.lanacion.cl/diputado-estay-invitado-a-comision-de-etica-por-dichos-homofobicos/noticias/2011-06-09/162542.html>

Diputado Estay invitado a Comisión de Ética por dichos homofóbicos.

Nación.cl Jueves 9 de junio de 2011 | Actualizada 16:42 | País

La instancia revisó hoy las cartas de reclamo que envió el Movilh tras los dichos del parlamentario a través de Facebook, donde habló de “maricones” a los homosexuales. Organización además repudió declaraciones del alcalde Labbé.

La comisión de Ética de la Cámara de Diputados se dio cita este jueves para revisar las cartas que envió el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) reclamando por los dichos del diputado UDI Enrique Estay a través de la red social Facebook, donde se refirió a los homosexuales como “maricones”.

El parlamentario, que más tarde ratificó sus palabras, señalando que “si hubiera dicho maricones de mierda habría sido despectivo”, será invitado a la instancia para que explique la situación.

El Movilh manifestó su satisfacción ante la vista de sus reclamos en la Comisión de Ética que preside Marco Antonio Núñez (PPD) y recalcó que “Estay se convertirá en el primer parlamentario en la historia del país en dar explicaciones por una denuncia por homofobia”.

La críticas del Movilh contra el gremialista se produjeron luego de que el pasado 4 de junio éste sostuviera en su Facebook que algunos están “preocupados de los maricones y no del enjambre de burócratas concertas que obstruyen todo, para que los beneficios no bajen a los más pobres y clase media”, refiriéndose al debate sobre las uniones homosexuales.

Más tarde, el legislador recurrió a la Real Academia Española para validar el uso de la palabra “maricón”, considerando que ésta aparece en el diccionario. Pero el reclamo del Movilh acusa ofensas en el marco de una discusión que recién se inicia y justo cuando el Gobierno ha demorado el envío de un proyecto para reglar la convivencia homosexual y heterosexual.

A juicio del Movilh, “los dichos de Estay violentan diversos artículos del Reglamento de Ética Parlamentaria además de no estar a la altura de un cargo público y de promocionar el odio y la violencia contra la diversidad sexual”.

DICHOS DE LABBÉ

El Movilh además repudió las declaraciones del alcalde de Providencia, Cristián Labbé, quien ayer señaló a Radio Horizonte que la “sociedad hoy día es heterosexual” y que “no quisiera que un nieto mío fuera adoptado por un homosexual. Quisiera que tuviera una vida normal”.

De acuerdo al Movilh, “Labbé tiene un historial de acciones y discursos homofóbicos, transfóbicos y misóginos. Si por él fuera las minorías sexuales y las mujeres deberían estar encerradas y no salir de sus casas”.

Repudian alianza homofóbica de Iglesias católica y evangélica para boicotear la igualdad legal http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1138&Itemid=1

Jueves, 07 de julio de 2011 luz

La alianza cuenta con el respaldo de variados movimiento ultra-católicos que al igual que las iglesias se han movilizado con fuerza contra los derechos de las minorías sexuales en el Senado, en el marco de las discusiones sobre la ley contra la discriminación y las uniones de hecho.

El Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) denunció “una alianza homofóbica y transfóbica entre las jerarquías de las iglesias Católica y Evangélica que tiene como único fin boicotear en el Congreso Nacional la igualdad de derechos para las minorías sexuales”.

“Con profundo malestar hemos visto como pastores evangélicos, obispos católicos y variados grupos ultraconservadores se han movilizado en el Senado para impedir que la ley contra discriminación y las uniones civiles agilicen su tramitación, pese a beneficiar ambas normas a todos los chilenos y chilenas y no sólo a las minorías sexuales”, apuntó el Movilh.

El organismo acusó, en ese sentido, “que el odio de estos sectores contra lesbianas, gays, bisexuales y transexuales los enceguece a tal punto que son capaces de llegar al extremo de paralizar normas que también van en beneficio de las parejas heterosexuales, así como de las minorías étnicas, las personas con discapacidad, los jóvenes, las mujeres, los niños y las niñas, entre otros/as. Estas prácticas son inhumanas y aberrantes”.

El Movilh especificó que mientras el martes pasado el obispo de Valparaíso Gonzalo Duarte y los representantes de una parte del mundo evangélico, Francisco Rivera, Emiliano Soto y Edgardo Rivera, demandaron a la Comisión de Constitución Legislación y Justicia excluir a las minorías sexuales del Proyecto de Ley que Establece Medidas contra la Discriminación, ayer, y ante la misma instancia, Acción Familia e Idea País se opusieron con violentos y denigrantes argumentos a la legalización para las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. A ello se suman variadas campañas de Muévete Chile.

“Estas presiones son indebidas, pues se basan en interpretaciones antojadizas sobre lo que significa ser cristiano/a y constituyen una violación flagrante al Estado laico, el cual debe legislar y definir sus políticas públicas con total independencia de las religiones”, apuntó el Movilh.

El Movimiento de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales (LGBT) llamó por ese motivo “a todos/as los/as legisladores/as a dar señales concretas de respeto al Estado laico, mediante la aprobación

de normas que consideren y sean iguales en derecho para cada chilena y chileno”.

“Ceder a la homofobia y la transfobia religiosa, por ejemplo excluyendo a las minorías sexuales de las leyes sólo porque así lo demandan obispos y pastores, será una señal funesta que legitimará la violación a los derechos humanos”, apuntó el Movilh que hoy, y como cada semana, nuevamente estuvo presente en las discusiones del Congreso Nacional.

Luego, hizo uso de la palabra **el asesor jurídico de la Red por la Vida la Familia, abogado señor Álvaro Ferrer.**

Su intervención se basó en el siguiente documento:

“Problemas relativos a la eliminación de los artículos N° 6 letra b y N° 18 del Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación: la derogación tácita de preceptos legales anteriores y el traspaso de la potestad legislativa al Poder Judicial.

Respetuosamente vengo en hacer presente a la Honorable Comisión Mixta las siguientes observaciones sobre el Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3.815-07.

Los argumentos que a continuación se desarrollan se refieren a los artículos N° 6 letra b y N° 18 del Proyecto según su estado de tramitación actual. Estos dicen:

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

b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.”.

“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”.

Como se ve, ambos artículos se refieren al eventual conflicto que podría surgir de la aplicación de esta ley, sea referido a la acción especial de no discriminación que el proyecto contempla, sea la invocación de esta ley en un asunto jurídico diverso, dentro o fuera de los tribunales.

Cualquiera sea el escenario, resulta problemática la eventual eliminación de estos artículos por cuanto este proyecto de ley, al redefinir lo que debe entenderse por discriminación arbitraria y, así, por igualdad ante la ley, planteará complejas antinomias con respecto a otras leyes vigentes, que podrán ciertamente considerarse derogadas tácitamente por esta ley especial y posterior.

Para fundamentar lo recién expuesto, desarrollaré en términos generales el problema de la derogación tácita de las leyes; luego, los criterios usados para resolver las antinomias legales y, finalmente, expondré las conclusiones:

I. Sobre la derogación tácita de las normas:

1. Las reglas generales sobre derogación de las leyes contenidas en el Código Civil, según disponen los artículos 52 y 53, establecen que existe derogación tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Disposiciones inconciliables pueden existir de diversas formas. Conviene, entonces, analizar qué debe entenderse por inconciliable.

2. El Diccionario de la Real Academia Española define “inconciliable” como “(aquello) que no se puede conciliar”; a su vez, “conciliar” es definido como “conformar dos o más proposiciones al parecer opuestas o contrarias”. Con estos términos ya definidos es posible entender que disposiciones inconciliables serán aquellas que realmente, y no por mera apariencia, son opuestas o contrarias. Con todo, no hay aún claridad suficiente sin definir qué ha de entenderse por disposiciones opuestas o contrarias.

La misma fuente nos señala que “contrario” es “(aquello) completamente diferente a otro; en el otro extremo; (aquello) que daña o perjudica; impedimento o contrariedad”; y, finalmente, “contrariedad” es “oposición; antagonismo o resistencia”.

Como puede verse, las diferentes acepciones apuntan en conjunto a una idea similar: son disposiciones inconciliables aquellas que, según su contenido –medios y fines-, se resisten una a la otra, dañándose o perjudicándose por el antagonismo que existe en la aplicación contemporánea de ambas.

3. Tratándose de prescripciones normativas, su forma proposicional siempre está conformada por un contenido material, un verbo rector y un fin próximo. Así, es posible distinguir en toda norma algo –materia-, que se ordena –verbo rector-, para o por un objetivo –fin particular o próximo-. La materia de toda norma es su contenido u objeto material, lo mandado, permitido o prohibido. Los verbos rectores posibles son limitados:

las normas mandan, prohíben, permiten hacer o permiten no hacer. No hay más alternativas. Y el fin próximo, múltiple y variable, es el o los objetivos que persigue esa norma en particular. Por último, es posible distinguir en toda norma su fin remoto o la situación en general que está destinada a regular. Conviene entonces analizar si la incompatibilidad entre disposiciones normativas radica sólo en relación a su materia, o a sus verbos rectores, o a sus fines próximos, o a sus fines remotos, o a todas las anteriores.

4. Un primer análisis sobre el antagonismo entre diversas disposiciones normativas debe atender a los verbos rectores de una y otra. Para ello es útil recordar el cuadrado lógico de proposiciones que resume las posibles antinomias o incompatibilidades entre normas, según categorías lógicas⁵¹:

Mandar y prohibir son CONTRARIOS; luego, entre ellos existe relación de INCOMPATIBILIDAD.

Mandar y permitir no hacer; y prohibir y permitir hacer son CONTRADICTORIOS; luego, entre ellos existe relación de INCOMPATIBILIDAD (de alternativas).

Permitir hacer y permitir no hacer son SUBCONTRARIOS; luego, entre ellos existe relación de DISYUNCIÓN.

Mandar y permitir hacer, y prohibir y permitir no hacer son SUBALTERNOS; luego, entre ellos existe relación de IMPLICANCIA.

Es posible ver que serán disposiciones inconciliables las contrarias y las contradictorias: "la antinomia surge de la relación de incompatibilidad entre dos normas, esto es, de que entre dos proposiciones prescriptivas medie una relación lógica de contradictoriedad o de contrariedad"⁵². Una manda y la otra prohíbe (y viceversa); una manda y la otra permite no hacer; una prohíbe y la otra permite hacer.

5. Por supuesto, para reconocer verdadera incompatibilidad es preciso no sólo atender al verbo rector de la proposición normativa, sino a su objeto material o materia⁵³. Es decir, a aquello que es

⁵¹ Bobbio, Norberto, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, 1960, pág. 83; basándose en el cuadrado de oposiciones de la lógica proposicional tradicional.

⁵² Díez Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, pág. 302.

⁵³ Supuesto que, como es obvio, el ámbito de regulación normativo es idéntico: las normas pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico, ambas están vigentes en un mismo tiempo, aplican dentro de un mismo espacio o territorio, obligan a los mismos sujetos y han sido dictadas, según su ámbito material, temporal, espacial o territorial, por el órgano competente al efecto. Díez Picazo, Op. Cit., pág. 302.

mandado, prohibido o permitido: “la antinomia se produce cuando existe incompatibilidad entre las directivas relativas a un mismo objeto”⁵⁴. Luego, serán verdaderamente inconciliables o incompatibles las siguientes normas:

La anterior que manda algo y la posterior que prohíbe lo mandado (y viceversa).

La anterior que manda algo y la posterior que permite no hacer lo mandado.

La anterior que prohíbe algo y la posterior que permite hacer lo prohibido.

6. Salta a la vista que en las hipótesis anteriores necesariamente habrá resistencia y daño entre las normas contrarias o contradictorias. Lo anterior radica en que resulta imposible aplicar ambas normas en el tiempo sin que una perjudique a la otra; la aplicación contemporánea de las normas contenidas en las dos leyes es imposible por la contradicción que de allí se seguiría. No se trata de una simple diferencia en aspectos accidentales; más bien, ocurre una verdadera exclusión entre las acciones que, en concreto, cada una ordena, permite o prohíbe realizar. Así, mientras una norma anterior manda realizar una acción, la norma posterior la prohíbe o permite no realizarla, o viceversa; luego quien obedece a una en el mismo acto desobedece la otra o, lo que es igual, aplicar una obliga al mismo tiempo a infringir la otra: “hay incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar la otra”⁵⁵.

7. Se comprende entonces que esta incompatibilidad material no debe analizarse, necesariamente, en abstracto, pues bien puede ocurrir que dos normas sean compatibles en abstracto pero que se excluyan mutuamente en su aplicación concreta: “las leyes que no eran contradictorias en abstracto, empiezan a contradecirse en concreto, en cuanto dos prescripciones igualmente aplicables, no pueden aplicarse al tiempo, debido precisamente a su contradicción”⁵⁶; “el problema, por tanto, es de orden práctico y no teórico”⁵⁷.

8. Dado que el problema es práctico, no es razonable excluir a priori una posible incompatibilidad entre dos normas sólo en razón de que su contenido material es adjetivamente distinto. Es decir, lo mandado, permitido o prohibido se acompaña de un adjetivo que califica la acción de diferente manera en una norma y otra. Así, la norma anterior

⁵⁴ Perelman, Chaim, “*Les antinomies en droit*”, en *Ethique et Droit*, Université de Bruxelles, Bruselas, 1990, pág. 756.

⁵⁵ Díez Picazo, Op. Cit., pág. 302.

⁵⁶ Guzmán Brito, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, pág. 165.

⁵⁷ Perelman, Op. Cit., pág. 756.

permite hacer algo de una manera, y la norma posterior prohíbe lo mismo pero de otra manera. Es decir, además de verbos rectores contrarios o contradictorios –por tanto incompatibles- existe igual materia pero regulada de modo diverso en una y otra. Pues bien, al respecto cabe decir lo siguiente:

a) El modo califica la manera en que algo es mandado, permitido o prohibido. Luego es un adjetivo o accidente. Los accidentes pueden ser indispensables o puramente contingentes. Serán indispensables aquellos que no pueden sino calificar la acción del caso; puramente contingentes aquello que pueden o no calificar la acción del caso. La necesidad de calificar una acción radica en el fin próximo que ésta persigue: si el fin no puede ser alcanzado sino de una manera, el adjetivo que califica de esa manera será indispensable; si el fin de la acción puede ser alcanzado de cualquier manera, el adjetivo que la califica de una manera particular será puramente contingente.

b) Así las cosas, y no obstante sus verbos rectores sean contrarios o contradictorios, no existirá incompatibilidad entre las normas cuando los modos que las califican sean relevantes para alcanzar los fines próximos de cada una: siendo modos indispensables no cabe considerarlos meros adjetivos; son más bien propiedades por las cuales las normas se distinguen realmente en su contenido material. Por tanto, estaremos frente a contenidos materiales distintos respecto a los cuales no cabe predicar contrariedad o contradicción, más allá de la incompatibilidad de sus verbos rectores.

c) En cambio, sí habrá incompatibilidad entre las normas analizadas cuando sus verbos rectores sean contrarios o contradictorios y los modos que las califican sean irrelevantes o puramente contingentes para conseguir el fin próximo de cada una. Tales modos sí serán simples adjetivos, por lo cual las normas serán sustantivamente idénticas en su contenido material; así, podrán ser contrarias o contradictorias: la anterior permite algo de una manera, la posterior lo prohíbe de otra manera, pero ambas maneras son irrelevantes para que, en cada caso, la aplicación en concreto ambas normas permita alcanzar su respectivo fin próximo. Se trata, como puede verse, de normas de idéntica materia, aunque adjetivamente diversa.

9. Tampoco es razonable analizar la posible contradicción o contrariedad entre normas atendiendo únicamente al fin remoto de la norma anterior y posterior; esto es, a las situaciones que cada una regula como género⁵⁸: bien puede ocurrir que ambas regulen situaciones diversas, incluso complementarias. Pero ello no obsta ni impide que, en concreto, exista contradicción entre disposiciones de una y otra. Por tanto, es

⁵⁸ Cuestión habitualmente conocida como el título de la norma.

necesario analizar el fin próximo de las disposiciones de cada norma; esto es, la finalidad u objetivo particular de las acciones que, en concreto, mandan, prohíben o permiten.

a) Y ello porque bien puede ocurrir que la norma anterior mande una acción por un fin particular y la posterior prohíba o permita no hacer la misma acción pero por o para otro fin. Aquí habrá identidad de materia pero no de fin próximo, por lo cual no cabe hablar, en principio⁵⁹, de incompatibilidad entre las normas.

10. Distinto es el caso cuando existe identidad de fin próximo pero diversidad en la materia de las normas en análisis: no es del todo claro si cabe o puede haber incompatibilidad entre dos normas donde la materia de la anterior es diversa de la materia de la posterior, pero comparten un mismo fin.

Según se explicará en seguida, existirá también incompatibilidad entre normas cuando la materia de la anterior sea contraria o contradictoria al fin próximo de la posterior. Es decir: las normas mandan, prohíben o permiten algo distinto, pero lo prescrito en la anterior resulta incompatible con la finalidad de la posterior.

Es oportuno despejar esta duda: si acaso existe verdadera contradicción entre una norma anterior y otra posterior cuando sus disposiciones son de distinta materia –las acciones que mandan, prohíben o permiten son diferentes- pero la aplicación en concreto de tales acciones importa un desconocimiento o alejamiento del fin de la norma posterior, sea que se trate de su fin original o de uno sobreviniente por cualquier causa. ¿Hay contradicción o simple diferencia cuando la aplicación de la norma anterior niega el fin de la norma posterior?

El asunto es de máxima relevancia, ya que “puede darse una antinomia no sólo entre dos directivas de derecho positivo, sino entre lo dispuesto por una norma y la finalidad de otra”⁶⁰.

El criterio para distinguir uno y otro caso es simple: analizar si hay relación de medios a fines entre las disposiciones de la norma anterior respecto de la posterior.

a) No puede ser de otro modo: existiendo distinción entre los fines próximos de ambas normas, si además la materia de la anterior ninguna relación tiene con el fin de la posterior, luego

⁵⁹ Como se explicó, la incompatibilidad entre disposiciones normativas es un problema práctico, propio del cumplimiento o aplicación de lo prescrito en ellas.

⁶⁰ Perelman, Op. Cit., pág. 765.

estaremos frente a normas totalmente independientes entre sí, sin que pueda haber incompatibilidad de ninguna especie entre ellas.

b) Debe existir relación de medios a fines entre la materia de la norma anterior y el fin próximo de la norma posterior. Y ello porque los medios para un fin que se alejan del mismo lo contradicen y niegan, y los que se subordinan a él lo confirman y respetan: así como para llegar al norte es preciso conducir en esa dirección, pasando por los puntos intermedios encaminados al mismo lugar, resulta evidente que conducir al sur aleja, desconoce y contradice el fin pretendido, pues en los hechos lo niega.

c) Por tanto, si las disposiciones de la norma anterior son medios para el fin que persigue la norma posterior, entonces siempre han de subordinarse a él para no contrariarlo o contradecirlo, y ello no obstante la materialización de tales disposiciones -las acciones concretas- no coincidan exactamente con aquello que manda, prohíbe o permite la norma posterior: si la norma posterior prohíbe construir en un lugar determinado, cumplir con la norma anterior que, no obstante no mandaba ni permitía directamente construir en aquel lugar, pero en cambio disponía la realización de acciones que constituyen medios necesarios precisamente para construir en el mismo lugar es, evidentemente, desconocer, contrariar y contradecir en los hechos el fin de la norma posterior: se estarían ejecutando acciones dirigidas en la dirección contraria a la dispuesta por la norma posterior.

11. Sostener que ambas normas pueden coexistir sin conflictos es a todas luces absurdo; produce inseguridad jurídica y, discursos aparte, desconoce y niega el fin de la norma posterior. En consecuencia, si ha de prevalecer el fin y las disposiciones de la norma posterior –según prescribe el Código Civil y razones adicionales que ya se explicarán- resulta necesario reconocer la derogación tácita de la norma anterior, dado que dispone la realización de acciones que constituyen medios necesarios que, en concreto, desconocen, niegan, dañan y perjudican las disposiciones de la norma posterior.

a) De otro modo se produce un resultado irracional: se afirmaría la vigencia de normas anteriores carentes de todo sentido y aplicación práctica, puesto que respetar el fin de la norma posterior y subordinarse al mismo conlleva la imposibilidad de aplicar en concreto la norma anterior, produciendo así la cesación de su vigencia por una causa, paradójicamente, de naturaleza intrínseca: la imposibilidad de realizar un hecho que era el presupuesto necesario para la aplicación de la ley⁶¹. Esto es: si la norma posterior dispone un fin contrario al cual se dirigían, como medios necesarios, las disposiciones de la norma anterior, luego, siendo en

⁶¹ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio, *Manual de Derecho Civil*, 7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2005, pág. 196.

concreto imposible tal fin, entonces carecen de sentido los medios necesarios para alcanzarlo. Insistir en ellos es, según se ha razonado, negar, desconocer y perjudicar la norma posterior.

12. También, conviene dejar claro que la oportunidad o la forma en que la norma posterior se vuelve incompatible con las disposiciones de la norma anterior es del todo irrelevante para afirmar o negar la posible contrariedad o contradicción actual entre ambas. Quien sostenga lo contrario, en los hechos afirma el absurdo por el cual podrían subsistir en el ordenamiento jurídico normas incompatibles -generando inseguridad jurídica para todos los involucrados- por el simple hecho de que la norma posterior en su estado original no era contradictoria con la anterior, sino que ello “le sobrevino” por causas extrínsecas.

a) Semejante razonar sería equivocado: en efecto, se estaría concluyendo a partir de un simple dato –la contradicción sobreviniente por causa extrínseca-, lo cual contraviene las leyes de la lógica. No es posible concluir nada a partir de un simple aserto; es preciso comparar dos premisas para deducir algo a partir de ellas. Luego el argumento sería siempre falaz, salvo que se demostrara la premisa mayor hasta aquí omitida: “la contradicción entre dos normas sólo puede producirse a partir del estado original de cada una de ellas”.

b) Pero tal aserto es manifiestamente falso, refutado a diario por la evolución del sistema jurídico donde las normas cambian frecuentemente por diversas causas. Y así como no es posible negar que las normas cambian, produciéndose contradicciones con otras normas anteriores y vigentes, tampoco es posible negar las causas por las cuales tales cambios se producen: aceptado el efecto como lícito se debe conceder la licitud de la causa que lo produce. El mismo principio corresponde aplicar en sentido inverso: si el efecto es ilícito, su causa no lo justifica. Luego, la oportunidad o la manera en que la norma posterior se vuelve incompatible con las disposiciones de la norma anterior es totalmente irrelevante para afirmar o negar la posible contradicción actual entre ambas.

13. Por su parte, la incompatibilidad, contrariedad o contradicción entre normas no implica de suyo la derogación total de la norma anterior. Tal como establece el Código Civil en su artículo 53, la derogación tácita “deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”. Y la razón confirma lo ya expuesto: la contrariedad o contradicción no radica en la situación que regula la norma –su fin remoto- sino en aquello que en concreto prescriben sus disposiciones individualmente consideradas –su materia-, y lo que cada una de ellas persigue en particular –su fin próximo-.

II. Sobre los criterios de solución de las incompatibilidades normativas:

14. Explicadas las formas en que puede ocurrir que las disposiciones de una norma anterior sean inconciliables con las de una posterior, corresponde analizar los criterios para solucionar estas antinomias. ¿Cómo deben resolverse los casos de incompatibilidad entre disposiciones normativas?

a) La doctrina ha dado los siguientes criterios⁶²: jerarquía –según el cual la norma de rango superior debe siempre prevalecer sobre la norma de rango inferior-; cronología –según el cual la norma posterior prevalece sobre la anterior-; especialidad –según el cual la norma de contenido más particular o concreto prevalece sobre la norma de contenido más general o abstracto; y competencia –según el cual debe prevalecer la norma, anterior o posterior, que haya sido dictada conforme a una potestad normativa válidamente ejercida-.

b) El orden de preferencia entre los diversos criterios, en los casos donde es aplicable más de uno y con resultados disímiles, da lugar a las llamadas antinomias de segundo grado. La doctrina reconoce ampliamente que el criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico y el de especialidad, y que este último prima sobre el cronológico⁶³.

15. Con todo, es admitido que estas ponderaciones admiten siempre excepciones. En particular, sostenemos que la aplicación de los diversos criterios de resolución de antinomias debe siempre buscar y, en lo posible, asegurar la vigencia concreta y real del principio de Supremacía Constitucional. En nuestro ordenamiento jurídico no puede ser de otro modo: nuestro Estado de Derecho es unitario (art. 3 Constitución Política de la República –CPR-), por lo cual debe asegurarse la vigencia efectiva de una sola Constitución, no de carácter nominal sino real; esta Constitución obliga a toda persona, institución o grupo, así como a los órganos del Estado, sus titulares y miembros integrantes, quienes deben someter su accionar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (art. 6 CPR); y todo acto contrario a lo dispuesto en la Constitución es nulo de pleno derecho (art. 7 CPR).

16. Además, parece necesario agregar que la solución de antinomias no es exactamente igual en el ámbito del derecho privado y en el del derecho público: en el primero, cualquier duda sobre el orden de preferencia entre los criterios a aplicar, así como la norma que debe prevalecer, debe ser resuelta según el principio general de la autonomía privada, promoviendo y privilegiando la mayor libertad en el accionar de los

⁶² Díez Picazo, Op. Cit., pág. 70.

⁶³ Bobbio, Op.Cit., págs. 113-119.

privados. En cambio, en el derecho público ocurre lo inverso: las dudas sobre resolución de antinomias deben ser siempre resueltas, sin excepción, según la alternativa o hipótesis más restrictiva, aplicando el principio general por el que sólo puede hacerse aquello que está expresa y manifiestamente permitido, autorizado u ordenado.

III. Conclusiones:

17. El Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación define lo que, a efectos de la misma ley, debe entenderse por discriminación arbitraria. Y, como es sabido, la Constitución establece en su artículo 19 N° 2 la garantía de la igualdad ante la ley y la prohibición de toda discriminación arbitraria. Es una nueva forma de entender el mismo concepto –para algunos más amplia, para otros más restringida–, mediante la explicitación de categorías especialmente protegidas a priori. Bien puede considerarse, entonces, que este Proyecto contiene de modo explícito el nuevo modo de comprender el principio de igualdad.

18. Así las cosas, la aplicación e interpretación de esta ley sería, en concreto, la aplicación nada menos que del principio de igualdad, según su nuevo modo de comprenderlo, en cualquiera situación en que ello ocurra. ¿Puede entonces resultar incompatible la aplicación de esta nueva ley con leyes anteriores, aun cuando éstas se refieran a diversas materias y fines? La respuesta es que sí, ya que “puede darse una antinomia no sólo entre dos directivas de derecho positivo, sino entre lo dispuesto por una norma y la finalidad de otra”⁶⁴.

19. Según ya se explicó, el criterio a aplicar es simple: analizar si hay relación de medios a fines entre las disposiciones de la norma anterior respecto de la posterior⁶⁵. Entonces, existiendo relación de medios a fines entre la materia de la norma anterior y el fin próximo de la norma posterior estaremos frente a normas incompatibles, pues los medios para un fin que se alejan del mismo lo contradicen y niegan, y los que se subordinan a él lo confirman y respetan.

20. A lo anterior es necesario agregar que, siendo el fin de la norma en comento nada menos que la protección del principio de igualdad garantizado constitucionalmente, prácticamente no existen normas que no tengan ese mismo fin como uno al cual necesariamente han de subordinarse. A contrario sensu, cualquier norma que contradiga ese fin es inconstitucional.

21. Por tanto, si las disposiciones de la norma anterior son medios para el fin que persigue la norma posterior, entonces siempre han de subordinarse a él para no contrariarlo o contradecirlo, y ello

⁶⁴ Perelman, Op. Cit., pág. 765.

⁶⁵ Ver Número 10 de esta presentación.

no obstante la materialización de tales disposiciones -las acciones concretas- no coincidan exactamente con aquello que manda, prohíbe o permite la norma posterior.

22. Se trata, entonces, de una ley especial y posterior que entrará en conflicto con leyes generales y anteriores que tratan diversas materias y fines, pero en las cuales los agentes a quienes se manda, prohíbe o permite algo han sido diferenciados o distinguidos por una o más de las situaciones o categorías que el Proyecto en comento protege a priori, como objetivos constitucionalmente relevantes. Y si tales distinciones están prohibidas por la ley posterior, resulta entonces que las leyes anteriores hacen precisamente aquello que la ley nueva y especial prohíbe. La antinomia es evidente.

23. En concreto, muy probablemente en sede jurisdiccional, el juez será llamado a declarar que una norma ha sido derogada tácitamente por esta nueva y especial, en razón de que la anterior distingue basándose en alguna o algunas de las categorías protegidas, cuestión que esta nueva ley especial prohíbe, por ser tal distinción contraria al principio de igualdad. Dicho de otro modo, las leyes anteriores, con independencia de la materia y fines respectivos, en concreto resultarán dañinas al principio de igualdad.

24. Es decir, las distinciones contenidas en leyes anteriores serán consideradas contrarias, incompatibles, con los objetivos constitucionalmente relevantes de esta nueva ley. Por tanto, habrá una antinomia, pues “hay incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar la otra”⁶⁶ (y así, por ejemplo, toda distinción de ley anterior que tenga como criterio basal la orientación sexual será, inmediatamente, contraria a la nueva ley).

25. Así, el problema de fondo, más allá de los conflictos concretos que con seguridad ocurrirán, radica en que el Poder Judicial, por la vía de la declaración de la derogación tácita, cumplirá en los hechos un rol legislador: pues las normas anteriores dejarán de tener vigencia práctica, siendo sustituidas por la norma posterior y especial.

26. Como se ve, para evitar estos conflictos –los cuales generarán inseguridad jurídica, como toda antinomia- resulta necesario mantener los artículos Nº 6 letra b y 18 del Proyecto de Ley. Finalmente, si la mayoría del Poder Legislativo, según la materia que se trate, considera necesario dictar una nueva ley que expresamente derogue una determinada ley anterior, bien puede hacerlo, pues tal es su rol. Pero no corresponde entregar, por una deficiente técnica legislativa, esa competencia a los tribunales de justicia, como tampoco a las autoridades administrativas.”.

⁶⁶ Díez Picazo, Op. Cit., pág. 302.

Luego, hizo uso de la palabra **la profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica, señora Magdalena Ossandón**, quien basó su alocución en el documento que a continuación se transcribe:

“COMENTARIO

17.- Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral nuevo: “21^a. Cometer el delito o participar en él motivado por alguna discriminación arbitraria referente a la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima, a la nación, raza, etnia o grupo social al que pertenezca, a su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o a la enfermedad o discapacidad que padezca.”.

Mi primer comentario dice relación con el principio de legalidad que, como todos sabemos, rige de modo estricto en el ámbito penal, pues constituye una garantía de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado. Especialmente, con mayor radicalidad, cuando se trata de un aspecto desfavorable para el imputado, como la configuración de un tipo penal o cualquier aspecto que signifique la posibilidad de aplicar una pena más gravosa.

Tal es, obviamente, el caso de una agravante como la que se incluye en el proyecto. Esta agravante es aplicable, en principio, a cualquier delito, y como ustedes saben bien, el efecto de una sola agravante puede ser el de impedir la aplicación del grado mínimo o del minimum de la pena, según el caso, lo que dependiendo del delito de que se trate puede significar, por ejemplo en un delito de homicidio, pasar de un mínimo de 5 años de presidio a una escala en que el mínimo imponible sea de 10 años. Si se suma a otras agravantes, puede incluso aumentar la pena en un grado. En otras palabras, su efecto no debe ser menospreciado ni tomado a la ligera, pues puede llegar a ser mucho más gravoso, incluso, que la tipificación autónoma de una conducta como delito.

Ahora bien, es cierto que en la descripción de las conductas típicas o de las agravantes nunca va a lograrse una absoluta precisión, pero eso no significa que se pueda renunciar al rigor. Esperamos del legislador el máximo de determinación posible y, al menos, una predeterminación valorativa de aquello que se pretende sancionar. Un juicio de valor, que solo el Poder Legislativo está legitimado a efectuar y que debe quedar plasmado, necesariamente, en la ley.

Lamentablemente, ello no se consigue con algunas de las expresiones empleadas en la agravante propuesta, pues son expresiones que, además de su indeterminación, suelen ser acompañadas

de una “carga emotiva” fuerte. Si no se ofrecen parámetros objetivos claros que permitan al juez guiar su decisión, en esta, como en otras materias ha sucedido, al final se estará traspasando un importante nivel de decisión a los jueces, que incluso se verán obligados a resolver según sus propios criterios subjetivos. De este modo, en la práctica, el Poder Legislativo estará renunciando a la función que le corresponde.

Es verdad que la indeterminación relativa de los términos o expresiones utilizadas puede ser aminorada o compensada – dentro de ciertos límites—si el resto de la disposición penal es precisa y, especialmente, si revela con claridad su fundamento y finalidad o telos.

Sin embargo, este es el mayor problema de la agravante propuesta. Porque en su redacción no se consigue siquiera manifestar con claridad cuál es el desvalor que se quiere considerar. Particularmente con la redacción propuesta en el veto aditivo de la Presidencia.

Uno de los objetivos de la nueva redacción propuesta es incorporar a la raza como una categoría más, para no considerarla una cuestión especial. Pero hacer esa modificación en lo relativo al racismo puede tener un efecto pernicioso involuntario que oscurece más el significado de la norma, haciendo todavía menos nítido el fundamento de la agravación. A tal punto, que puede prestarse para que la agravante se aplique “siempre que” la víctima tenga una de las condiciones referidas, y que ello sea conocido por el autor del delito (pues siempre tiene que respetarse el principio de culpabilidad), pese a que parece que eso no ha estado en la intención de nadie.

La actual redacción dice “cometer el delito o participar en él motivado por alguna discriminación arbitraria referente a...”. Pero entonces parece que pudiera aplicarse, por ejemplo, al marido que maltrata a su mujer, porque por ser mujer es más débil; o al que estafa a un extranjero no por odio o menosprecio de su nacionalidad, sino porque considera que al ser extranjero no sabrá defenderse adecuadamente en los tribunales; o al que agrede sexualmente a la víctima, teniendo como motivación la satisfacción de su líbido, pero elige como víctima a una persona de determinada raza porque le resulta atractiva, le parece que se resistirá menos, o cualquier otra razón. La verdad es que esas situaciones están ya contempladas en otras agravantes, como el abuso de superioridad de sexo o fuerzas, art. 12 N° 6, o son parte del delito mismo, como manifestación de una conducta abusiva y, en todo caso, no responden al fundamento propio de una agravante de discriminación. En los ejemplos propuestos, el sexo, la nación o la raza han sido motivo de la elección de la víctima, pero no motivo del delito.

Una agravante como la que se propone en el proyecto, en derecho comparado, es considerada una circunstancia de naturaleza subjetiva ya que “expresa un móvil particularmente indeseable: la negación del principio de igualdad”⁶⁷. Aunque existe cierta discusión en relación con el aspecto del delito en que la agravante incide, si la antijuridicidad o la culpabilidad, se entiende de todos modos que ella solo puede ser aplicada cuando la conducta del delincuente está basada, exclusivamente, en motivos racistas o discriminadores⁶⁸.

En consecuencia, para evitar dudas y, sobre todo, para evitar una aplicación mecánica de la agravante siempre que la víctima tenga alguna de las condiciones descritas y que haya sido de algún modo tomada en cuenta o conocida por el autor del delito, la redacción debe poner el acento en que la agravante se configura solo cuando el delincuente actúa con la particular finalidad de discriminar arbitrariamente, por odio, afán de exclusión, de persecución, etc. (como ocurre en otras legislaciones, así la Argentina, cuando el delito “sea cometido por persecución u odio a...”).

La redacción anterior de la agravante en el proyecto, cuando la disposición empezaba aludiendo a un actuar “por motivos racistas”, de algún modo ponía el acento en que la motivación misma de la conducta delictiva fuera ese móvil particularmente indeseable, porque el racismo supone actuar por menosprecio de otra raza.

Pero ya entonces podía prestarse a discusión, y más ahora, porque la redacción no es expresiva del mayor desvalor que pretende sancionar. Una disposición así luego obliga a “buscar” entre diversas posibles razones que la justifiquen (por más que ustedes las hayan considerado en su discusión), las que alguno podría radicar en consideraciones meramente objetivas, como la debilidad o carácter minoritario de un grupo; y otro en consideraciones subjetivas como las indicadas, con la consiguiente desigualdad en su aplicación (lo que resulta paradójico en una ley que pretende acabar con la discriminación)

En suma, es conveniente volver a una fórmula como la anterior, en términos como los siguientes: “cometer el delito o participar en él con intención de discriminar arbitrariamente en razón de...”, “o por motivos arbitrariamente discriminatorios”, etc. Resultaría todavía más adecuada una mención explícita a que la actuación fuere motivada por el odio, desprecio, afán de persecución, etc.”.

⁶⁷MIR PUIG, Santiago/GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en CORCO Y BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 107.

⁶⁸STS español, de 24 de febrero de 2006, RJ 2006\5675, y GOYENA HUERTA, Jaime, “Artículo 22. 4ª”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 207.

Enseguida, intervino **el asesor jurídico del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), señor Elías Jiménez.**

Su exposición fue la siguiente:

“Presentación preliminar.

Agradecemos tener esta nueva oportunidad de encontrarnos, ya en la recta final de la discusión del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. La discusión en torno a éste se ha dado durante muchos años, más de los que nos hubiera gustado, pero el poner término al mismo es de alguna forma un avance en esta materia.

Sin embargo, el proyecto actual no se condice con lo que la sociedad chilena exige de su Congreso.

Consideramos oportuno mencionar algunas apreciaciones que están en el marco de lo que esta ley significa y los aportes que puede entregar:

1.- El espíritu original del proyecto ha sido modificado hasta el punto de cambiar la esencia del mismo. El Estado renuncia al mandato constitucional de servicialidad en favor de los grupos históricamente discriminados de nuestro país, generando un proyecto de ley que está llamado a actuar siempre “ex post”, otorgando un rol de mero observador al aparato estatal, sin permitir una intervención real del Estado en pos de que el fenómeno de la discriminación sea eliminado de nuestra sociedad. Junto con ello, el proyecto de ley presenta imprecisiones que llevan incluso a establecer disposiciones paradójicamente discriminadoras en un cuerpo normativo que busca justamente lo contrario.

2.- Es necesario mencionar que esta ley no soluciona ni satisface las aspiraciones de diversos grupos vulnerables a la discriminación, entre los cuales nos sentimos incluidos. El actual proyecto de ley, aun recogiendo las observaciones planteadas por distintos sectores e incluso el Ejecutivo, será un proyecto reducido, de amplitud limitada en relación al conjunto de problemas que corresponde abordar en la materia de no discriminación y respeto a la diversidad.

3.- Como tercer elemento, debemos mencionar que este proyecto implica un retroceso respecto al proyecto original, que proponía una ley para “Prevenir y Eliminar la discriminación”, y no solo un mecanismo judicial frente a la discriminación, como es ahora.

Es necesario que cambiemos la manera de entender cómo se enfrenta la discriminación en tanto esta no se genera de una día para otro. Los agresores, por ejemplo, de Daniel Zamudio, fueron

educados y formados en un sistema que avala la discriminación e influidos por discursos de odio y estigmatización que surgen de las instituciones religiosas, medios de comunicación, entre otros.

4.- La inexistencia de una institucionalidad que se haga cargo de la no discriminación es una falencia que Chile debe solucionar, sea mediante la creación de un organismo sobre este tema o mediante la elaboración de políticas públicas que resuelvan la problemática. En la región, países que bajo gobiernos de signo conservador, como México y Colombia, han avanzado decididamente en esta materia, al igual que Brasil, Ecuador o Argentina, poseen organismos con presupuesto estatal para hacerse cargo de la educación, promoción y defensa de las personas frente a la discriminación.

5.- El Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS) ha participado en el foro ciudadano desde la génesis de este proyecto de ley, hace más de diez años, buscando aportar en el debate de éste y anhelando la aprobación del mismo.

Ante la exigencia actual, de cara a una sociedad empoderada para con sus derechos y que busca de sus legisladores un actuar concienzudo y con altura de miras, que busque la construcción de una mejor y más desarrollada sociedad, el MUMS hace presente las siguientes observaciones al proyecto de ley que busca establecer medidas contra la discriminación en su tercera etapa constitucional, ante la comisión mixta del honorable Congreso Nacional de la República de Chile. Ello en pos de aportar desde la ciudadanía al debate legislativo.

Modificaciones necesarias al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.

El presente documento desglosa las observaciones del Movimiento por la Diversidad Sexual al proyecto de ley del Boletín N° 3.815-07 en cuatro grupos:

Falta de acciones afirmativas:

El principio de servicialidad, consagrado en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 1° inciso tercero de la Carta Fundamental, establece la obligación del Estado de promover el bien común y de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan la mayor realización material y espiritual posible de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional.

Este principio de servicialidad lo recogen también los distintos tratados internacionales de Derechos Humanos de los cuales Chile es suscriptor y los cuales nuestro país integra a su legislación nacional

como parte del bloque constitucional de derechos que se deriva del artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile.

Uno de los efectos de este principio de servicialidad son las denominadas acciones afirmativas del Estado, término que se da a una acción que, a diferencia de la discriminación negativa (o simplemente discriminación), pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, y compensarlos por los prejuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado.

El proyecto original ingresado al Congreso Nacional el 22 de marzo de 2005, hacía suyo el principio de servicialidad del Estado a fin de promover la igualdad, estableciendo como objetivos la prevención y eliminación de toda forma de discriminación de la sociedad chilena. Estableciendo como principal acción afirmativa, la creación de una institucionalidad que elaborara políticas de prevención y eliminación de la discriminación.

Uno de los principales retrocesos del actual proyecto de ley es la eliminación de estas medidas afirmativas que transforman la normativa en discusión, en una simple acción de indemnización ante un hecho discriminatorio, con un sesgo claramente judicializador del conflicto de la discriminación, que torna al Estado en mero observador, sin tomar parte en la prevención y eliminación de la discriminación y el derecho a la igualdad de distintos grupos históricamente menospreciados.

De este modo la normativa propuesta por el proyecto pierde sentido incluso en su denominación, ya que al estar destinada a actuar ex post, no logra establecer medidas contra la discriminación, sino tan solo sanciones a hechos que revistan estas características, dejando de lado el carácter preventivo que esta normativa debería irrogar.

Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Colisión de Derechos Fundamentales:

El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación busca consagrar el derecho a la igualdad, el cual posee el carácter de derecho fundamental en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que se encuentra consagrado en nuestro Derecho Constitucional.

Una de las preocupaciones que han expresado los grupos conservadores, reacios a la aprobación de este texto legal, ha sido la denominada colisión de derechos fundamentales o libertades públicas. Ello por cuanto identifican al proyecto de ley como una amenaza a otros principios fundamentales del derecho constitucional tales como la libertad de culto y el derecho a la libre expresión.

Muestra de esta aprensión es la introducción en el artículo 2° inciso 3° del resguardo que establece:

“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”.

Este resguardo pretende establecer una superioridad de los distintos preceptos constitucionales establecidos en las normas citadas, por sobre el principio de igualdad. Este entendimiento posee una base falaz en su construcción, por cuanto entiende los derechos fundamentales como normas de cumplimiento absoluto, lo cual ha sido negado por la doctrina constitucional la cual comprende que los principios fundamentales no pueden ser equiparados a las normas reglamentarias, en tanto estas últimas, al ser analizadas en su cumplimiento arroja la observancia o inobservancia de la norma, mientras que los principios poseen un estándar de cumplimiento que puede ser parcial.

La colisión de derechos fundamentales no debe ser entendida como la superposición de un principio por sobre otro, sino como el mayor o menor cumplimiento de un principio que cede ante otro.

Ejemplo del entendimiento que los principios fundamentales operan con valoración parcial es que la misma Constitución reconoce límites a la libertad de culto:

Artículo 19 “La Constitución asegura a todas las personas: [...] N° 6.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.”. (Énfasis añadido).

Del mismo modo, los tratados internacionales reconocen limitantes a este derecho fundamental. Así, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”. (Énfasis añadido).

De este modo, no permitimos la libertad de culto a entidades de sectas diabólicas en el entendido que dicha libertad reconoce como límites la dignidad de las personas y que los principios promovidos por una secta de esta índole colisionan con otros derechos fundamentales.

Del mismo modo, otro ejemplo de las limitantes del derecho a la libertad de culto es la colisión que se produce cuando este principio se enfrenta al derecho fundamental a la vida. Así lo ha fallado la justicia nacional. De este modo, en la doctrina nacional encontramos casos como el conocido por la Corte de Apelaciones de Copiapó en recurso de protección caratulado “Kong Urbina, Samuel con Leuquén Tolosa, Marissa” Rol 230-08, donde la Corte falló:

“Corresponde acoger el recurso de protección interpuesto por el director del hospital, en contra de la negativa de la paciente embarazada de someterse a una transfusión de sangre, para salvaguardar tanto su integridad física como la del nonato, toda vez que tratándose de este último, existiendo protección constitucional que debe valorarse, a la luz de los derechos de la madre, debe convenirse que la práctica de convicciones religiosas no autoriza para poner en riesgo la vida del que está por nacer.

Las decisiones que los padres adopten en materias religiosas respecto de sus hijos son válidas y, por ende, deben ser respetadas y protegidas por el ordenamiento jurídico, mas no son absolutas y tienen como límite, en lo que nos interesa, el derecho a la vida y a la salud física y psíquica.” (Énfasis añadido).

Todo lo cual va en concordancia con el reconocimiento de los Derechos Fundamentales como limitantes del ejercicio de la soberanía, que envuelve el actuar del Estado frente a sus ciudadanos y entre estos últimos (Art. 5° Constitución Política de la República de Chile).

Por ello es posible concluir que el principio de igualdad ante la ley, que posee como correlato el derecho a la no discriminación, es un principio frente al cual otros derechos fundamentales, tales como la libertad de culto y la libertad de expresión, deben reconocer límites.

La legitimidad intrínseca de los derechos fundamentales no otorga legitimidad ipso jure a los actos que se realizan so pretexto de estar protegidos por ellos. Así, las expresiones de odio hacia diversos grupos considerados minorías, no se tornan legítimos por el solo hecho de ser realizados bajo la supuesta protección del derecho a la libre expresión. Así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reciente fallo condenatorio del Estado de Chile, en el Caso Atala Riffo y Niñas versus Chile, de fecha 24 de febrero de 2012, que en su considerando 110 establece:

“110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.”

Si bien el fallo en comento se refiere particularmente al derecho del interés superior del niño frente al derecho a la no discriminación por orientación sexual, la doctrina que este considerando establece se entiende como una comprensión de los derechos fundamentales como normas de cumplimiento no absoluto, que ante una colisión con otros principios fundamentales debe ser analizado en concreto.

Por otra parte la inserción de la supremacía de otros derechos fundamentales sobre el derecho a la no discriminación, establecida en el inciso 3° del artículo 2° del proyecto de ley, transgrede el precepto constitucional del artículo 93 N° 6 de la Constitución, que otorga competencia exclusiva al Tribunal Constitucional para conocer de los

conflictos entre derechos fundamentales, no pudiendo otorgar tal competencia a tribunales ordinarios como pretende el actual proyecto de ley.

Por otra parte, la consagración del derecho a la no discriminación como expresión del principio de igualdad, se encuentra establecido en diversos cuerpos de derecho internacional de Derechos Humanos, que establecen su primacía de ponderación frente a otros derechos fundamentales.

En el sistema de Naciones Unidas el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 consagra el derecho de igualdad ante la ley e igual protección de la ley, junto con establecer la prohibición legal contra toda discriminación.

“Artículo 26: 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.”

A su vez, el sistema interamericano a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, establece el derecho a la igualdad y la no discriminación.

“Artículo II: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

Esta norma se ve reforzada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su artículo 24 señala:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Norma que fortalece el artículo 1.1 de la misma convención que establece:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Por su parte el Sistema Europeo en la Convención Europea de Derechos Humanos a través de su artículo 14 consagra el principio de no discriminación, indicando:

“ARTÍCULO 14 Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

En lo relativo al entendimiento de la Orientación Sexual y la Identidad de Género como categorías sospechosas de discriminación, encontramos que en las dos últimas décadas el derecho internacional de los Derechos Humanos se ha enfrentado al entendimiento y el aprehender estos términos para incluirlos en los cuerpos normativos.

A nivel internacional, el principal avance en torno a esta temática es la dictación de los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es “Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género”, documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar las protecciones a los Derechos Humanos a las personas Lesbianas, Homosexuales, Transexuales, Transgéneros, Travestis e Intersexuales (LHBTITI).

El documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008) y se redactó en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y Derecho Internacional de varios países. Entre ellos se encontraban Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU, integrantes de los órganos de la ONU que dan seguimiento a los tratados, jueces, académicos y activistas por los Derechos Humanos.

A su vez, la declaración A/63/635 del 22 de diciembre de 2008 del sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, hizo un llamado explícito a los estados miembros a incluir en su agenda el estudio y análisis de la situación

de las personas LHBTTTI en sus países, así como un llamado a velar por la persecución, eliminación e investigación de las violaciones de Derechos Humanos de las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género, siendo éste el primer pronunciamiento de este organismo internacional respecto a las temáticas de diversidad sexual.

Lo propio hizo la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su resolución 2435 aprobada por la cuarta sesión plenaria del 3 de junio de 2008.

Uno de los últimos avances significativos ha sido el reciente Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, emitido por primera vez el 17 de noviembre de 2011. Este documento busca hacer un seguimiento de la aplicación de la Declaración del Programa de Acción de Viena de 1993.

No se puede entender la ley como derogatoria de otras leyes:

El temor que la entrada en vigencia de la ley contra la discriminación realice una derogación de otras normas legales no encuentra fundamento en la normativa vigente en nuestro país, ello por cuanto el contenido de una ley nunca tiene efecto derogatorio respecto de otras leyes, menos aún en lo relativo a normas de regulación especial.

El artículo 18 del proyecto de ley en comento, resulta ser improcedente e innecesario por cuanto basta recurrir a las normas de interpretación establecidas en el Código Civil chileno para solucionar los posibles conflictos entre esta ley contra la discriminación y otros preceptos legales.

No obstante ello, es innegable que el sentir de la comunidad de la diversidad sexual chilena ve en la normativa contra la discriminación un estándar que debiese ser aplicado en las distintas regulaciones de nuestro país en tanto significan un avance en la igualdad de derechos.

Eliminación de menciones de delitos sexuales:

La precisión establecida en el inciso 2° del artículo 2° del proyecto de ley resulta un elemento discriminador dentro de una normativa que, paradójicamente, busca la eliminación de este flagelo atentatorio contra el principio de igualdad.

Incluida la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación, debe tomarse una

postura coherente con esta decisión, por cuanto la confusión de estos términos con acciones delictivas que pugnan con la indemnidad sexual de otras personas (adultas y/o menores) significa un mantenimiento del estereotipo sesgado y discriminador de lo que los términos en discusión encierran.

El inciso 2° del artículo 2° comprende un resabio ignorante y aberrante dentro de un proyecto que busca combatir la discriminación en nuestro país. Precisión interesada que busca mantener la confusión entre orientación sexual y degeneración (pederastia).”.

Luego, hizo uso de la palabra **la Coordinadora de la Corporación Humanas y el Observatorio Parlamentario, abogada señora Camila Maturana.**

Su exposición fue la siguiente:

“Ley contra la discriminación: la igualdad y la no discriminación no son de segunda categoría.

Después de siete años y conmocionados por los dramáticos casos de Karen Atala y el asesinato de Daniel Zamudio, las autoridades gubernamentales y legislativas finalmente coinciden en la importancia y urgencia de contar en el país con una ley que enfrente la discriminación. Durante estos siete años (aunque en realidad desde bastante antes) numerosas organizaciones hemos trabajado para esto. Por eso sabemos que no basta la dictación de cualquier ley.

Valoramos la disposición de Senadores/as y Diputados/as de escuchar a diversas organizaciones en este proyecto tan importante y asimismo esperamos que los diversos problemas que las organizaciones han relevado sean efectivamente considerados por esta Comisión Mixta e incorporados en la ley.

Paso brevemente a exponer algunas de las principales preocupaciones⁶⁹.

1. ¿Para qué dictar una ley contra la discriminación? Para plasmar en un cuerpo normativo el compromiso del Estado de Chile –de todos y cada uno de los órganos del Estado- con la igualdad de derechos de todas las personas y la prevención, sanción, erradicación y reparación de la discriminación.

⁶⁹ Estos planteamientos complementan diversas presentaciones, minutas y propuestas de indicaciones entregadas por Corporación Humanas y el Observatorio Parlamentario ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados durante la tramitación del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.

La importancia de una adecuada definición del OBJETO DE LA LEY radica en que éste orienta la actuación de los órganos públicos y nos preocupa que el proyecto incurra en un vacío en esta materia al no fijar con claridad las orientaciones mínimas que deben guiar el accionar de los poderes públicos, el comportamiento de actores privados y, de especial relevancia, la interpretación judicial.

Evidentemente se requiere un recurso judicial expedito, idóneo, efectivo y oportuno para asegurar el ejercicio de derechos humanos a todas las personas y sancionar a los responsables de discriminación. Pero un mecanismo jurisdiccional no puede ser la única respuesta estatal frente a la discriminación⁷⁰.

Garantizar los principios de igualdad y no discriminación requiere una definición clara de que el objeto de la ley es la PREVENCIÓN, SANCIÓN, ELIMINACIÓN Y REPARACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN.

2. Respecto de las OBLIGACIONES QUE CORRESPONDEN A LOS ÓRGANOS DEL ESTADO para materializar la igualdad y no discriminación, el proyecto es tremendamente deficiente. Una herramienta judicial por sí sola es insuficiente si el Estado no adopta el conjunto de medidas requeridas para prevenir, sancionar, erradicar y reparar la discriminación.

Para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación, la legislación debe mandar expresamente a todos y cada uno de los órganos del Estado (lo que no se circunscribe solamente a los órganos de la Administración del Estado) a desarrollar -cada organismo en el marco de sus atribuciones, así como en conjunto de modo intersectorial- políticas preventivas, educativas, campañas, promoción de derechos, capacitaciones y, por cierto, acciones afirmativas, entre otras, todo ello debidamente resguardado con las respectivas asignaciones presupuestarias.

3. Es de la esencia de una legislación sobre discriminación considerar MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA que permitan corregir determinadas situaciones fácticas de desigualdad. Se trata de tratamientos diferenciados o preferenciales que los Estados adoptan,

⁷⁰ El proyecto aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados disponía: “Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar toda discriminación arbitraria que se ejerza contra cualquier persona que suprima o menoscabe los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales en que Chile sea parte”. Posteriormente, el Senado lo reemplazó por “Propósito de la ley. La presente ley tiene por objeto fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria” (Art. 1°).

precisamente, para reducir o eliminar condiciones que obstaculizan el ejercicio pleno de ciertos derechos a determinados sectores de la población históricamente discriminados.

El derecho internacional de los derechos humanos, así como parte de la legislación comparada, no sólo admite sino que alienta la adopción de medidas de acción afirmativa a fin de corregir determinadas situaciones de hecho que son contrarias al principio de igualdad. Expresamente disponen la procedencia de medidas especiales o acciones afirmativas la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁷¹, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷², la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁷³, y el Convenio 169 de la OIT sobre

⁷¹ “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Art. 1.4).

⁷² “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato” (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Art. 4).

⁷³ “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad” (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Arts. 5.3 y 5.4).

pueblos indígenas y tribales en países independientes⁷⁴ (Art. 2 y 4.1), todos ellos vinculantes para el Estado de Chile.

Además, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

“10. El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”.⁷⁵ (Énfasis añadido).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto ha señalado:

“104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

⁷⁴ “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida” (...) “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” (Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Art. 2 y 4.1).

⁷⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37° período de sesiones, 10 de noviembre de 1989, HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, Párrafo 10.

105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)⁷⁶. (Énfasis añadido).

En tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

“99. El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho⁷⁷. (énfasis añadido).

La procedencia de medidas de acción afirmativa es imprescindible para la consecución de los objetivos propios de una ley contra la discriminación, pues se orientan a asegurar que las personas puedan efectivamente ejercer sus derechos. No es posible entender una ley que busca garantizar la igualdad y la no discriminación pero que omite la principal herramienta que permite alcanzar estos fines.

4. El principal contenido de la presente ley es la prohibición de la discriminación. Especialmente se valora la prohibición de la discriminación en base al sexo de las personas, su orientación sexual o identidad de género⁷⁸ —entre otras causales de discriminación prohibida-, tal

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Párrafos 104-106.

⁷⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, Párrafo 99.

⁷⁸ En conformidad a los Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género: La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener

como mandata el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷⁹ y recientemente ha reafirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala, en que, precisamente, se ha condenado al Estado de Chile.

“(…) la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”⁸⁰. (Énfasis añadido).

Por ello, tal como lo ha entendido el Ejecutivo y la mayoría de los legisladores, no corresponde que la normativa estigmatice a las personas de diversa orientación sexual vinculándolas con la eventual comisión de delitos de violencia sexual contra menores de edad, como lo plantea el inciso segundo del artículo 2° que se ha propuesto suprimir⁸¹.

relaciones íntimas y sexuales con estas personas; y la identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

⁷⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 17° período de sesiones, 15 de junio de 2011, A/HRC/17/L.9/Rev.1; NACIONES UNIDAS, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 63° período de sesiones, 22 de diciembre de 2008, A/63/635; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 3 de junio de 2008, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08); ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 4 de junio de 2009, AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09); ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 8 de junio de 2010, AG/RES. 2600 (XL-O/10); ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, cuarta sesión plenaria, 7 de junio de 2011, AG/RES. 2653 (XLI-O/11).

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso 12.502, Karen Atala e hijas", Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas; Párrafo 91.

⁸¹ “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” (Art. 2° inciso segundo proyecto aprobado por Senado).

Asimismo, debe corregirse la omisión contenida en la agravante penal que el proyecto contempla, incorporando la identidad de género entre las motivaciones que agravan la responsabilidad penal⁸².

5. Sin embargo, además de las falencias ya señaladas respecto a la necesidad de definir adecuadamente el objeto de la ley, explicitar las obligaciones que corresponden a los órganos del Estado e incorporar medidas de acción afirmativa, la presente propuesta presente otro grave problema: pretende consagrar una INACEPTABLE E INCONSTITUCIONAL JERARQUÍA DE DERECHOS⁸³, tal como ha sido advertido por algunos/as parlamentarios/as y como ha sido denunciado por diversos actores.

Esta norma (artículo 2º inciso tercero del proyecto aprobado por el Senado) relativiza de un modo inaceptable el propósito de la iniciativa, propósito que -como se ha indicado- ya es bastante limitado en la propuesta del Senado. Ello por cuanto dispone que si se trata del ejercicio del derecho a la vida privada, la honra de la persona y la familia; la libertad de conciencia, creencia o religión; la libertad de enseñanza; la libertad de expresión; el derecho de asociación; el derecho al trabajo; el derecho a desarrollar actividades económicas, u “otra causa constitucionalmente legítima” (causal residual que amplía de modo insospechado la excepción y que ni siquiera se refiere a un derecho o garantía constitucional), las distinciones, exclusiones o restricciones que agentes públicos o privados puedan realizar “se considerarán razonables”, es decir, no configurarán la discriminación prohibida y sancionada por la ley, aun si estas distinciones, exclusiones o restricciones se basen en alguna de las categorías de discriminación prohibidas y aun si con ello se priva, perturba o amenace el ejercicio legítimo de derechos fundamentales.

De suprimirse la expresión “siempre” de la referida norma (como ha propuesto el Ejecutivo), el problema subsiste pues se está consagrando en una norma legal que un conjunto –muy amplio por lo demás- de distinciones, exclusiones o restricciones basadas en categorías de discriminación prohibidas que causen privación, perturbación o amenaza al

⁸² “Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12 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’” (Art. 17 proyecto aprobado por Senado).

⁸³ “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 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima” (Art. 2º inciso tercero proyecto aprobado por Senado).

ejercicio legítimo de derechos fundamentales, NO CONSTITUYEN DISCRIMINACIÓN y están expresamente permitidas por la ley que establece medidas contra la discriminación.

Los derechos humanos, emanados de la intrínseca dignidad de la persona humana, detentan, entre otras características, la universalidad, indivisibilidad e interdependencia⁸⁴. Expresado en términos sencillos, los derechos humanos corresponden a todas las personas por el sólo hecho de serlo y el ejercicio de unos derechos o libertades es condición para el disfrute de otros, sin que sea posible establecer jerarquías o preferencias entre unos y otros.

Por mandato constitucional, “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (CPR, Art. 1º inciso tercero) y es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución Política y los tratados internacionales vigentes en el país (CPR, Art. 5 inciso segundo).

De allí que no resulte coherente con la regulación constitucional de los derechos humanos establecer jerarquías o preferencias entre unos derechos y libertades por sobre otros, como lo plantea el proyecto en debate. Ni la Constitución Política de la República de Chile ni el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como tampoco la legislación comparada, establecen a priori y de modo abstracto jerarquías o graduaciones de derechos humanos y libertades fundamentales.

No corresponde al Legislador regular el derecho a la igualdad y la no discriminación creando una preferencia para otros derechos o garantías constitucionales que pasarían a tener un rango superior no contemplado en la Constitución Política. La Carta Fundamental no consagra derechos de primera categoría por sobre derechos de segundo o inferior rango y es totalmente improcedente que dicha prelación pueda ser establecida por una norma de rango legal de carácter general, contrariando las normas constitucionales y los tratados internacionales vigentes.

Considerando la posibilidad –frecuente por lo demás- de que en ciertas circunstancias se presenten conflictos entre uno o más derechos, éstos no pueden ser resueltos de modo abstracto y a priori por una norma de rango legal que disponga que el derecho a la igualdad y la

⁸⁴ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (...)”. DECLARACION Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA, CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, Viena, 14 a 25 de junio de 1993 A/CONF.157/23, Párrafo 5.

no discriminación ceden frente a determinadas garantías constitucionales y que quedarían desprovistas de la protección judicial.

De hecho, la iniciativa en discusión crea una acción jurisdiccional especial precisamente para que el órgano judicial se pronuncie frente a la eventual existencia de una discriminación, ponderando en el caso concreto los derechos en conflicto. Como resultado de esta ponderación, se determinará la existencia de la discriminación, ordenando que ésta cese o no sea reiterada, o bien, se lleve a cabo el acto omitido, además de otras providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Una eventual colisión de derechos es una cuestión fáctica que debe ponderarse caso a caso en conformidad a las circunstancias particulares, por el órgano jurisdiccional. No es posible determinar de modo abstracto, a priori y con efectos absolutos –como se pretende en el Art. 2° inciso tercero del proyecto aprobado por el Senado– que ciertos derechos están por sobre el principio de igualdad consagrado en la Constitución Política y los tratados internacionales.

Mantener la referida disposición contraría los fines buscados por la iniciativa, consagrando una jerarquía de derechos inadmisibles y rebajando los derechos a la igualdad y a la no discriminación en derechos de segundo orden e inoperantes al quedar desprovistos de protección judicial. Por ello, el artículo 2° inciso tercero debe ser **ELIMINADO** del proyecto y no solamente modificado.”.

enseguida, hizo uso de la palabra **el Presidente de la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), señor Andrés Rivera.**

Su exposición se basó en el siguiente texto:

“Quisiera comenzar por felicitar la inclusión de la categoría de identidad de género como categoría sospechosa de discriminación. Esto es vivido dentro de la comunidad Trans de nuestro país como un avance, pues somos a quienes no se nos reconoce ni respeta nuestra identidad.

Es por ello que también debemos decir que esta ley en su estado actual nos deja disconformes, creemos –y lo podemos decir en tanto que somos uno de los grupos más discriminados de esta sociedad– que esta ley no responde a las necesidades reales de las personas discriminadas y a la de las personas Trans en particular.

Es incluso increíble, pero la ley como está hoy en día no corresponde siquiera al mensaje entregado en el momento de su

ingreso al Parlamento. Y qué es el mensaje de una ley sino su espíritu, su objetivo, aquello a lo que apunta.

Siete años han pasado ya desde que comienza a debatirse la ley antidiscriminación, y si hacemos un análisis, podemos tristemente afirmar que esta ley ha sufrido un retroceso, un menoscabo.

El mensaje de la ley comienza hablando de la globalización, de cómo los estilos de vida se “acercan, se universalizan y se funden”; es más, agrega que el “Estado debe tener como finalidad la persona humana y el bien común” y presenta a los Derechos Humanos como “derechos fundamentales de todos los seres humanos entre los que se encuentra la no discriminación”.

El mensaje de la ley habla de la necesidad de profundizar nuestra modernización política. Incluso éste dice que “El Estado puede establecer diferenciaciones legítimas, en la medida que ellas se encaminen a promover y fortalecer el principio de no discriminación y la real igualdad de oportunidades de las personas”.

De este mensaje se desprende que los estándares internacionales en Derechos humanos y particularmente aquí en materia de no discriminación deben acercarse, fundirse, pues es la dignidad y el bien común el objetivo primero.

Sin embargo, cuando vemos las leyes antidiscriminación por ejemplo de la Comunidad Europea, observamos que estamos muy por debajo sus estándares, ya que durante este proceso y a menudo por falta de conocimiento, se dejan fuera ejes fundamentales de una ley antidiscriminación como lo son la noción de discriminación indirecta y la creación de acciones positivas.

Estas últimas –las acciones positivas- constaban dentro del mensaje e incluso dentro del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados.

Si el espíritu de la ley es su objetivo, podemos preguntarnos ¿cuál es el objetivo de la ley que ustedes Honorables Parlamentarios se aprontan a promulgar? ¿Estamos hablando acaso de la misma ley?

El problema que enfrentamos hoy no es menor, pues estamos hablando de la sustancia misma de una ley antidiscriminación.

Si una ley antidiscriminación no incluye reparación a la víctima, ni la inversión de la carga de la prueba, ni el concepto de discriminación indirecta y aún menos acciones positivas, cuál será el

beneficio de tener una ley específica antidiscriminación, sino más que el reconocimiento de que existen personas más susceptibles de ser discriminadas y que esto puede ser una agravante en caso de delito.

Nos encontramos frente a la posibilidad de tener una simple acción judicial decorada de algunas políticas públicas. Pero las políticas públicas simples, sabemos que pueden ser útiles, pero ¿son ellas suficientes? La respuesta es no.

Es por eso que la Comunidad Europea distingue las políticas públicas de las acciones afirmativas, pues las acciones afirmativas tienen una triple dimensión: Conocer y reconocer el origen y mecanismo de la discriminación, luchar contra ellas educando y previniendo, además permite hacer beneficios acotados a ciertos grupos históricamente discriminados. Pues la discriminación no puede resumirse a un simple acto de discriminación simple hacia una persona, es además toda aquella acción u omisión, voluntaria o no, que trae como resultado la discriminación a una persona o a un grupo de personas.

Esto es lo que llamamos discriminación indirecta, definida en el derecho comunitario como “cuando una disposición, un criterio, una práctica aparentemente neutra, es susceptible de generar un efecto desfavorable para una persona o grupo de personas en razón de un criterio prohibido por la ley”; en pocas palabras, poco importa si existe la intención de discriminar, lo que importa es que en el resultado hay una discriminación. Es en razón de esta discriminación indirecta que, por ejemplo, en Chile se legisló en favor las trabajadoras de casa particular igualando su estatuto jurídico al de los-as demás trabajadores-as y esa discriminación obedecía a una razón de género. A lo que apunta la discriminación indirecta es al sistema que produce la desigualdad, pues es en ella donde se reproducen este tipo de prácticas que impiden al derecho a la igualdad existir eficazmente.

La ley contra las discriminaciones es de hecho el camino que las democracias han encontrado para saldar el compromiso de igualdad, a menudo inscrito en las constituciones y la convención de derechos humanos. Pues en la realidad no nacemos iguales, sin embargo ningún destino biológico, familiar, socioeconómico o cultural debe ser pensado o vivido como un estigma.

De esta forma, una ley que incluye la discriminación indirecta como concepto, apunta a luchar contra la estigmatización de las categorías sospechosas a partir incluso de aquellas presentes en la misma legislación interna y a su inclusión progresiva en la sociedad. Pues qué es la discriminación sino un tratamiento desigual que se hace bajo un criterio ilegítimo que se piensa legítimo y que es incluso muchas veces legal.

Cuando se declara hace ya varios siglos que todos los hombres nacen libres e iguales y que esta premisa se instaure en las cartas magnas de las repúblicas democráticas como eje central, damos a la libertad y a la igualdad un valor supremo. Pero esto no resulta de por sí, es por ello que los estados demócratas debieron, luego de crueles hechos históricos, potenciar los derechos humanos y posteriormente crear las acciones afirmativas para compensar ciertas situaciones durante un tiempo.

Debemos saber que lo que queremos no es ni más ni menos derechos que los que corresponden a toda persona humana. Aspiramos a que el principio de igualdad de oportunidades sea respetado y protegido, a que nuestros derechos humanos sean efectivos y no queden durmiendo en una ratificación.

Las organizaciones aquí presentes y aquellas lamentablemente ausentes de este debate, demuestran que la sociedad civil se ha empoderado y que en este camino hemos tomado conciencia de nuestra situación dentro de la sociedad y de la discriminación como tratamiento sistémico, pero por sobre todo hemos tomado conciencia de no querer estar más en el lugar que se nos ha asignado. Sentimos que las representaciones que se han hecho de nosotros ya no corresponden a lo aceptable, nuestros parámetros han cambiado y esto gracias a que la globalización nos ha demostrado que vivir mejor, más dignamente y generar sociedades inclusivas es posible en otras partes del mundo. La pregunta es ¿por qué no en Chile? ¿tenemos acaso menos derecho a buscar nuestro bienestar, a exigir respeto y dignidad?

Creemos firmemente en que hay que:

Reformular el artículo 1°. El Propósito de la Ley: El propuesto por el Gobierno para el veto debe complementarse con la inclusión de discriminación indirecta y de las acciones afirmativas. Tal y como constaba en el proyecto que salió de la Cámara de Diputados.

Reformular el artículo 2°. Definición de discriminación arbitraria:

a) Eliminar la frase “Para los efectos de esta ley” pues da una fuerza limitada a la ley antidiscriminación.

b) Eliminar el inciso segundo: primero porque ninguna ley antidiscriminación puede considerar a las categorías que protege como sospechosas de evadir las responsabilidades penales en el caso de cometer un delito o un crimen. Por lo demás, la violación, la pedofilia y el incesto no son prerrogativas de ningún grupo en particular.

c) Eliminar el inciso tercero pues en este artículo los Principios de Igualdad y No Discriminación pasan a ser supeditados a los “otros” derechos fundamentales generando una idea de jerarquía dentro de la ley, lo que constitucionalmente no corresponde.

d) Incluir en el artículo 17 la agravante de identidad de género, pues no hay razón para dejar fuera de ella a las personas Trans, quienes, por lo demás, somos a menudo objeto de crímenes y delitos.

Honorables Senadores, Senadora, Diputados y Diputada: tienen una responsabilidad histórica frente a esta ley de antidiscriminación; hoy es el momento en que los derechos humanos toman una fuerza inusitada pero necesaria, ustedes tienen la responsabilidad en sus manos de justicia, pero también de vidas.

Nadie pretende hacer de ustedes, Honorables Parlamentarios, ni del Gobierno, un grupo sospechoso de racismo, sexismo, xenofobia, homofobia o transfobia. Por el contrario, si hoy estamos debatiendo es porque ninguno-a de nosotros-a-s declara serlo y sin embargo, miremos alrededor nuestro, cuántos mapuches, personas con capacidades diferentes o simplemente mujeres hay en el Congreso; incluso entre nuestras propias organizaciones, cuántas mujeres son las que nos representan.

Es el momento en que Chile debe declarar firmemente su posición frente a los derechos humanos, pues la ley antidiscriminación es precisamente la posibilidad de generar las condiciones de respeto y armonización de nuestro derecho con los tratados internacionales que hemos suscrito.

Cambiar el destino de algunos no soluciona efectivamente el problema de todos, pero al menos contribuye a cambiar la representación común. Una ley antidiscriminación que incluya en su fundamento tanto la discriminación indirecta, la reparación a las víctimas, como las acciones afirmativas, Honorables Parlamentarios, sirve a la sociedad en su conjunto para crear una representación positiva e inclusiva de lo que Chile quiere decir.

Hoy ustedes deciden si esta ley es una ley verdadera, efectiva, o sólo es una ley de buenas intenciones que no tendrá ni transcendencia ni efectividad. Nosotros, la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, los invitamos a marcar un camino imborrable de igualdad y justicia de todos y todas.”.

Finalmente, se escuchó al señor Dale Schowengerdt, abogado norteamericano invitado por la Organización

no Gubernamental de Investigación, Formación y Estudios de la Mujer (ISFEM).

El texto de su alocución fue el siguiente:

“Honorable señor Presidente y Honorables Senadores y Diputados y Honorables Senadoras y Diputadas, gracias por permitirme hablarles sobre el muy importante tema de las libertades religiosas, de creencias, de culto, de opinión, de información.

Mi nombre es Dale Schowengerdt. Soy un abogado de los Estados Unidos de América, trabajando para Alliance Defense Fund. Alliance Defense Fund es una organización legal sin fines de lucro que protege los derechos inalienables de conciencia, libre ejercicio religioso y libertad de expresión. Por los últimos nueve años he practicado exclusivamente en las áreas de políticas y Derecho Constitucional.

Mucho de nuestro ejercicio práctico como abogados se centra en los problemas que son causados por las leyes antidiscriminatorias que no protegen de manera convincente el ejercicio y la expresión religiosa. Me gustaría compartir con ustedes algunos ejemplos de nuestros casos legales. Estos ejemplos demostraran el peligro inherente e inevitable de las leyes antidiscriminatorias que protegen la orientación sexual pero que no protegen de manera completa la expresión y la libertad religiosa.

Primero, permítanme darles una visión general sobre el clima legal en los Estados Unidos de América en cuanto a las leyes antidiscriminatorias y las excepciones a las libertades religiosas. El Gobierno Federal de los Estados Unidos de América no ha promulgado una ley que prohíba la discriminación en base a orientación sexual o identidad de género. Sin embargo, 21 de los 50 Estados han decretado leyes que prohíben discriminación por orientación sexual. Dieciséis de estos Estados prohíben discriminación por identidad de género. Generalmente estas leyes prohíben discriminación en lugares públicos, que incluyen todos los bienes y servicios ofrecidos al público. Generalmente también prohíben discriminación en el empleo y la vivienda. Se ha incrementado la litigación judicial tras la promulgación de estas leyes debido al impacto que han tenido y están teniendo sobre la libertad de expresión y la libertad religiosa.

Algunos Estados, como Connecticut y Nueva York, han enmendado sus leyes antidiscriminatorias para agregar excepciones de orden religioso. Otros, como California, Nueva Jersey, Vermont y Nuevo México, tienen poca o ninguna excepción de ese tipo. Estados con poca o ninguna de esas excepciones de tipo religioso están teniendo una proliferación de casos en donde ciudadanos sufren persecución por no ofrecer servicios a parejas del mismo sexo invocando razones de libertad de conciencia. Sin embargo, las parejas del mismo sexo afirman que la ley

requiere que los bienes o servicios sean proveídos, sin importar la objeción de conciencia que hacen los proveedores, debiendo los mismos violar su conciencia. Argumentan que los intereses antidiscriminatorios son de mayor importancia que cualquier derecho de conciencia o libertad religiosa. La experiencia práctica en los juicios en que la cuestión ha sido planteada demuestra que sin excepciones que protejan la libertad de conciencia o libertad religiosa, las reclamaciones de las parejas del mismo sexo tienden a imponerse en tribunales. Desafortunadamente, entonces, esto está determinando que los objetores de conciencia por causa religiosa deban escoger entre violar su conciencia o cerrar su negocio.

Proveeré tres ejemplos de estos procesos litigiosos a continuación. He incluido un apéndice con docenas de ejemplos de nuestros casos. Estos casos generalmente caen dentro de tres categorías: 1) persecución de organizaciones religiosas e iglesias, incluyendo a miembros del clero; 2) persecución contra la empresa privada e individuos por el ejercicio de sus derechos de conciencia; 3) vulneración de los derechos de los padres para dirigir la educación de sus hijos.

Estos casos están concentrados mayormente en Estados que formalmente reconocen uniones entre parejas del mismo sexo, ya sea en la forma de matrimonio o unión civil. Por ejemplo, Vermont reconoce “matrimonios” y Nueva Jersey reconoce uniones civiles entre parejas del mismo sexo. Sin embargo, también han surgido casos en Estados que no reconocen formalmente las relaciones entre personas del mismo sexo, como Nuevo México o Kentucky.

Estos casos han comenzado a dominar el volumen de trabajo de mi firma. Tristemente, muchas personas han decidido dejar de hacer negocios en vez de enfrentar la larga y agónica batalla legal que estos casos implican. Les enfatizaré algunos de nuestros casos.

Nuevo México

Elaine Huguenin es una fotógrafa de Nuevo México y clienta de nuestra firma. Para la señora Huguenin y sus clientes la fotografía es un arte y ella es sumamente dedicada a su trabajo. En el 2006 una pareja del mismo sexo contrató a la señora Huguenin y le pidió que fotografiara su ceremonia de compromiso, requiriendo que ella participara de manera activa en la ceremonia y el uso de su arte para promover un mensaje con el que ella no está de acuerdo. Debido a sus creencias religiosas sobre la conducta homosexual y las relaciones del mismo sexo, ella no podía participar en la ceremonia sin afectar su conciencia. Ella cortésmente declinó la solicitud fundándose en sus creencias religiosas. Aunque la pareja pudo contratar fácilmente a otro fotógrafo, entablaron una queja con el Gobierno citando que ella los había discriminado en base a su orientación sexual, violando la ley antidiscriminatoria de Nuevo México. La ley de

antidiscriminación de Nuevo México es similar a la de Chile, pero no protege las creencias y las expresiones religiosas.

Desde 2006, Elaine y su esposo han sido arrastrados por un proceso legal. Después del juicio fueron encontrados culpables de discriminación y ordenados a pagar casi \$ 7.000 por la Comisión de Derechos Civiles de Nuevo México a la pareja del mismo sexo. Su caso actualmente se encuentra en apelación y desafortunadamente está muy lejos de llegar a su fin. Un artículo ha sido incluido en la memoria que adjunto a mi testimonio donde se detalla lo que ha vivido la señora Huguenin.

Vermont

Nosotros también representamos a una familia de Vermont que es dueña de una posada. Este es un negocio familiar. Los dueños, Jim y Mary O'Reilly y sus ocho hijos son una devota familia católica y la mayoría de los hijos trabajan en la posada. La posada tiene un restaurante y una sala de recepciones, que se arrienda para celebrar eventos. También ofrecen servicios de planificación de bodas.

En 2011, una pareja del mismo sexo contactó a la posada y pidió a los dueños que ayudaran a planear y ofrecer la recepción de la boda. Debido a las sinceras creencias religiosas sobre matrimonio y homosexualidad de los dueños, cortésmente se le dijo a la pareja que los dueños no podían planear y ofrecer el evento. Sin embargo, se les dio una lista de varias otras posadas en el área cuyos dueños no tenían creencias religiosas que les prevenían de ofrecer el evento. La pareja contactó una de esas posadas y fácilmente encontró un local que planeara y ofreciera la recepción.

Sin embargo, la pareja del mismo sexo demandó a la posada por discriminación bajo una ley muy similar a la de Chile, que no tenía protección a la libertad de expresión y a la religión. El Gobierno de Vermont se unió a la demanda contra la posada. Esa demanda aún está en proceso litigioso, siendo mi firma quien defiende a la familia. La posada está en riesgo de perder todo su negocio simplemente porque esta familia fielmente se adhiere a sus creencias religiosas. Esto se debe a que Vermont ha debilitado las protecciones a los derechos de conciencia y expresión religiosa.

New Jersey

En Nueva Jersey, Alliance Defense Fund representa a Ocean Grove Camp Meeting Association, una organización religiosa fundada en 1869. Como una herramienta para atender a la comunidad, la Asociación permite que se celebren bodas dentro de sus instalaciones. Aunque Nueva Jersey no reconoce los matrimonios del mismo

sexo, en 2007 una pareja del mismo sexo pidió el uso de una de las instalaciones de adoración de la Asociación –su Boardwalk Pavilion– para su ceremonia de compromiso. La Asociación declinó la petición porque ofrecer una ceremonia de unión civil en su lugar de adoración está en conflicto directo con las creencias religiosas de la Asociación. La pareja del mismo sexo presentó cargos de discriminación y un juez administrativo dictaminó que la Asociación violó la Ley Contra Discriminación de Nueva Jersey al no permitir que la pareja del mismo sexo utilizara sus instalaciones. Este caso ilustra los peligros graves que las leyes antidiscriminatorias presentan a la libertad religiosa, especialmente cuando estas leyes no tienen excepciones para individuos y organizaciones de fe.

Estas son las experiencias de solo tres de nuestros clientes dentro de sus batallas legales en las Cortes de los Estados Unidos de América. Existen docenas de otros ejemplos, como he consignado en la memoria que adjunto a mi testimonio. Por ejemplo, la Iglesia Católica ha sido forzada a cesar sus servicios de adopción en Illinois, Massachusetts y Washington D.C., debido a que las leyes antidiscriminatorias sin excepciones religiosas han requerido que la Iglesia dé niños en adopción a parejas del mismo sexo, en clara violación a las creencias religiosas de la Iglesia. En Michigan y Georgia consejeros religiosos han sido forzados a elegir entre dar consejos a parejas del mismo sexo o ser expulsados de su profesión. Hospitales Católicos han tenido que sopesar entre proveer cirugías de cambio de sexo o ser demandados por violación a las leyes antidiscriminatorias de California.

Los ejemplos son infinitos e inevitables cuando no se protegen de manera expresa las libertades religiosas dentro de leyes antidiscriminatorias como las de Chile. En consecuencia, creyentes religiosos se enfrentan a acciones legales, multas y años de batallas legales simplemente por ser fieles a sus creencias religiosas y a su conciencia. Lo que es más desafortunado de estos casos es que son completamente evitables. En efecto, la mayoría de organizaciones religiosas, negocios e individuos no tienen problema alguno en ofrecer bienes y servicios a las personas que se identifican como homosexuales. El problema surge cuando proveer estos servicios obliga a apoyar la conducta o relaciones homosexuales en violación de su fe, tal como los ejemplos que mencionamos. Cuando eso ocurre, siempre existen otros negocios u organizaciones que están dispuestos a proveer el servicio. Ese ha sido el caso de cada situación que hemos manejado en esta área. Las organizaciones y los individuos son demandados, aunque las parejas del mismo sexo hayan recibido el servicio que buscaban sin forzar a los demás a violar sus conciencias.

Por estas razones, una coalición diversa de Académicos de Derecho de los Estados Unidos de América se han agrupado para promover los valores fundamentales de la libertad religiosa que siempre

deben ser protegidos dentro de las leyes antidiscriminatorias.⁸⁵ Estos académicos vienen de instituciones muy prestigiosas y de ambos espectros de la vida política. Algunos apoyan el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo, algunos se oponen. Todos están de acuerdo que para que la libertad realmente prospere, la libertad religiosa debe ser protegida fervientemente. Nosotros nos unimos a sus recomendaciones en cuanto a que las leyes antidiscriminatorias deben eximir no solo a las iglesias y a las instituciones religiosas, sino también a la empresa privada y a los individuos que proveen bienes y servicios, empleo y decisiones de contratación, así como viviendas. Como el Académico de Derecho James Wood comentó, “El principio de la libertad religiosa puede afirmarse como el fundamento de las libertades civiles y el estado democrático.”⁸⁶

Esta es la razón por la cual este tema ha ganado tanta atención en los Estados Unidos de América en años recientes. No es exagerado decir que las jurisdicciones que han promulgado leyes antidiscriminatorias sin estricta protección a la libertad religiosa sacrifican las libertades que tan duramente han ganado.

Les animo a proteger estos muy preciados derechos de conciencia y libertad religiosa, para poder preservar las libertades que ustedes tan duramente han trabajado para ganar.”.

El abogado señor Schowengerdt acompañó un documento anexo sobre casos de afectación de la libertad religiosa y de expresión, del siguiente tenor:

“La siguiente es una muestra de algunos de los casos que han surgido en los Estados Unidos y en otros lugares cuando las leyes de “odio” y “no discriminación” no incluyen fuertes protecciones para la libertad religiosa y de expresión:

Negocios Privados e Individuos

Una pareja del mismo sexo de Illinois presentó una denuncia de discriminación contra dos establecimientos de hospedaje bajo el sistema denominado de “bed and breakfast” cuando los propietarios

⁸⁵ *Vid*, Carta del Honorable Dean G. Skeelos, Académico de Derecho <http://mirrorofjustice.blogs.com/files/ny-letter-5-2011-skelos-copy.pdf>; *Vid*, MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO Y LIBERTADES RELIGIOSAS: CONFLICTOS EMERGENTES, Douglas Laycock, Antony R. Picarello, Jr. y Robin Fretwell Wilson, eds. (Rowman & Littlefield 2008) (incluyendo contribuciones de personas que apoyan y se oponen a matrimonios del mismo sexo)

⁸⁶ James E. Wood, Jr., La Relación entre la Libertad Religiosa y la Libertad Civil y el Estado Democrático, 1998 BYU L. Rev. 479

de los mismos, por razones religiosas, se rehusaron a arrendar sus salones para que celebraran su ceremonia de unión civil.⁸⁷

Después de una investigación larga e intrusiva por autoridades de Hawaii, una pareja del mismo sexo demandó al establecimiento de hospedaje Aloha Bed & Breakfast por negarse a permitir que parejas del mismo sexo pasaran la noche juntos en el establecimiento que está localizado en la casa de los propietarios. La pareja los demandó, a pesar de que los propietarios los refirieron a mejores alojamientos a lo largo de la ruta que ellos estaban siguiendo.⁸⁸

La comisión de derechos humanos de la Municipalidad de Virginia ordenó que un negocio dedicado a la reproducción de videos copiara dos documentales que promueven el comportamiento homosexual, aunque el empresario se había opuesto a ello alegando que la producción del material violaría sus valores religiosos y éticos.⁸⁹

Agencias de adopción privadas, cuyos propietarios tienen convicciones religiosas contrarias a la promoción o entrega de niños a parejas del mismo sexo han sido demandadas.⁹⁰

Servicios de citas de parejas cuyos prestadores tienen convicciones religiosas que les impiden facilitar las relaciones del mismo sexo han sido obligados a ofrecer servicios a las parejas del mismo sexo.⁹¹

Un tribunal del Estado de Nuevo México decidió que un propietario de un negocio fotográfico incurrió en discriminación de orientación sexual cuando se negó por motivos religiosos a fotografiar la ceremonia de compromiso de una pareja del mismo sexo. La Corte ordenó a la empresa pagar más de \$ 6.000 dólares a la pareja del mismo sexo.⁹²

⁸⁷ Terry Hillig, *Men say Alton inn won't host their civil union ceremony*, Stltoday.com, Feb. 23, 2011, available at http://www.stltoday.com/news/local/metro/article_14f7eef0-3f7a-11e0-bb53-0017a4a78c22.html (last visited Feb. 11, 2012).

⁸⁸ *Cervelli v. Aloha Bed & Breakfast*, Civil No. 11-1-3103-12 ECN, Circuit Court of the First Circuit State of Hawai'i (Complaint filed Dec. 19, 2011).

⁸⁹ *Vincenz v. Bono Film and Video*, Case No. 05-066 PA, Arlington County Human Rights Commission Decision (Apr. 13, 2006).

⁹⁰ *Butler v. Adoption Media, LLC*, 486 F. Supp. 2d 1022, 1056-57 (N.D. Cal. 2007).

⁹¹

⁹² Jill Serjeant, *eHarmony sued in California for excluding gays*, Reuters, May 31, 2007, available at <http://www.reuters.com/article/idUSN3122132120070531?feedType=RSS&rpc=22> (last visited Feb. 11, 2012).

Elane Photography, LLC v. Willock, Case. No. CV-2008-06632, Memorandum Opinion and Order (N.M. Dist. Ct., Bernalillo County, Dec. 11, 2009). This decision is currently on appeal.

Una pareja del mismo sexo de Vermont presentó una denuncia de discriminación contra una pequeña posada, propiedad de una familia, cuando la posada (el Inn) declinó cortésmente una solicitud para ser anfitrión de la ceremonia de boda de la pareja debido a creencias religiosas del propietario sobre el matrimonio.⁹³

Un tribunal de California estableció que los médicos cuyas creencias religiosas les prohíben proporcionar un procedimiento de fertilidad optativo de una mujer soltera en una relación del mismo sexo violaron la ley Sexual-Orientation-Nondiscrimination (orientación-sexual-no discriminatoria) del Estado.⁹⁴

Entidades de Gobierno han declarado que los consejeros con licencia y asesoría de estudiantes incurren en discriminación por orientación sexual cuando sus convicciones religiosas les prohíben afirmar las conductas homosexuales en su asesoramiento. En efecto, las universidades públicas han descartado proporcionar orientación a estudiantes cuando sus creencias religiosas les prohíben proporcionar la orientación que afirma el comportamiento homosexual.⁹⁵

Una empresa de propiedad y operada por personas cristianas que fabrica camisetas está siendo demandada por negarse cortésmente a una solicitud para fabricar camisetas para un festival homosexual. Las expresiones en las camisetas violan las creencias religiosas de los propietarios y se verían obligados a expresar un mensaje con el cual no están de acuerdo.⁹⁶

Organizaciones Religiosas y Comunitarias

A refugios religiosos y otros establecimientos de caridad para desamparados se les ha prohibido funcionar de acuerdo con

⁷ *Lesbians target innkeeper over same-sex “wedding,”* WorldNetDaily, June 30, 2005, available at http://www.wnd.com/news/article.asp?ARTICLE_ID=45073 (last visited Feb 11, 2012).

⁸ *North Coast Women’s Care Med. Group, Inc. v. San Diego Cnty. Super. Ct.*, 189 P.3d 959 (Cal. 2008).

⁹ *Keeton v. Anderson-Wiley*, 664 F.3d 865 (11th Cir. 2011); *Appeals Court Rejects Christian Student’s Bid for Reversal of Her Expulsion*, The Ticker, December 19, 2011, available at http://chronicle.com/blogs/ticker/appeals-court-rejects-christian-students-bid-for-reversal-of-her-expulsion/39257?sid=at&utm_source=at&utm_medium=en; see also *Ward v. Polite*, ___ F.3d ___, 2012 WL 251939 (6th Cir. Jan. 27, 2012) (describing University’s expulsion of an honors graduate counseling student for seeking to refer a same-sex couple that wanted relationship advice).

⁹³

⁹⁴

⁹⁵

⁹⁶¹⁰ <http://www.adfmedia.org/News/PRDetail/5454>

sus creencias religiosas, como, por ejemplo, por prohibir que las parejas del mismo sexo compartan el mismo cuarto o cama.

Organizaciones de adopción de caridad católicas y protestantes en Massachusetts, Illinois, y Washington, D.C., han sido obligadas a cerrar porque no podían adherirse a cumplir con la ley dadas sus convicciones religiosas de no entregar niños a parejas del mismo sexo.⁹⁷

Hospitales católicos han sido obligados a proporcionar cirugías electivas relacionadas con el cambio de sexo, a pesar de que dichos procedimientos entran en conflicto con los preceptos religiosos de la organización.⁹⁸

Instituciones educativas religiosas y derechos
paternales

Un Tribunal de Nueva York estableció que una universidad privada, de carácter religioso, ya no puede prohibir, conforme a sus principios religiosos, a parejas del mismo sexo vivir juntas en los dormitorios de la Universidad debido a la promulgación de una ley de no discriminación por orientación sexual.⁹⁹

Estudiantes de California alegaron que una preparatoria privada, de carácter religioso, violó la ley del Estado de no discriminación por orientación sexual cuando ellos fueron expulsados por sostener una relación del mismo sexo.¹⁰⁰

Un tribunal del distrito de Columbia estableció que una ley de no discriminación de orientación sexual obliga a una universidad privada de carácter religioso a dar beneficios tangibles a una propuesta de

⁹⁷ *Boston Archdiocese Stops Adoption Work*, CBS News, February 11, 2009, available at <http://www.cbsnews.com/stories/2006/03/11/national/main1391621.shtml> Jonathan Petre, *Church pulls out of Catholic agencies over 'gay equality' adoption law*, Daily Mail, May 24, 2008, available at <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1021721/church-pulls-catholic-agencies-gay-equality-adoption-law.html> (last visited Feb. 11, 2012) (recounting how the Catholic Church severed its connection—and thus its funding—from three of its top adoption agencies, and noting the Church's statement that "its agencies cannot remain both Catholic and conform with the Sexual Orientation Regulations"); Julia Duin, *Catholics end D.C. foster-care program*, The Washington Times, February 18, 2010, available at <http://www.washingtontimes.com/news/2010/feb/18/dc-gay-marriage-law-archdiocese-end-foster-care/>.

⁹⁸ *Catholic hospital to allow transgender surgery after being sued*, Catholic News Agency, Mar. 4, 2008, available at http://www.catholicnewsagency.com/news/catholic_hospital_to_allow_transgender_surgery_after_being_sued/ (last visited Feb. 11, 2012).

⁹⁹ *Levin v. Yeshiva Univ.*, 754 N.E.2d 1099 (N.Y. 2001).

¹⁰⁰ *Doe v. California Lutheran High School Ass'n*, 88 Cal. Rptr. 3d 475 (Cal. Ct. App. 2009).

una organización estudiantil que participa en la promoción de la homosexualidad.¹⁰¹

Las escuelas públicas de Massachusetts comenzaron a enseñarles a estudiantes de primaria acerca de las relaciones del mismo sexo. Una pareja, Robb y Robin Wirthlin, se sorprendió cuando llegó su hijo de la escuela a casa y les contó que el profesor les había leído en clases una historia sobre dos príncipes que se enamoraron, se besaron y se casaron. El hijo de los Wirthlins está en segundo de primaria. Los Wirthlins se quejaron en la escuela y pidieron ser informados antes de que sus hijos estuvieran expuestos a material explícito. Pero la escuela defendió las acciones del profesor y se negó a aceptar notificarles a los padres de las futuras lecciones.¹⁰²

Activistas homosexuales también han promovido el desarrollo de los crímenes de odio y las leyes del lenguaje de odio alrededor del mundo para aplastar los puntos de vista opuestos. Obviamente todos los crímenes violentos son "crímenes de odio" y ya son castigados por la ley. Como el columnista Andrew Sullivan (quien se identifica como un homosexual) reconoció que "la verdadera razón de las leyes de crímenes de odio no es de defender a los seres humanos del crimen. Ya hay leyes contra eso y los asesinos de Matthew Shepard fueron correctamente procesados de acuerdo con la ley en un Estado que en ese tiempo no tenía leyes contra crímenes de odio."¹⁰³

Más bien, la verdadera razón de los llamados crímenes de odio y la legislación del lenguaje de odio es penalizar a los puntos de vista opuestos y de señalarlos como "fanáticos intolerantes". Estos son algunos ejemplos de esta técnica usada alrededor del mundo:

Estados Unidos de Norte América

El noveno circuito de Apelaciones de Estados Unidos dictaminó que la ciudad de Oakland, California, no violó los derechos de la primera enmienda de la Constitución (First Amendment to the U.S. Constitución) de dos empleados de la ciudad que fueron castigados por publicar un anuncio promoviendo la familia tradicional en respuesta a la formación de una asociación de "gays y lesbianas". De acuerdo a la ciudad,

¹⁰¹ Gay Rights Coal. of Georgetown Univ. Law Ctr. v. Georgetown Univ., 536 A.2d 1, 21-30 (D.C. 1987).

¹⁰² A video of the parents explaining their experience can be viewed at <http://www.protectmarriage.com/video/view/6>.

¹⁰³ Andrew Sullivan, *Intent vs. Motivation*, The Atlantic Daily Dish, May 13, 2009, available at <http://www.theatlantic.com/daily-dish/archive/2009/05/intent-vs-motivation/201965/>.

las palabras "familia tradicional, el matrimonio y la unión de un hombre y una mujer" constituyen lenguaje de "odio."¹⁰⁴

En 1998, la junta del Consejo de Supervisores de San Francisco denunció un anuncio en el San Francisco Chronicle, patrocinado por un Ministerio Nacional, que habló sobre la destructividad del comportamiento homosexual y la necesidad de Jesucristo para la sanación de las vidas de quienes practican este tipo de comportamiento. El Consejo aprobó dos resoluciones sosteniendo que el anuncio "valida la opresión de gays y lesbianas" y crea un clima que puede fomentar la violencia. El Ministerio llevó al Consejo al tribunal, pero el noveno circuito de Apelaciones de Estados Unidos dictaminó que el propósito y el efecto de las acciones de los supervisores era promover la igualdad y condenar los crímenes de odio, y no atacar o inhibir las creencias religiosas.¹⁰⁵

Canadá

El Parlamento Canadiense aprobó C-250 en abril de 2004. C-250 enmendó el Código Penal canadiense, que ya contaba con una provisión de "crímenes de odio", a incluir "lenguaje de odio."¹⁰⁶ Como resultado, los siguientes incidentes han ocurrido para silenciar a quienes no aprueban las conductas homosexuales:

En Saskatchewan, un hombre fue encontrado culpable de violar el código de derechos humanos de la provincia cuando colocó un anuncio de venta de calcomanías, en el periódico Star-Phoenix de Saskatchewan, citando las Escrituras de la Biblia representando a dos hombres de figura de palo tomados de la mano, con el símbolo universal de un círculo y una barra diagonal a través de ellos. La Comisión de Derechos Humanos de Saskatchewan dictaminó que las calcomanías "exponen a los miembros de la comunidad gay al odio y burla y es una afrenta a su dignidad debido a su orientación sexual". En última instancia esta sentencia fue revocada en la Corte.¹⁰⁷

En Alberta, un tribunal Canadiense de Derechos Humanos le ordenó a un pastor cristiano "que dejara de publicar en el futuro

¹⁰⁴ *Suit to Decide Workplace 'Hate Speech,'* The Washington Times, June 10, 2007, available at <http://washingtontimes.com/news/2007/jun/10/20070610-111445-6957r/>.

¹⁰⁵ Bob Egelko, *S.F. Reaction to Anti-Gay Ads Ruled OK: Resolutions Decried Hate Crimes, Court Says*, San Francisco Chronicle, January 17, 2002, available at <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article/comments/view?f=/c/a/2002/01/17/MN146638.DTL>.

¹⁰⁶ An Act to Amend the Criminal Code (hate propaganda), S.C. 2003, c. 21 (Can.) <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?pub=bill&doc=C-250&parl=37&ses=2&language=E>.

¹⁰⁷ Anne Kyle, *High Court Reverses Ruling on Biblical Scriptures*, The Leader-Post, September 16, 2005.

en los periódicos, por correo electrónico, en la radio, en los discursos públicos, o en internet" comentarios denigrantes acerca de la moralidad de la conducta homosexual.¹⁰⁸ Un tribunal superior revocó la sentencia del tribunal, que el demandando ha apelado.¹⁰⁹

El Sacerdote Alphonse de Valk está siendo investigado por la Comisión Canadiense de Derechos Humanos por participar en "discurso de odio" al defender las enseñanzas de la Iglesia Católica durante un debate de "matrimonio" de parejas del mismo sexo.¹¹⁰

Europa

En Suecia, el Pastor Ake Green fue condenado a seis meses de cárcel por participar en "lenguaje del odio" cuando fue a predicar un sermón sobre la posición bíblica sobre conducta homosexual. El Pastor Green fue procesado según la ley Sueca "de delitos de odio" por "ofender" a la "comunidad homosexual."

El fiscal declaró que: "Uno puede tener cualquier religión que uno desea, pero este es un ataque en todos los frentes contra los homosexuales. Recopilando ciertos pasajes de la Biblia sobre este tema como lo hace el Pastor, clasifica este discurso como un "discurso de odio".¹¹¹ Mientras que la condena del Pastor Green fue anulada por el Tribunal Supremo de Suecia, el fiscal superior amonestó al Pastor Green que "obtuviera una nueva Biblia" que no contuviera pasajes criticando las conductas homosexuales.¹¹²

En Inglaterra, Harry Hammond de 69 años fue condenado por una "ofensa de orden público" cuando mostró una cartulina que llevaba las palabras "Paren la Inmoralidad. Paren la Homosexualidad. Paren el Lesbianismo." Una multitud rodeó a Hammond, quien fue arrojado al suelo. Le arrojaron tierra y le vaciaron agua sobre su cabeza. Hammond fue arrestado y multado por mostrar una señal que "insultaba a los homosexuales". Fue multado por 300 euros y le ordenaron pagar 395 euros

¹⁰⁸ Pete Vere, *Canada Orders Pastor to Renounce His Faith*, Catholic Exchange, June 9, 2008, available at <http://catholicexchange.com/2008/06/09/112825/>.

¹⁰⁹ Stephen Boissin Back In Court Over Anti-Gay Letter, EXTRA!, April 12, 2010, available at <http://www.xtra.ca/blog/national/post/2010/04/12/Stephen-Boissin-back-in-court-over-anti-gay-letter.aspx>. ADF is funding Allied Attorney Gerald Chipeur, who argued the appeal on December 7, 2012.

¹¹⁰ Bob Unruh, *Priest Investigated for Quoting Bible*, WorldNetDaily.com, June 5, 2008, available at <http://worldnetdaily.com/index.php?fa=PAGE.view&pagelid=66247>.

¹¹¹ *Swedish Minister Jailed for 'Anti-Gay' Speech*, Catholic World News, July 6, 2004, available at <http://www.catholicculture.org/news/features/index.cfm?recnum=30655>.

¹¹² Personal observation of Benjamin Bull, Chief Counsel, Alliance Defense Fund, who worked on the case.

en multas legales. Ningún cargo se les impuso a los individuos que lo atacaron físicamente. Hammond falleció poco después.¹¹³

En España, los esfuerzos se están realizando actualmente para procesar penalmente a Monseñor Juan Antonio Reig Plà, de la Diócesis de Alcalá de Henares, por un sermón que predicó en la misa del Viernes Santo en el que dijo que la conducta homosexual era un pecado grave que debería evitarse.¹¹⁴

Nueva Zelanda

Dos videos cristianos que abordan el vínculo entre el SIDA y las conductas homosexuales fueron prohibidos por el Parlamento de Nueva Zelanda por promover el "lenguaje de odio."¹¹⁵

- - -

DEFINICIÓN DEL COMETIDO DE LA COMISIÓN MIXTA, DESCRIPCIÓN DE LAS NORMAS ABORDADAS POR ÉSTA Y ACUERDOS ADOPTADOS A SU RESPECTO

Al dar comienzo al trabajo de la Comisión Mixta, **su Presidente, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán**, hizo presente que, habida consideración de lo prolongado y complejo que ha sido el estudio de esta iniciativa, era pertinente reflexionar sobre la mejor forma de desarrollar esta última fase de su tramitación. En consecuencia, instó a analizar este punto, de manera de definir los criterios en base a los cuales la Comisión Mixta desarrollará su cometido.

Señaló, en primer término, que, reglamentariamente, las discrepancias producidas entre ambas Cámaras fueron solamente cuatro, de las cuales tres son de orden procesal y la cuarta

¹¹³ See *Being Heckled by Homosexuals Is a Crime in England: The Hammond Case*, Eric Rasmusen's Weblog, Nov. 17, 2005, <http://www.rasmusen.org/x/2005/11/17/being-heckled-by-homosexuals-is-a-crime-in-england-the-hammond-case/>; see also *Street preacher convicted by magistrates for displaying a sign saying homosexuality is immoral*, The Christian Institute, July 7, 2006, http://www.christian.org.uk/rel_liberties/cases/harry_hammond.htm.

¹¹⁴ Benjamin Bull, *The 'Hate Speech' Prosecution of Bishop Juan Antonio Reig Pla*, April 26, 2012, http://townhall.com/columnists/benjaminbull/2012/04/26/the_hate_speech_prosecution_bishop_juan_antonio_reig_pl%C3%A0

¹¹⁵ Patrick Goodenough, *Videos on Homosexuality: Free Speech or Hate Speech?*, CNSNews.com, March 12, 2003, <http://www.cnsnews.com/ViewForeignBureaus.asp?Page=/ForeignBureaus/archive/200303/FOR20030312a.html>.

constituye una modificación al Código Penal en materia de agravantes de responsabilidad penal. Hizo presente que, sin embargo, había otras normas que pese a no haber sido rechazadas por la Cámara de Diputados en tercer trámite constitucional, representaban diferencias de fondo que aún generaban la necesidad de ser discutidas.

Indicó que la Comisión Mixta podía realizar su labor zanjando directamente aquellas cuatro diferencias, o bien, entendiendo su labor con un criterio de mayor amplitud, extender su estudio a aquellas otras materias adicionales.

Agregó que, existiendo un razonable consenso sobre el particular, bien cabe entender que las Comisiones Mixtas pueden abocarse a revisar distintos aspectos del respectivo proyecto, cuando se trata de materias que suscitan debate, pese a no constituir propiamente discrepancias entre ambas Cámaras.

Por otra parte, informó que diversas personas y agrupaciones han solicitado intervenir en esta etapa de la tramitación de la iniciativa en estudio y que también sería conveniente escuchar a expertos que puedan colaborar en la adopción de las soluciones que habrán de proponerse en relación a los distintos puntos en debate.

El Honorable Diputado señor Cardemil manifestó que la tramitación de este proyecto de ley ha sido extensa y compleja, aun cuando, con el tiempo, se ha ido formando algún consenso respecto a su contenido.

Indicó que a la Comisión Mixta le compete proponer soluciones para los temas que motivaron su creación y que, posteriormente, podría conocerse y despacharse el veto anunciado por el Gobierno ante la Cámara de Diputados. Por lo anterior, expresó que no correspondería revisar aspectos distintos de aquellos que originaron tales divergencias.

La Honorable Senadora señora Alvear discrepó del criterio de la Cámara de Diputados durante el tercer trámite constitucional, al informarse por parte del Ejecutivo que habría disposición del Gobierno para enviar, en su oportunidad, un veto en relación a determinados aspectos del proyecto.

Señaló que, a su juicio, el hecho de no pronunciarse sobre materias conflictivas y reservar la solución de las mismas al veto presidencial, habría implicado la idea de renunciar a la facultad de legislar, que es propia del Parlamento. Puso de manifiesto la necesidad de resolver los aspectos discutibles del proyecto en estudio en el seno del Poder

Legislativo, indicando que, además de dichas materias, habría preceptos que presentarían errores que deben repararse.

Destacó, en este sentido, la importancia de despachar una buena ley y propuso, en consecuencia, escuchar a las entidades que tienen interés en opinar y, posteriormente, realizar el debate en el seno de la Comisión Mixta y despachar el proyecto.

La Honorable Diputada señora Saa consideró esencial que el texto que se despache sea impecable desde el punto de vista legislativo y constitucional, razón por la cual sugirió orientar los esfuerzos hacia ese fin. Teniendo en vista dicho objetivo, consideró del todo necesario reabrir el debate en relación a distintas materias y no circunscribirlo solamente a aquellas que motivaron divergencias.

El Honorable Diputado señor Arenas declaró que la tarea de la Comisión Mixta consiste en resolver las discrepancias producidas entre ambas Cámaras, agregando que para extender el debate a puntos que no ocasionaron diferencias, se requeriría de un acuerdo unánime, el que –opinó- sería difícil de alcanzar.

El Honorable Diputado señor Cornejo indicó que es entendible que tras el contenido del proyecto puedan subyacer algunos temores. Consideró indispensable escuchar la opinión de expertos, pues incluso hay algunos preceptos que presentarían errores de carácter jurídico que deben ser subsanados. Advirtió que, de lo contrario, se estaría aprobando una ley defectuosa.

El Honorable Diputado señor Eluchans expresó que, en tercer trámite, la Cámara de Diputados en ningún caso renunció a sus atribuciones para legislar y que, por el contrario, se dedicó a debatir largamente las normas propuestas por el Senado, para, luego, realizar las votaciones pertinentes.

Agregó que la Comisión Mixta no podría pretender reemplazar aquello que ya fue aprobado por la Cámara de Diputados en dicho trámite constitucional y que distinto es que haya disposiciones jurídicas defectuosas, las que naturalmente deben ser arreglarse en la Comisión Mixta.

El Honorable Senador Walker, don Patricio, consideró importante abrir la posibilidad de llegar a acuerdos en el seno del Parlamento, sin necesidad de esperar un veto presidencial. Hizo presente que ha habido experiencias legislativas -como la de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional-, en que durante el trámite de Comisión Mixta se incorporaron materias totalmente distintas de aquellas comprendidas por las discrepancias suscitadas entre ambas Cámaras.

El Honorable Senador Larraín, don Carlos, expresó que el ámbito de trabajo de la Comisión Mixta ya está definido y que, por otra parte, los interesados en entregar sus opiniones ya han sido escuchados. Agregó que, en todo caso, el veto es parte de todo proceso legislativo y que así debe ser entendido también en este caso.

Precisó que reabrir el debate acerca de normas distintas de aquellas que provocaron divergencias no es reglamentaria ni legalmente procedente y que el Tribunal Constitucional podría hacer reparos respecto a este punto.

El Honorable Senador señor Espina sostuvo que, en términos generales, el proyecto en discusión constituye una buena iniciativa.

Respecto a los cuatro puntos ya mencionados, señaló que ellos pueden solucionarse mediante acuerdos de la Comisión Mixta, o bien, a través de un veto del Ejecutivo.

Sostuvo que, además, es dable que la Comisión Mixta incorpore nuevas disposiciones al debate y al texto que se despache, siempre que éstas se refieran a materias que digan relación con las diferencias producidas entre ambas Cámaras y que contribuyan a resolverlas.

En todo caso, consideró más apropiado que las soluciones a que se llegue sean adoptadas por la Comisión Mixta mediante acuerdos, antes que a través de un veto del Ejecutivo.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, expresó que era conveniente tener presente los criterios que desde hace muchos años se vienen aplicando en materia de definición de la competencia que corresponde a las Comisiones Mixtas para cumplir su cometido.

Recordó que tales criterios fueron propuestos en su momento por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y que invariablemente han sido observados por las Comisiones Mixtas.

En virtud de ellos, dijo, naturalmente las Comisiones Mixtas tienen competencia para resolver las discrepancias específicas que se hayan producido entre ambas Cámaras durante la tramitación de un proyecto de ley. Sin embargo, también se les reconoce competencia para debatir y modificar otras normas del proyecto que no hayan motivado divergencias cuando ello sea conducente para resolver

dichas diferencias y la materia envuelta en tales normas diga relación con las ideas matrices de la iniciativa.

En esta situación, dijo, la Comisiones Mixtas estarían facultadas para pronunciarse sobre puntos distintos de aquellos que causaron diferencias, siempre que en su seno así se acuerde.

Hizo notar que, en este caso, el Ejecutivo ha presentado proposiciones en relación tanto a las discrepancias producidas como a otros aspectos del proyecto, añadiendo que la Comisión Mixta podría trabajar sobre la base de las mismas. Manifestó que si se abre un espacio de debate, éste podría abarcar todos estos aspectos y que si así se acuerda, también cabría escuchar a especialistas y a otros interesados en opinar.

Finalmente, concordó con la conveniencia de no reservar materias para el veto presidencial y de resolverlas en el seno de la Comisión Mixta, la que debería abordar tanto los temas ya señalados como otras imperfecciones técnicas que puedan existir.

El Ministro Secretario General de Gobierno, señor Chadwick, expresó que durante el debate de la Sala de la Cámara de Diputados en tercer trámite constitucional, el Ejecutivo hizo presente su voluntad de enviar un veto sobre ciertos asuntos específicos, de acuerdo al resultado que se obtuviera en las votaciones que debían llevarse a cabo en aquella oportunidad.

Agregó que, producidas dichas votaciones y fijadas las materias que se abordarían en la Comisión Mixta, el Ejecutivo había elaborado algunas proposiciones destinadas a facilitar el trabajo de ésta, las que ya le habían sido entregadas. Siguiendo el orden del articulado del proyecto, explicó que tales propuestas se relacionan fundamentalmente con los siguientes aspectos:

En cuanto al artículo 1°, el Ejecutivo sugiere agregar un inciso segundo que establece que los órganos de la Administración del Estado elaborarán e implementarán políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Señaló que este inciso segundo apunta a que el Estado pueda desarrollar políticas públicas de prevención y garantía del ejercicio legítimo de los referidos derechos y libertades y evitar, de esa forma, discriminaciones de carácter arbitrario.

En cuanto al artículo 2°, señaló que se propone eliminar, en su inciso segundo, un ejemplo que fue considerado injusto y

ofensivo, pues de algún modo parece vincular la comisión de ciertos delitos con la orientación sexual del autor. Señaló que ello es erróneo pues la comisión de un ilícito no está determinada por la orientación sexual de la persona, sino que por un acto propio de su voluntad.

Agregó que se sugiere, además, eliminar la expresión “siempre” en el inciso tercero del artículo 2°, pues ella podría ser interpretada jurisprudencialmente como una presunción legal e, incluso, como una presunción de Derecho.

Explicó que también se apoya una modificación al numeral 21° del artículo 17 del Código Penal, de manera de reflejar en la nueva circunstancia agravante de responsabilidad penal que se establece, las categorías comprendidas en el artículo 2°.

Finalmente, sostuvo que no sería la voluntad del Ejecutivo enviar el referido veto pues lo que realmente interesa es que el proyecto se perfeccione.

La Honorable Diputada señora Saa exhortó a dejar de lado la excesiva rigidez en este caso, de manera de poder ir al fondo del asunto en estudio.

Señaló que, dada la complejidad y la relevancia de la iniciativa, ésta no admite visiones partidarias, sino que más bien dice relación con posiciones personales y valóricas muy profundas.

Hizo notar, por ejemplo, que el inciso tercero del artículo 2° podría ser considerado abiertamente inconstitucional, ya que jerarquiza los derechos fundamentales. Reiteró, por ello, la necesidad de debatir estos importantes puntos, de manera de mejorar el proyecto de ley en discusión.

El Honorable Diputado señor Cardemil manifestó su disposición para votar las propuestas del Ejecutivo si éstas se traducen en indicaciones, mas no para reabrir el debate en relación a otros puntos del proyecto.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, puntualizó que no se incurriría en un acto contrario a la Constitución si para alcanzar un acuerdo que favorezca la solución de las discrepancias suscitadas, se incorporan en el debate otras materias que no fueron directamente parte de tales divergencias. Instó a que, aparte de las cuatro diferencias específicas que se han producido, la Comisión Mixta se pronuncie sobre los puntos a que se ha referido el señor Ministro Secretario General de Gobierno, advirtiendo, además, que en ningún caso se trata de reabrir el debate sobre cualquier otra disposición.

Connotó, además, que, para proceder de este modo, se requiere un acuerdo de la mayoría de los miembros de la Comisión Mixta y no necesariamente de la unanimidad. Por otra parte, señaló que durante el trámite de Comisión Mixta, reglamentariamente no procede recibir indicaciones, sino que es suficiente que se presenten las respectivas proposiciones, correspondiendo que –tal como ocurre en este caso- en aquellas materias que son de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, el Ejecutivo les dé su respaldo.

La Honorable Senadora señora Alvear hizo presente que al llevarse a cabo el trabajo de las Comisiones Mixtas, constantemente se escucha a profesores y a expertos, de manera de poder llegar a soluciones jurídicas adecuadas frente a las diferencias que se producen. Por lo anterior, opinó que en este caso no cabe cerrar los caminos si se trata de lograr una buena ley, lo que justamente constituye el resultado esperable del trabajo legislativo.

El Honorable Senador señor Espina compartió la idea de recibir a invitados y a especialistas en esta instancia y de abrirse a discutir los diferentes puntos que se han mencionado.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, puso de manifiesto que el procedimiento seguido al estudiarse la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional fue validado por el Tribunal Constitucional, el que no objetó que durante el trámite de Comisión Mixta se incorporaran materias que no formaban parte de las discrepancias suscitadas entre ambas Cámaras.

Sugirió, en definitiva, escuchar, en una próxima sesión tanto a los interesados en entregar su opinión como a algunos especialistas y, luego, realizar el debate al interior de la Comisión Mixta y adoptar los acuerdos pertinentes.

Posteriormente, **el Honorable Diputado señor Eluchans** manifestó que si bien en un principio se oponía a ampliar el cometido de la Comisión Mixta a puntos diferentes de aquellos que causaban discrepancias, estaría disponible para analizarlos, si se estimaba necesario.

Finalmente, **el Honorable Diputado señor Arenas** se sumó a este parecer.

El Honorable Diputado señor Cardemil sintetizó las distintas materias que deberán estudiarse, señalando que habría que analizar primeramente las discrepancias; luego, revisar las proposiciones del Ejecutivo recaídas en otros puntos con el ánimo de verificar si pueden ser

acogidas por la Comisión Mixta y, finalmente, examinar otros temas, si es que se produce acuerdo en torno a este propósito.

Recapitulando este debate, para los efectos de llevar a cabo la discusión, **el Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán**, propuso abordar tanto aquellos puntos que representan discrepancias propiamente tales entre ambas Cámaras como aquellos otros en relación a los cuales el Ejecutivo tiene propuestas para la Comisión Mixta. Una vez terminado este debate, sugirió pronunciarse acerca de la posibilidad de discutir otras materias.

Hubo acuerdo entre de **los miembros de la Comisión Mixta** en cuanto a seguir este criterio.

En consecuencia, en la sesión siguiente se recibió a los invitados de que se ha dado cuenta precedentemente y, luego, se dio lugar al debate.

En mérito de los criterios antes acordados y siguiendo el orden del articulado del proyecto, **la Comisión Mixta** procedió, a continuación, a analizar las siguientes materias:

Artículo 1°

En primer trámite constitucional, **la Cámara de Diputados** aprobó como tal el siguiente:

“Artículo 1°.- Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar toda discriminación arbitraria que se ejerza contra cualquier persona que suprima o menoscabe los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales en que Chile sea parte.”.

En segundo trámite, **el Senado** reemplazó este precepto por el que sigue:

“Artículo 1°.- Propósito de la ley. Esta 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.”.

En tercer trámite constitucional, **la Cámara de Diputados** aprobó dicha sustitución.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo presente la voluntad del Ejecutivo en orden a incorporar al texto que fuera despachado por el Senado y

aprobado, luego, por la Cámara de Diputados, un inciso segundo, nuevo, del siguiente tenor:

“Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Analizando dicho texto, recordó lo mencionado en esta materia por el profesor señor Precht, quien señaló que no todos los órganos de la Administración del Estado tienen como propósito elaborar políticas, pues hay algunos que sólo las aplican y ejecutan, por lo que habría que ajustar la redacción del precepto, señalando que cada uno de estos órganos actuará dentro del ámbito de su competencia.

El Ministro Secretario General de Gobierno, señor Chadwick, reiteró que, efectivamente, el Ejecutivo daba su apoyo a la incorporación del inciso antes transcrito, el cual consagra una idea que formaba parte tanto del texto primitivo de la iniciativa como de aquél aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados, en el inciso primero de su artículo 2°.

La Honorable Senadora señora Alvear manifestó estar de acuerdo con la propuesta del Ejecutivo, agregando, sin embargo, que debería añadirse la función de prevenir la discriminación como otra idea central dentro de este inciso.

La Honorable Diputada señora Saa concordó con la propuesta anterior, señalando que también sería conveniente incluir a dicho precepto la tarea de “reparar”.

El Honorable Diputado señor Cardemil expresó que aprobaría la propuesta del Ejecutivo tal como está planteada, pues incorporar otros verbos rectores significaría abrir el alcance de la norma, de lo cual discrepó. Agregó que exigir a los órganos de la Administración del Estado labores vinculadas a la prevención y la reparación iría más allá de lo que el Ejecutivo ha propuesto.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador Larraín, don Hernán, precisó que la Constitución Política ya contempla, en su artículo 38, una regla sobre las responsabilidades que competen al Estado, por lo que resultaría innecesario agregarla en esta disposición.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, coincidió con la idea de incorporar la precisión propuesta por el profesor Precht.

El Honorable Senador Larraín, don Carlos, estimó muy pertinente lo planteado por el profesor Precht.

En cuanto a la redacción de la norma en estudio, prefirió emplear el verbo “aplicar” antes que “implementar”.

Enseguida, consideró que habrá autoridades que, por razones de convicción personal, se nieguen a aplicar las políticas mencionadas en el texto propuesto por el Ejecutivo, razón por la cual bien podría introducirse una protección para dichos funcionarios públicos.

El Honorable Diputado señor Eluchans manifestó que la forma verbal “implementar” está aceptada por la Real Academia de la Lengua, de manera que existe en nuestro idioma y parece más amplia que “aplicar”. Coincidió con la conveniencia de agregar a la propuesta del Ejecutivo la expresión “dentro del ámbito de su competencia”.

El Honorable Senador Larraín, don Carlos, precisó que la forma verbal “aplicar” tiene la ventaja de no permitir ambigüedades y de ajustarse fielmente al espíritu de la ley.

La Honorable Diputada señora Saa expresó que el objetivo fundamental de este proyecto de ley está señalado en el texto que se aprobara en primer trámite constitucional, que consiste en que las disposiciones de esta ley tendrán por objeto prevenir y eliminar toda discriminación arbitraria. Sugirió al Ejecutivo reordenar las tareas que se contemplan en este artículo 1°, de manera que se establezcan las que ya se han mencionado y luego se incluyan las de elaborar e implementar políticas en lo concerniente a la prevención y la reparación.

El Honorable Diputado señor Arenas precisó que también debería incorporarse la objeción de conciencia, debido a la amplitud del inciso propuesto por el Ejecutivo. Agregó que, tal como lo señalara el profesor Svensson, una cosa es la tolerancia y otra es la aceptación. Hizo notar que en el inciso en discusión se propone aceptar las políticas públicas sin dar espacio a la objeción de conciencia.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, sostuvo que la incorporación de la cláusula de objeción de conciencia constituye una modificación muy compleja, porque supone introducir un principio de alcance universal que merece un debate mayor e incluso, muy probablemente, una reforma constitucional.

Indicó que el inciso propuesto sólo obligará a que los funcionarios públicos promuevan y garanticen políticas destinadas a evitar la discriminación de acuerdo a lo que dispone la Constitución Política y las leyes, de manera que no se está pidiendo a dichos funcionarios nada diferente a lo que ya están obligados.

Precisó, además, que desde el momento en que una autoridad busca garantizar el ejercicio de los derechos establecidos por la Constitución y las leyes en el ámbito de la no discriminación, está asegurando que no habrá perturbación o amenaza a los mismos, por lo que sería innecesario agregar lo que ha sugerido la Honorable Senadora señora Alvear.

Señaló que podría aprobarse una redacción que tome como base la propuesta del Ejecutivo y se le agregue tanto la expresión “dentro de su competencia” como la forma verbal “promover”.

El Honorable Senador señor Espina señaló que el tema de la reparación no dice relación con lo consagrado por el precepto en discusión. Explicó que la reparación surge de la infracción de una norma civil, penal o administrativa y que ya está regulada íntegramente por nuestro ordenamiento jurídico, el cual también será aplicable a las situaciones que deriven de la aplicación de esta ley. Por ello, consideró innecesario incluir esta materia en el proyecto en estudio.

La Honorable Senadora señora Alvear agregó que prefiere contemplar el término “prevenir” en lugar de “promover”.

El Ministro señor Chadwick señaló que el texto podría quedar de la siguiente manera: “Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a prevenir y garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”. Agregó que con la función de la prevención, se generarían acciones destinadas a evitar conductas discriminatorias.

El Honorable Senador señor Espina manifestó que la propuesta del Ejecutivo dada a conocer al iniciar este debate es la más acertada, pues cuando se utiliza el verbo “garantizar” se comprende la labor preventiva. Agregó que “garantizar” significa asegurarle a una persona que existirán normas que la protegerán frente a las discriminaciones arbitrarias.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, connotó que la forma verbal “garantizar” es la más amplia, pues comprende los derechos ya contemplados por la Constitución y los adicionales que se crean en este proyecto de ley.

La Honorable Diputada señora Saa señaló que prefiere utilizar el verbo “promover” y no “prevenir”, ya que el primero da cuenta de una mayor proactividad.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, propuso poner en votación, en primer término, el texto propuesto por el Ejecutivo, que utiliza solamente la forma verbal “garantizar”, agregándole la expresión “dentro del ámbito de su competencia”.

Puesta en votación dicha proposición, fue aprobada por 9 votos a favor y 1 en contra. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y Honorables Diputados señora Saa y señores Cardemil, Cornejo y Eluchans. Votó en contra el Honorable Diputado señor Arenas.

A continuación, **el Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** propuso votar la idea de agregar otro verbo rector al texto recién aprobado, diferente de “garantizar”.

Puesta en votación esta proposición, no hubo mayoría suficiente para acogerla. En las respectivas votaciones se produjo un empate de 5 votos a favor y 5 en contra. Votaron a favor los Honorables Senadores señora Alvear y señores Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señora Saa y señor Cornejo. Votaron en contra los Honorables Senadores señores Espina y Larraín, don Carlos, y los Honorables Diputados señores Arenas, Cardemil y Eluchans.

A instancias **del señor Presidente de la Comisión Mixta y del Honorable Senador señor Espina,** se dejó constancia de que la razón para no añadir otro verbo rector a esta disposición es que la forma verbal “garantizar” es suficientemente amplia y comprensiva y da un sentido proactivo y positivo a las políticas de que trata esta norma, sin limitar su alcance. Además, tiene la virtud de ratificar la noción de que la Constitución Política asegura a todas las personas los derechos constitucionales que ella misma consagra.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, agregó que el verbo “garantizar” reafirma la noción de que las garantías aseguradas por la Carta Fundamental son derechos preexistentes.

La honorable Diputada señora Saa dejó constancia de que, sin embargo, a su juicio, el verbo “garantizar” no incluye el significado de la expresión “promover”, la cual, dijo, dice relación con la idea de acción.

Se dejó constancia, finalmente, de que el inciso segundo recién aprobado tiene carácter de norma orgánica constitucional pues modifica los criterios establecidos por la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto a las tareas que competen a los órganos de la Administración en materia de elaboración e implementación de políticas, y particularmente a los Ministerios en materia de las políticas aplicables a los sectores a su cargo, materia a que se refiere el inciso segundo de su artículo 22.

Artículo 2°

En primer trámite constitucional, **la Cámara de Diputados** aprobó, como artículo 3°, el que sigue:

“Artículo 3°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación arbitraria toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria fundada en cuestiones de raza, xenofobia, religión o creencias, origen nacional, cultural o socio económico, la verdadera o supuesta pertenencia o no pertenencia a una etnia o raza determinada, en una enfermedad o discapacidad, apariencia, lugar de residencia, por el género u orientación sexual, descendencia, edad, opinión política o cualquiera otra condición social o individual y cuyo fin o efecto sea la abolición o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos esenciales a toda persona humana, en los términos establecidos en la Constitución Política de la República, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

En segundo trámite constitucional, este precepto pasó a ser artículo 2°, reemplazado por **el Senado** por el siguiente:

“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, la identidad de género, 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.”.

En tercer trámite constitucional, **la Cámara de Diputados** acogió este reemplazo.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador Larraín, don Hernán, expresó que correspondía analizar particularmente los incisos segundo y tercero de esta disposición, agregando que el Ejecutivo sugería eliminar, en el primero de éstos, su segunda oración, y en el siguiente, el término “siempre”.

Ofreció la palabra en relación a estas propuestas.

En relación a la eliminación de la segunda oración del inciso segundo, hubo unanimidad para suprimirla, por estimársela innecesaria. Votó en este sentido la totalidad de los miembros de la Comisión Mixta.

Luego, en cuanto al inciso tercero, **la Honorable Diputada señora Saa** manifestó que la eliminación de la palabra “siempre” no alterará la jerarquización de los derechos fundamentales que este inciso viene a consagrar. Añadió que dicha jerarquización es inconstitucional por las distintas razones que se han expuesto en las exposiciones ya escuchadas y propuso, en definitiva, la eliminación del inciso completo y no sólo de la palabra “siempre”.

Desde ya, dejó expresa constancia de los reparos de constitucionalidad que este precepto le motiva.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, manifestó que suscribía las argumentaciones esgrimidas por varios de los exponentes antes escuchados, en cuanto a que es la Constitución Política la que jerarquiza los derechos y que, en este sentido, por ejemplo, no podría compararse el derecho a la vida con la libertad de imprenta pues evidentemente algunos de estos derechos están vinculados más íntimamente a la naturaleza del ser humano.

Señaló que lo que se está ratificando al utilizar el término “siempre” en la norma en estudio es simplemente que las nociones que se introducen a través de este proyecto de ley están subordinadas al ordenamiento constitucional en materia de derechos fundamentales.

Precisó que la disposición en análisis no importa una presunción de derecho, ya que las pretensiones de cualquier persona que accione bajo lo prescrito por esta ley tendrán que ser probadas y demostradas, correspondiendo que el juez, a su vez, proceda según el criterio que este cuerpo normativo está señalando pero fundamentalmente según el ordenamiento constitucional.

El Honorable Senador señor Espina manifestó que es necesario eliminar la expresión “siempre” pues resulta innecesaria y da lugar a que se estime que constituye una presunción de derecho, lo que no corresponde.

Expresó que no comparte el criterio de que en esta norma habría una prevalencia permanente de un derecho por sobre otro, porque precisamente ella señala que la discriminación debe encontrarse justificada en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental y la justificación antes mencionada debe ser probada.

Discrepó, en este sentido, de los argumentos del profesor señor Tapia.

En relación al tema de la constitucionalidad **el Ministro señor Chadwick** manifestó que el inciso en estudio viene a reafirmar las garantías constitucionales. Explicó que en el artículo segundo, inciso primero, se ha definido la discriminación arbitraria y que, luego, el inciso tercero señala que esa definición tiene que respetar siempre los derechos fundamentales consagrados por nuestra Constitución. Por ello, esta disposición constituye una reafirmación absoluta de la jerarquía de las normas constitucionales y no dice relación con la preeminencia de uno u otro derecho.

La Honorable Diputada señora Saa indicó que si la Constitución es bien interpretada, no se necesita este inciso pues los jueces decidirán si se produce o no colisión de derechos.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, precisó que sería innecesaria la utilización del vocablo “siempre” porque la expresión “se considerarán”, utilizada en el mismo inciso, tiene una connotación imperativa.

Agregó que es el juez quien deberá interpretar, agregando que, según su parecer, el inciso en cuestión no establece una presunción de derecho.

El Honorable Diputado señor Eluchans expresó que jamás podría entenderse la expresión “siempre” como una presunción de derecho. A pesar de lo anterior, estuvo dispuesto a eliminarla del inciso en estudio. Indicó que esta disposición existe porque tiene el propósito reafirmar ciertos conceptos ya existentes.

El Honorable Diputado Señor Arenas manifestó que en el proyecto de ley en estudio ya se establecen algunos desequilibrios en relación a ciertos preceptos constitucionales al dejar al juez la labor de establecer qué es el ejercicio legítimo de un derecho constitucional. Por lo tanto, consideró importante mantener la expresión “siempre”.

El Honorable Diputado señor Cornejo no encontró sentido a que la justificación razonable de una discriminación consista en ejercer un derecho que la Constitución garantiza a todos. Opinó que bastaría con señalar que quien ejerce un derecho constitucional puede hacerlo sin que se considere que ese ejercicio sea justificado razonablemente y, luego, tendrá que hacerse cargo de las responsabilidades derivadas de lo anterior.

Sostuvo que prefería suprimir el inciso tercero completo, o, en su defecto, eliminar la idea de la justificación razonable, porque todas las personas pueden ejercer los derechos garantizados por la Constitución.

El Honorable Diputado señor Cardemil indicó que si se establece una distinción o exclusión fundada en el ejercicio legítimo de otro derecho constitucional, dicha distinción será siempre razonable aunque el texto legal no lo diga expresamente. Agregó que si ese es el sentido que se quiere dar a la norma, votará a favor de eliminar la palabra “siempre”.

Respondiendo a algunas dudas de la Honorable Diputada señora Saa en cuanto a las razones que habrían justificado la incorporación de esta disposición, **el Ministro señor Chadwick** expresó que ella surgió con la finalidad de orientar la interpretación judicial del artículo 19, número 2°, de la Constitución Política, que establece el principio de igualdad ante la ley.

Señaló que podría decirse que este precepto constitucional es suficiente y que no se necesitaría de otro cuerpo legal para comprenderlo y aplicarlo; sin embargo, el estudio de la jurisprudencia ha mostrado que es necesaria una ley que oriente al juez para los efectos de determinar lo que debe entenderse por discriminación arbitraria. Agregó que justamente la norma en estudio pretende orientar al juez cuando deba interpretar el principio de igualdad ante la ley.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, señaló que lo indicado por el señor Ministro corresponde al sentido que tiene el proyecto de ley en discusión. Agregó que muchos han señalado que éste no sería necesario por la preexistencia del artículo 19, número 2° de la Carta Fundamental y del recurso de protección; sin embargo, la experiencia práctica ha acreditado que no ha bastado lo anterior.

Añadió que lo que más costó definir fue cómo precisar el concepto de discriminación arbitraria y que, con motivo de aquel estudio, surgió la noción de “justificación razonable”, que equipara en términos positivos la idea de la “diferenciación arbitraria”. En consecuencia, si se hace el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, no se está incurriendo en una discriminación arbitraria. Sostuvo que, en todo caso, la expresión “siempre” puede ser confusa e inconveniente, pues puede transmitir una señal equívoca. Por eso, estimó necesario mantener este inciso tercero, excluyendo, sin embargo, la palabra “siempre”.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, destacó que la lógica de esta iniciativa es profundizar la definición de los derechos fundamentales y de la protección que merecen, pero siempre como una concreción de la disposición constitucional, ya que este cuerpo legal estará subordinado a la Constitución.

Precisó que expresión “siempre” obedece a que la protección que se quiere dar a dichos derechos debe ser durable y, en lo posible, para siempre. En todo caso, puntualizó que esta norma, así como la palabra “siempre”, están referidas a todos los derechos fundamentales, y que se mencionan en especial los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Finalizado el debate, el **Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán**, puso en votación, en primer lugar, la mantención del inciso tercero del artículo segundo.

Ésta fue aprobada por 8 votos a favor y 2 en contra. Votaron a favor los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señores Arenas, Cardemil y Eluchans. Votaron en contra los Honorables Diputados señora Saa y señor Cornejo.

Luego, puesta en votación la eliminación de la expresión “siempre”, fue aprobada por 8 votos a favor y 2 votos en contra. Votaron a favor los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señora Saa y señores Cardemil, Cornejo y Eluchans. Votaron en contra el Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, y el Honorable Diputado señor Arenas.

Artículo 3°

En primer trámite constitucional, **la Cámara de Diputados** aprobó el siguiente artículo 5°:

“Artículo 5°.- El directamente afectado, por sí o cualquiera a su nombre, podrá denunciar los actos u omisiones que importen una discriminación arbitraria que se hubieren cometido en su contra.

La Corte podrá, a petición fundada del interesado, decretar orden de no innovar, cuando el acto u omisión recurridos pudiese causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse la pretensión.”.

En segundo constitucional, **el Senado** reemplazó esta disposición por otra, que pasó a ser artículo 3°, del siguiente tenor:

“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.”.

La Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, rechazó esta disposición.

Analizada esta situación, la Comisión Mixta, por la unanimidad de sus miembros, acordó mantener la disposición propuesta por el Senado. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señora Saa y señores Arenas, Cardemil, Cornejo y Eluchans.

Artículo 6°

El Senado, en segundo trámite constitucional, aprobó, como artículo 6°, nuevo el que sigue:

“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.

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.”.

La Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, lo rechazó.

Puesta en discusión esta disposición, **la Honorable Diputada señora Saa** manifestó que la letra d) requería de una

mayor precisión, además de que cabría establecer que el juez debe fundamentar su resolución.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, coincidió con esta última apreciación y propuso agregar la expresión “según resolución fundada”.

La Honorable Diputada señora Saa señaló que una fórmula acertada sería decir “Cuando por resolución fundada el juez establezca que carece manifiestamente de fundamento.”.

El Honorable Senador señor Espina manifestó que los jueces siempre deben fundamentar sus resoluciones.

El Honorable Diputado señor Eluchans agregó que coincidía con lo planteado por el Honorable Senador señor Espina, no obstante que, con excepción de la letra d), los demás literales de este precepto no hacen necesaria la fundamentación de la respectiva resolución. Sugirió señalar: “Cuando por resolución fundada se determine por el juez que la acción carece de sustento.”.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, compartió este último criterio y sostuvo que sólo en el caso de la letra d) la resolución debe ser explicitada, pues es la única situación en que el juez debe aplicar un criterio subjetivo.

El Honorable Diputado señor Cornejo precisó que la letra d) mencionada es el único caso en que el tribunal entra a conocer del fondo del asunto y, por tanto, tiene sentido que la declaración de inadmisibilidad contemplada por dicha letra se realice por resolución fundada.

Consideradas distintas alternativas de redacción, en definitiva se resolvió reemplazar la letra d) en estudio por la siguiente:

“d) Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.”.

Votó a favor de esta sustitución la unanimidad de los miembros de la Comisión Mixta, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señora Saa y señores Arenas, Cardemil, Cornejo y Eluchans.

Enseguida, refiriéndose a la letra b) del artículo 6°, **la Honorable Diputada señora Saa** advirtió que ella podría significar un

reconocimiento de que puede haber leyes discriminatorias. Sugirió eliminar este literal.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, precisó que en dicho caso no cabe estimar que hay una ley contra otra ley, pues la norma se refiere a la presentación de una acción concreta que impugna el contenido de una ley vigente.

Puesta en votación la supresión de la letra b) del artículo 6º, fue rechazada por 1 votos a favor y 9 en contra. Votó a favor la Honorable Diputada señora Saa. En contra lo hicieron los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señores Arenas, Cardemil, Cornejo y Eluchans.

Artículo 13

El Senado, en segundo trámite constitucional, aprobó como artículo 13, nuevo, el siguiente:

“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.”.

La Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, rechazó este precepto.

Revisada esta disposición, la Comisión Mixta, en forma unánime, acordó acoger el texto aprobado por el Senado en segundo trámite constitucional. Votó favorablemente la unanimidad de los miembros de la Comisión Mixta, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señora Saa y señores Arenas, Cardemil, Cornejo y Eluchans.

Artículo 17

En primer trámite constitucional, **la Cámara de Diputados** aprobó, como artículo 10, el que sigue:

“Artículo 10.- Incorpóranse al Código Penal las siguientes modificaciones:

1.- Agrégase en el artículo 12, el siguiente numeral:

“21º Cometer el delito, motivado por discriminación arbitraria, en los términos descritos en el artículo 3º de la Ley que Establece Medidas Contra de la Discriminación.”.

2.- Incorpórase un párrafo 1 bis nuevo, al Título III del Libro II y el siguiente artículo:

“1 bis. De los delitos contra la igualdad de las personas, en dignidad y derechos.

Artículo 137 bis. El que cometiere o incitare a otros a causar daño a personas o a sus bienes motivado por una discriminación arbitraria en perjuicio de esas personas, en los términos que señala el artículo 3º de la Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Cuando se tratare de asociaciones con los objetivos del inciso primero, la pena será de reclusión menor en su grado medio y a los fundadores o que ejercieren mando en la asociación, la pena será de presidio menor en su grado medio a máximo.”.

3.- Agrégase el siguiente artículo 274 bis:

“Artículo 274 bis.- Incurrirá en la pena de multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales el que, en el ejercicio de actividades profesionales o empresariales, cometiere la discriminación definida en el artículo 3º de la Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación, respecto de una persona natural, cuando ella consista en rehusar el suministro de un bien o servicio que ofreciere y a que el ofendido tenga derecho, o en subordinarlo a la concurrencia o ausencia de alguno de los motivos de discriminación señalados en el citado artículo 3º.”.

El Senado, en segundo trámite constitucional, reemplazó este precepto por otro, que pasó a ser artículo 17, del siguiente tenor:

“Artículo 17.- Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral nuevo:

“21^a. 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.”.

La Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, lo desechó.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo presente que el Ejecutivo propone reemplazar el texto aprobado por el Senado en segundo trámite constitucional por el siguiente:

“Artículo 17.- Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral nuevo:

“21^a. Cometer el delito o participar en él motivado por alguna discriminación arbitraria referente a la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima, a la nación, raza, etnia o grupo social al que pertenezca, a su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o a la enfermedad o discapacidad que padezca.”.

Hizo notar que esta redacción incorpora la “identidad de género” y que lo que se pretende con ello es establecer una simetría con el contenido del artículo 2° del proyecto.

El Honorable Diputado señor Arenas señaló que habría acuerdo entre los miembros de la Comisión Mixta en torno a la idea de incorporar la expresión “identidad de género” dentro de las motivaciones de discriminación arbitraria que darían lugar a la nueva agravante de responsabilidad penal.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, solicitó que se le ilustrara acerca del sentido de los términos “identidad de género” y “orientación sexual”, requerimiento que fue atendido por el Ministro señor Chadwick.

El Honorable Senador señor Espina expresó que desde el punto de vista del Derecho Penal, esta disposición le merecía objeciones a raíz de la utilización de la expresión “motivado por alguna discriminación arbitraria”. Señaló que la misma no guarda relación con el lenguaje penal ni con la correcta estructuración de una circunstancia agravante de responsabilidad penal. Sugirió, en consecuencia, eliminarla.

El Honorable Diputado señor Arenas consideró necesario buscar un sustituto para la expresión “discriminación arbitraria”.

El Honorable Diputado señor Eluchans opinó que ello era innecesario pues era preferible eliminar dicha expresión. Señaló que para configurar la agravante era suficiente la comisión o la participación en el delito, motivado por las razones que allí se indican.

La Honorable Senadora señora Alvear coincidió con la conveniencia de suprimir la referencia a la discriminación arbitraria, precisando que para que la agravante opere, bastará con que exista la motivación a que se ha aludido.

El Honorable Diputado señor Cardemil coincidió con los razonamientos del Honorable Senador señor Espina, pero instó a evitar modificaciones que impliquen ampliar el sentido del artículo en discusión. Expresó que no le convencía del todo la aplicación de esta nueva agravante tratándose de ciertos delitos, como son, por ejemplo, los de tipo económico.

Tomando en consideración los razonamientos anteriormente expuestos, **el Ministro señor Chadwick** propuso una nueva redacción para el inciso en discusión, que es la que sigue:

“21^a. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.”.

Puesta en votación esta proposición, fue aprobada por 9 votos a favor y 1 en contra. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señora Saa y señores Arenas, Cardemil, Cornejo y Eluchans. En contra lo hizo el Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, quien fundamentó su voto en la indeterminación en que, a su juicio, presenta la redacción recién aprobada.

- - -

Finalizado el estudio de las discrepancias suscitadas entre ambas Cámaras y de las propuestas adicionales presentadas por el Ejecutivo, **el Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán**, ofreció la oportunidad de plantear otras inquietudes en relación con otras normas del proyecto.

La Honorable Senadora señora Alvear manifestó tener dudas respecto a la utilidad del artículo 18, que establece reglas para la interpretación de esta ley. Señaló que dicho precepto puede resultar innecesario si se considera que el Código Civil consagra los criterios generales que son necesarios para la interpretación de las normas.

El Honorable Diputado señor Arenas señaló que este precepto se consagró para precaver los problemas a que puede dar lugar la derogación tácita.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, puntualizó que la disposición en comento se incorporó precisamente para evitar que las normas de esta ley se interpreten como modificatorias o derogatorias de otras normas legales vigentes.

El Honorable Senador señor Espina complementó las explicaciones anteriores mencionando, como ejemplo de normas que no deberían entenderse modificadas ni derogadas por esta ley, el artículo 102 del Código Civil.

Puesta en votación la idea de eliminar el artículo 18, fue desechada por 7 votos en contra y 3 votos a favor. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y los Honorables Diputados señora Saa y señor Cornejo. En contra lo hicieron los Honorables Senadores señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señores Arenas, Cardemil y Eluchans.

Enseguida, **la Honorable Diputada señora Saa** planteó la conveniencia de que este proyecto de ley contemple también de manera expresa la posibilidad de dictar medidas de discriminación positiva. Precisó que hay países que consagran las llamadas “acciones positivas”, que van en la línea de la erradicación de la discriminación. Citó ejemplos tales como las “leyes de cuotas” y otras que rigen en diversas naciones con la finalidad de eliminar determinadas situaciones que perjudican a las minorías y que comúnmente se aplican en forma temporal. Sostuvo que esta sería una muy buena oportunidad para acogerlas en nuestra normativa.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, preguntó a la Honorable Diputada señora Saa si su planteamiento se traduciría en un texto concreto, a lo que ella respondió que justamente el inciso segundo del artículo 2° del texto aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional reflejaba su aspiración.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, recordó que la norma mencionada por la Honorable Diputada señora Saa no prosperó y que, posteriormente, al definirse el objetivo de la ley en el artículo 1° del proyecto, se planteó incorporar la expresión “promover”, la cual tampoco fue acogida por la Comisión.

El Ministro señor Chadwick precisó que las políticas de acción positiva no deben establecerse en la ley con carácter general, sino que, por el contrario, ellas son materia de leyes que buscan objetivos particulares, de carácter específico. Puso como ejemplo, el caso de las políticas sobre subsidios.

La Honorable Senadora señora Alvear compartió la inquietud de la Honorable Diputada señora Saa. Sobre el particular, indicó que en el informe entregado por el profesor señor Zapata se menciona la necesidad de reponer la autorización explícita para que el Estado proceda a implementar políticas de acción afirmativa, en los términos del inciso segundo del artículo 2° aprobado en su momento por la Cámara de Diputados, que fuera rechazado con posterioridad por el Senado.

El Honorable Senador señor Espina sostuvo que lo planteado corresponde a un debate de fondo, cuya oportunidad no parece claro que sea ésta. Manifestó, además, algunas aprensiones en cuanto a la posibilidad de fijar la discriminación positiva como una política general. Agregó que la razón por la cual no se quiso incorporar la expresión “promover” en el artículo 1°, es que la frase “establecer e implementar políticas destinadas a garantizar” resulta más completa e incluso más audaz y acorde con la protección que debe darse a las garantías constitucionales. Manifestó que, tal como quedó redactado el texto del señalado artículo 1°, está importando el deber para el Estado de garantizar el derecho de las personas a no ser discriminadas arbitrariamente.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, precisó que el proyecto de ley en estudio se orienta a procurar evitar y a castigar las conductas de discriminación arbitraria, es decir, iría en la dirección contraria de lo planteado por la Honorable Diputada señora Saa.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo presente que el establecimiento

de un deber para los organismos públicos en materia de elaboración e implementación de acciones positivas presenta la dificultad de incurrir en una materia que es de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Por esta última razón, se optó por no poner en votación dicha propuesta, dejándose constancia, sin embargo, del especial interés demostrado por la Honorable Diputada señora Saa en relación a la materia en análisis, el cual fue compartido por los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio.

Finalmente, **la Honorable Diputada señora Saa** sugirió agregar, al inciso final del artículo 12, en caso que la denuncia carezca de todo fundamento, el deber de reparar a la víctima, además de la multa que resulte aplicable. Al efecto, propuso el siguiente texto: “Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal fijará una indemnización en beneficio de la persona o grupo afectado. La indemnización comprenderá el perjuicio material y el daño moral.”.

El Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo notar que nuestro ordenamiento legal ya regula el sistema general relativo a la indemnización de perjuicios, de manera que no sería necesario reiterarlo en la iniciativa en estudio. Puso de manifiesto, además, las recomendaciones que invariablemente ha evacuado la Corte Suprema en orden a no consagrar duplicidad de procedimientos en relación a una misma materia.

Puesta en votación la proposición, fue rechazada por 1 voto a favor y 9 en contra. Votó favorablemente la Honorable Diputada señora Saa. En contra lo hicieron los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señores Arenas, Cardemil, Cornejo y Eluchans.

La Honorable Senadora señora Alvear fundamentó su voto contrario a la propuesta de la Honorable Diputada señora Saa en la circunstancia de encontrarse ya regulado en nuestra legislación el sistema de indemnización de perjuicios. Una constancia en el mismo sentido dejó **el Honorable Diputado señor Cornejo**. Los restantes miembros de la Comisión Mixta que también votaron desfavorablemente a esta propuesta se sumaron a dicha constancia.

En último término, por la unanimidad de sus miembros, **la Comisión Mixta** acordó reemplazar, en el artículo 15, nuevo, introducido por el Senado en segundo trámite constitucional –y aprobado por la Cámara de Diputados en tercero-, el encabezado de su numeral 1) por el siguiente:

“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, por la siguiente:”.

Esta enmienda tiene por objetivo incorporar de manera clara al texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo, contenido en el decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, una letra l) a su artículo 84. Ello, atendida la circunstancia de que dicho literal fue incorporado por la ley N° 20.005 a la ley N° 18.834 y no al señalado decreto con fuerza de ley N° 29.

Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán, y Walker, don Patricio, y los Honorables Diputados señora Saa y señores Arenas, Cardemil, Cornejo y Eluchans.

- - -

En mérito de lo expuesto y de los acuerdos precedentemente adoptados, vuestra Comisión Mixta tiene el honor de proponeros, como forma y modo de salvar las diferencias entre ambas Cámaras del Congreso Nacional, lo siguiente:

Artículo 1°

Incorporar, como inciso segundo, nuevo, el siguiente:

“Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.
(Mayoría, 9 x 1).

Artículo 3° de la Cámara de Diputados, 2° del Senado

Inciso segundo

Suprimir su segunda oración, que reza: “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. **(Unanimidad, 10 x 0).**

Inciso tercero

Eliminar el vocablo “siempre”. **(Mayoría, 8 x 2).**

Artículo 5° de la Cámara de Diputados, 3° del Senado

Aprobar el texto del Senado. **(Unanimidad, 10 x 0).**

Artículo 6°, nuevo, del Senado

Acoger su texto, reemplazando su letra d) por la que sigue:

“d) Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.”. **(Unanimidad, 10 x 0).**

Artículo 13, nuevo, del Senado

Aprobar su texto. **(Unanimidad, 10 x 0).**

Artículo 15, nuevo, del Senado

Reemplazar el encabezado de su numeral 1) por el siguiente:

“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, por la siguiente:”. **(Unanimidad 10 x 0).**

Artículo 10 de la Cámara de Diputados, 17 del Senado

Reemplazarlo por el que sigue:

Artículo 17.- Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral nuevo:

“21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.”. **(Mayoría, 9 x 1).**

- - -

A título meramente informativo, cabe hacer presente que, de ser aprobada la proposición de la Comisión Mixta, el texto de la iniciativa legal en estudio quedaría como sigue:

PROYECTO DE LEY:

“Título I

Disposiciones generales

“Artículo 1°.- Propósito de la ley. Esta 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.

Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

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, la identidad de género, 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.

Se considerarán 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 de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.

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 en el decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, 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, 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 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 N° 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 el siguiente numeral nuevo:

“21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o 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 sesión celebrada los días 18 de abril y 2 de mayo de 2012, con asistencia de los Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela y señores Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández (Presidente), Carlos Larraín Peña y Patricio Walker Prieto y de los Honorables Diputados señora María Antonieta Saa y señores Gonzalo Arenas Hödar, Alberto Cardemil Herrera, Aldo Cornejo González y Edmundo Eluchans Urenda.

Sala de la Comisión Mixta, a 7 de mayo de 2012.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

ÍNDICE

Normas de quórum especial y parecer de la Corte Suprema 3

Intervenciones escuchadas por la Comisión Mixta 3

Definición del cometido de la Comisión Mixta, descripción de las
normas abordadas y acuerdos adoptados 131

Propuestas de la Comisión Mixta 157

Texto del proyecto de ley 159