

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación.

BOLETÍN Nº 10.035-17

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía tiene el honor de informaros, en primer trámite constitucional, el proyecto de ley de la referencia, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señores Coloma, Orpis, Ossandón y Pérez Varela.

No obstante que el proyecto de ley es de artículo único, vuestra Comisión propone a la Sala discutirlo sólo en general, con el objeto de perfeccionar y enriquecerlo, con ocasión del segundo informe.

A las sesiones en que se analizó esta iniciativa legal asistieron, además de sus miembros, los siguientes invitados:

Del Ministerio de Justicia, la Ministra, señora Javiera Blanco, y el Jefe de la Unidad de Derechos Humanos, señor Jaime Madariaga.

Del Ministerio Secretaría General de Gobierno: el Jefe de la Unidad Jurídica, señor Cristóbal Osorio y el Abogado, señor Gerardo Ramírez.

Del Ministerio de Salud: los Asesores Legislativos, señora María Carolina Mora y señor Felipe Vargas.

Del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, los Asesores: señora Julia Urquieta y señores Octavio del Favero, Hermes Ortega y Luis Batallé.

Del Servicio Nacional del Adulto Mayor SENAMA, la Encargada del Departamento Jurídico, señora Tania Mora.

Del Instituto Nacional de Derechos Humanos INDH: la Asesora Legislativa, señora Diana Maquilón y el Abogado de la Unidad de Estudios, señor Federico Aguirre.

El Doctor en Derecho de la Universidad de Oxford y Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, señor José Díaz de Valdés.

Del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el Doctor en Derecho señor Tomás Vial.

De Corporación Humanas, la Abogada del Programa seguimiento Legislativo, señora Camila Maturana.

Del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual MOVILH, el Director del Área de Derechos Humanos, señor Rolando Jiménez, y el Vocero, señor Oscar Rementería.

La señora Rocío Sánchez, Asesora del Instituto Igualdad y del Honorable Senador Rabindranath Quinteros.

De la ONG "Chile Cristiano", el Director Ejecutivo, señor Rodolfo Torres y el Consejero, señor Joel Hernández.

El Jefe de Gabinete de la Honorable Senadora señora Jacqueline Van Rysselberghe, señor Juan Paulo Morales y su Asesor, señor Pablo Urquizar.

El Asesor de la Honorable Senadora señora Lily Pérez San Martín, señor Renato Rodríguez.

El Asesor de la Honorable Senadora señora Adriana Muñoz, señor Leonardo Estrade-Brancoli.

Los Asesores del Honorable Senador señor Ossandón, señora María Angélica Villadangos, y señores José Huerta y Alberto Jara.

El Analista de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Matías Meza-Lopehandía.

- - -

OBJETIVO DEL PROYECTO

Modifica la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación con el fin de perfeccionar de manera sustantiva los aspectos preventivos, procesales y conceptuales de la misma.

Para estos efectos, reemplaza su objeto sancionatorio por uno preventivo y establece que tendrá por objetivo prevenir, eliminar y sancionar todas las formas de discriminación arbitraria que se ejerzan contra cualquier persona.

Asimismo, elimina la sanción adicional correspondiente al pago de una multa para el demandante vencido; incorpora el concepto de discriminación arbitraria indirecta, y faculta al demandante para solicitar una indemnización de perjuicios, si correspondiere, entre otras materias.

- - -

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

El numeral 2) del artículo único del proyecto de ley tiene el carácter de normas orgánico constitucional, en virtud del artículo 66 inciso segundo, en concordancia con el 38, ambos de la Constitución Política de la República, por cuanto establece un criterio diferente en cuanto a las tareas confiadas a los órganos de la Administración del Estado.

Así también, los numerales 9) y 10) del artículo único del proyecto de ley tienen el carácter de normas orgánico constitucionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 77, en concordancia con el artículo 66 inciso segundo, ambos de la Constitución Política de la República, por abordar materias que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

Se hace presente que la Sala del Senado envió oficio solicitando el parecer de la Excelentísima Corte Suprema respecto de los numerales 9) y 10) del artículo único de este proyecto, en cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 77 de la Carta fundamental, y el artículo 16 de la ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. La Excelentísima Corte Suprema lo informó desfavorablemente, como consta en Oficio N° 73-2015, de 17 de junio de 2015.

- - -

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de esta iniciativa de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

I. ANTECEDENTES JURÍDICOS

1.- La Constitución Política de la República artículos 1°, 5° y 19 numerales 2°, 20° y 22° y 109.

2.- La ley N° 20.609, que establece Medidas contra la Discriminación.

3.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

4.- La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita por la República de Chile el 22 de noviembre de 1969, que fue promulgada por el decreto supremo N° 873, de Relaciones Exteriores, de 1990, publicado en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991.

5.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que fue suscrito por Chile en esa misma fecha y que fue promulgado por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

6.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que fue promulgado mediante el decreto supremo N° 326, de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado en el Diario Oficial del 27 de mayo de 1989.

7.- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, cuyo instrumento fue promulgado por el decreto supremo N° 747, de Relaciones Exteriores, de 1971, cuya publicación en el Diario Oficial se realizó el 12 de noviembre de 1971.

8.- La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, cuya promulgación se realizó mediante decreto supremo N° 789, de Relaciones

Exteriores, de 1989, que se publicó en el Diario Oficial del 9 de diciembre del mismo año.

9.- La Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que fue promulgada por el decreto supremo N° 830, de Relaciones Exteriores, de 1990, que se publicó en el Diario Oficial del 27 de septiembre de ese mismo año.

10.- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, la que fue promulgada por el decreto supremo N° 808, de Relaciones Exteriores, de 1988, publicado en el Diario Oficial del 10 de diciembre del año precedentemente indicado.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

La Moción que da origen al proyecto de ley en estudio, recuerda que en el año 2012, luego de una discusión de más de siete años, se promulgó la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, impulsada por la trágica muerte del joven Zamudio. Hecho absolutamente condenable y que aceleró la discusión de la referida ley.

Observa que si bien, en el año 2013, el 91% de los consultados se mostró de acuerdo con que la referida ley constituía un avance concreto para la lucha contra la discriminación arbitraria, la realidad es que existen múltiples deficiencias que deben ser corregidas para darle una aplicación real y efectiva esta ley.

En efecto, apuntó, desde la fecha de su entrada en vigencia sólo se han presentado ciento diecinueve acciones de no discriminación arbitraria en los juzgados de letras y, peor aún, no existen políticas públicas en la materia promovidas por el Estado, salvo excepciones, que tiendan a materializar y concretizar la ley desde los órganos de la Administración del Estado hacia las personas.

Indicó que un 52% de las personas encuestadas en la Primera Consulta Ciudadana por Discriminación en Chile dijo haberse sentido discriminada arbitrariamente, siendo la apariencia personal, la ideología u opinión política, la nacionalidad, la orientación sexual, y la raza o etnia los motivos por los que más se ha discriminado.

En seguida, enumera los defectos que adolece la ley N° 20.609.

En primer lugar, se refiere a su objeto. Sobre el particular, comenta que nace como una forma de establecer medidas contra la discriminación, esperando ser un cuerpo sustantivo de derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, esto no se condice con su objeto consagrado en su artículo 1°, cual es "instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria". Ello, permite concluir que esta ley tiene un objetivo sancionatorio y no preventivo, siendo que es sabido por todos que los cambios culturales se promueven a través de la prevención y la formación de los ciudadanos, para evitar que las personas atenten contra la dignidad de otros.

En segundo lugar, menciona el inciso segundo del artículo 1°, el que pareciera consagrar el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas antidiscriminatorias; sin embargo, considera que la redacción de este inciso es confusa y hace que la existencia de este deber no sea más que una posibilidad interpretativa de esta norma.

En efecto, entiende que el citado inciso expresa que las políticas de los órganos estatales deberán enfocarse en garantizar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, sin discriminación arbitraria. En otras palabras, continúa, la frase "sin discriminación arbitraria" no sería más que una modalidad de la obligación y no el corazón de una política pública. En su opinión, estas políticas no parecen ser, sino el desarrollo del mandato del artículo 5° de la Constitución Política de la República, vale decir, el deber del Estado de promover los derechos fundamentales. Por lo mismo, sostiene que este inciso sería una mera repetición del precepto constitucional.

Con todo, hizo notar que la prohibición del Estado de discriminar arbitrariamente, también, se encuentra consagrada en diversas normas constitucionales, a modo de ilustrativo citó los artículos 1°, 19 numerales 2°, 20° y 22°, y 109.

Por otro lado, indica la moción que este inciso sólo se aplica a los órganos de la Administración del Estado y deja fuera de su alcance el funcionamiento interno de los demás órganos del Estado, como son el Poder Judicial, el Congreso Nacional o el Ministerio Público. Al efecto, considera que este deber debiera ser adaptado a las particulares competencias de cada uno de ellos. Observa que tampoco, precisa cómo se construirá esa política y carece de plazos de creación, implementación y revisión.

Asimismo, hace notar que el deber que se impone es el de asegurar el goce de los derechos, no el de eliminar las prácticas discriminatorias. También, observa que las obligaciones impuestas a la

Administración carecen de un ente responsable que permita definir tareas y dar cuentas de ellas a la sociedad.

En tercer lugar, trae a colación la definición de discriminación arbitraria contenida en el artículo 2° de la ley N° 20.609, que menciona un conjunto de conductas, tales como distinciones, exclusiones y restricciones que podrían constituir discriminación. En su opinión, hubiese sido preferible mantener la simpleza que en esta materia otorgan los conceptos de "distinción arbitraria" o "diferencia", los cuales cuentan con sustento y desarrollo jurisprudencial. Más aún, da cuenta que desde la perspectiva puramente lógica, las categorías adicionales de exclusión y restricción corresponden a la intención o a las consecuencias que puede presentar una distinción. En otras palabras, consigna, el concepto de "distinción" es el género al cual se pueden subsumir las demás conductas en cuanto especies del mismo.

Asimismo, pone de relieve que la definición del artículo 2°, vincula el concepto de no discriminación arbitraria a la vulneración de otro derecho. Es decir, un acto discriminatorio sólo es impugnabile como tal, si adicionalmente vulnera otro derecho fundamental, como el derecho a la propiedad o el derecho a la libertad religiosa.

Reconoce que si bien en la mayoría de los casos, es posible formular un problema de discriminación como la afectación simultánea a otro derecho, no siempre esto es así, porque existen casos en que la vinculación a otro derecho es bien indirecta. Desde otro punto de vista, apunta, al exigir a la no discriminación la vulneración de un derecho adicional, la infracción de este último se hace irrelevante, toda vez que la reclamación podría fundamentarse exclusivamente en el derecho adicional en afectado.

En cuarto lugar, señala que el inciso tercero del artículo 2°, pareciera contener una "presunción de razonabilidad", cuando la distinción se justifica en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. En efecto, esta norma faculta para que el juez, cuando se utilice una categoría sospechosa, en lugar de realizar un examen de razonabilidad, verifique que esa conducta no se justifica por constituir el ejercicio legítimo de otro derecho o por otra causa constitucionalmente legítima.

En la primera hipótesis, el juez ya no debe atender a la razonabilidad de la distinción en sí, sino a determinar qué es el ejercicio legítimo del otro derecho. Así, el foco ya no está en la igualdad y en la no discriminación arbitraria. Considera que lo anterior, resulta ser tautológico si por ejercicio legítimo entendemos aquel que, entre otras cosas, no produce una discriminación arbitraria. Sin embargo, de ser así, apunta, este inciso estaría demás, lo que contraviene el criterio de interpretación, según el cual

las normas deben interpretarse de forma que no sean redundantes y produzcan efectos.

Acota que la alternativa es que el legislador considere que, al menos en ciertas circunstancias, el ejercicio legítimo de un derecho puede incluir la creación de diferencias arbitrarias y que, en tal caso, la ley no otorgaría protección frente a esa discriminación. En otras palabras, precisa, esta ley estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación arbitraria sería un derecho de segundo orden, que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales. Al efecto, consigna, los derechos se agruparían en dos clases: los derechos fundamentales en general y aquellos expresamente enumerados en el inciso tercero del artículo 2° de la ley N° 20.609, que justificarían una discriminación.

En quinto lugar, indica que una verdadera ley antidiscriminación debería, en concordancia con las obligaciones internacionales de Chile, autorizar expresamente a las autoridades públicas a establecer medidas especiales temporales, que aseguren un efectivo ejercicio de los derechos a los grupos que han sido históricamente más discriminados, cuestión que no hace la ley actual.

En sexto lugar, observa que esta ley no distingue entre discriminación directa e indirecta. La primera es aquella en que el trato desfavorable se fundamenta o es consecuencia de una característica personal como la orientación sexual o la identidad de género. En contraste, resalta que la discriminación indirecta es aquella contenida o producida por normas o tratos que formalmente se aplican a todos, pero que afectan desproporcionadamente a los miembros de un grupo desaventajado, salvo que pueda probarse que tales normas o tratos se justifican objetivamente.

En otras palabras, refiere que la discriminación indirecta surge de normas que a primera vista parecieran no ser discriminatorias, ya que su texto no identifica expresamente un grupo perjudicado. Sin embargo, la aplicación práctica de la norma resulta en un claro perjuicio para un grupo, sin que ello sea razonable o justificable.

Al respecto, complementa que los ordenamientos jurídicos tienden a diferenciar entre ambos tipos de discriminación. Agrega que la discriminación indirecta no siempre ha sido reconocida como tal, por lo que su consagración legislativa ha sido particularmente relevante en sociedades donde la jurisprudencia y, en menor medida, la doctrina han sido renuentes a sancionar este tipo de discriminación.

Advierte que la discriminación indirecta es mucho más compleja de reconocer y de sancionar, por lo que resultaría muy útil para el juez contar con ciertas premisas básicas contenidas en la ley que le

sirvan de orientación. Así, indica que la prueba de la discriminación indirecta presenta una serie de dificultades que el legislador puede abordar y precisar, estableciendo el tipo de evidencia que resultaría aceptable, cómo debe configurarse la prueba estadística, cuál debe ser el grupo de referencia apropiado, o cómo medir el impacto de la discriminación.

Consigna que la discriminación indirecta normalmente acepta un régimen de excepciones más amplio que la discriminación directa, y puede ser objeto de un escrutinio judicial menos estricto. Dado que la ley guarda silencio en esta materia, la decisión acerca de si la discriminación indirecta es o no sancionable correspondería al juez, quién, a falta de norma constitucional o legal al respecto, y frente a las complejidades involucradas en la identificación y sanción de la discriminación indirecta, es muy probable que opte por la negativa. Ahora bien, la alternativa contraria tampoco resulta muy alentadora, toda vez que un reconocimiento meramente judicial de la discriminación indirecta que no vaya acompañado de reglas claras acerca de su constatación y de excepciones aceptables, podría producir una gran incertidumbre jurídica.

En séptimo lugar, estima que no es razonable que exista una sanción adicional para el demandante que resulta vencido, que debe asumir las costas reguladas en el artículo 138 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, porque ello actúa como un desincentivo para denunciar, por lo que propone derogar el inciso tercero del referido artículo.

Por último, indica que tampoco resulta justo que las personas que han sufrido un daño por la discriminación ejercida por otra, no tengan la posibilidad, si así lo estimaren, de solicitar además la indemnización de los perjuicios que se suscitaron en virtud del acto discriminatorio en el mismo proceso, y no sólo la multa a que hace referencia el inciso segundo del artículo 12 a beneficio fiscal.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

Durante la discusión en general del proyecto, concurrieron especialmente invitados a exponer sus puntos de vista diversos especialistas en la materia, representados de la manera que en cada caso se indica:

La Ministra de Justicia, señora Javiera Blanco.

El Jefe de la Unidad Jurídica del Ministerio Secretaría General de Gobierno, señor Cristóbal Osorio.

La Encargada del Departamento Jurídico del Servicio Nacional del Adulto Mayor, señora Tania Mora.

El Director del Área de Derechos Humanos del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, señor Rolando Jiménez.

La Abogada del Programa de Seguimiento Legislativo de Corporación Humanas, señora Camila Maturana.

La Abogada del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señora Diana Maquilón.

El Doctor en Derecho de la Universidad de Oxford y Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, señor José Díaz de Valdés.

El Doctor en Derecho señor Tomás Vial, del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Asimismo, la Comisión acordó solicitar un informe a la Biblioteca del Congreso Nacional, el cual fue recibido oportunamente, titulado, “Reforma de la Ley Zamudio: definiciones y procedimientos”.

Asimismo, se deja constancia que todos los documentos recibidos y acompañados por los invitados fueron debidamente considerados por los miembros de la Comisión y se contienen en un anexo único que se adjunta al original de este informe, copia de los cuales se encuentran publicados en la página web del Senado.

Al iniciar el estudio del proyecto de ley en informe, en sesión de 3 de junio de 2015, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe**, en su calidad de coautora de la moción que dio origen al presente proyecto de ley, señaló que es reconocido por todos que la Ley de Antidiscriminación constituyó un avance sustantivo en materia de derechos humanos, no obstante, puso de relieve que no se han generado las facilidades para que las personas que se sientan discriminadas entablen la acción judicial que consagra esta ley para exigir su cumplimiento. Al efecto, informó que a la fecha sólo se han presentado 119 de acciones de antidiscriminación; no obstante que en la mayoría de las encuestas que se han realizado al respecto, indican que un alto porcentaje de la población se siente discriminada.

Comentó en seguida, que este proyecto de ley recoge modificaciones que son necesarias de hacer a la ley N° 20.609 para superar las deficiencias de la misma y darle una aplicación real y efectiva. Advirtió que no se incluyeron aquellas que corresponden a materias de iniciativa exclusiva de la Presidenta de la República, por lo que formuló un llamado al Ejecutivo para realizar un trabajo en conjunto a fin de mejorar el texto de la ley ya citada.

A continuación, enumeró los problemas que en su opinión presenta esta Ley de Antidiscriminación, a saber:

1.- El objeto de la ley es meramente sancionatorio, lo que se refleja en su artículo 1° al establecer que “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.”. Así, reiteró, su finalidad es derechamente sancionatoria y no preventiva. Al respecto, hizo hincapié que es reconocido que los cambios culturales deben gestionarse a través de la prevención y de la formación de los que ejecutan estos atentados a la dignidad de las personas. En consecuencia, se está ante una falencia, acotó.

2.- Ausencia del deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas antidiscriminatorias. Sobre el particular, si bien reconoció que ha existido una intención de voluntad en todos los Gobiernos, la realidad da cuenta que sólo existe el deber de garantizar los derechos de las personas en las políticas públicas, pero no de prevenir la discriminación arbitraria como una necesidad independiente.

3.- Ausencia de un ente responsable que permita definir tareas y dar cuentas de las mismas a la sociedad. Señaló que entiende que esta función la asumiría la Subsecretaría de Derechos Humanos, proyecto de ley está pendiente en la Cámara de Diputados, por lo que previno que no propusieron ninguna modificación sobre este punto. Con todo, hizo presente la importancia de crear algún departamento o unidad que asuma esta función.

4.- Definición deficiente de discriminación arbitraria. En efecto, deja de lado las preferencias arbitrarias y no incluye el derecho a la no discriminación en su individualidad propia, lo cual restringe el marco de acción de esta ley.

5.- En el inciso tercero, del artículo 2°, de la ley N° 20.609, se establece una especie de jerarquía de derechos que provoca que la no discriminación arbitraria pase a estar en una categoría de segundo orden. Comentó que la ley consagra que el ejercicio legítimo de un derecho puede incluir la creación de diferencias arbitrarias y que, en tal caso, la ley no

otorgaría protección a esa discriminación. En su opinión, no es razonable que el derecho a la no discriminación quede subsumido en ciertos derechos reconocidos constitucionalmente.

6.- Ausencia de facultades de los órganos de la Administración del Estado para ejercer acciones afirmativas de no discriminación arbitraria. Reconoció que este aspecto trata una materia de iniciativa exclusiva de la Presidenta de la República, no obstante, sostuvo que este proyecto de ley debe incluir esta modificación, porque existe una necesidad de proteger a ciertos grupos que han sido históricamente discriminados, como las mujeres, los inmigrantes y los pueblos indígenas. Por ello, resaltó, se debe autorizar, expresamente a las autoridades públicas a establecer medidas especiales temporales que aseguren un efectivo ejercicio de los derechos a estos grupos, cuestión que no hace la ley vigente.

7.- No distingue entre discriminación directa e indirecta. Precisó que la primera es aquella en que el trato desfavorable se fundamenta o, es consecuencia, de una característica personal, como la discapacidad. En cambio, apuntó, la discriminación indirecta surge de normas que, a primera vista, parecieran no ser discriminatorias, ya que su texto no identifica expresamente a un grupo perjudicado. Sin embargo, de la aplicación práctica de la norma resulta un claro perjuicio para un grupo determinado, sin que ello sea razonable o justificable. Por lo anterior, informó, este proyecto de ley en su número 7) incorpora a la discriminación indirecta.

8.- Establece un desincentivo para denunciar la discriminación al consagrar, en su artículo 12 inciso tercero, que se sancionará con una multa al litigante vencido cuando no exista fundamento para haber acogido la denuncia de la acción de no discriminación arbitraria. Consideró que esta sanción no corresponde, porque configura una carga adicional a la de pagar las costas del juicio, por lo que se propone eliminar este inciso.

9.- La ley N° 20.609 no permite demandar indemnización de perjuicios junto con la acción de no discriminación, por lo que este proyecto de ley en su número 9) plantea que si la persona denunciante resulta efectivamente dañada por la acción discriminatoria tiene derecho a solicitar una indemnización por todos los perjuicios ocasionados.

Finalmente, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe** resumió el contenido de este proyecto de ley y reiteró que aborda los siguientes puntos: perfecciona el objeto de la Ley Antidiscriminación poniendo el acento en la prevención y en la eliminación de la discriminación; establece de forma clara el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar políticas de prevención de la no discriminación; mejora el concepto de discriminación arbitraria; elimina la jerarquía de derechos que coloca a la no discriminación arbitraria en un

segundo orden; incorpora y define el concepto de discriminación indirecta; elimina la multa para el denunciante cuando su acción no tiene fundamento, y establece la posibilidad de solicitar una indemnización de perjuicios en el mismo proceso de la acción de no discriminación arbitraria.

Antes de terminar, se mostró dispuesta para mejorar el texto de la ley N° 20.609, a fin de perfeccionar sus aspectos preventivos, procesales y conceptuales, de manera de tener una Ley Antidiscriminatoria sólida y efectiva.

A su turno, **el Jefe de la Unidad Jurídica del Ministerio Secretaría General de Gobierno, señor Cristóbal Osorio**, estimó que es bastante satisfactorio percatarse que existen tantos puntos en común respecto de la evaluación que se hace de la ley N° 20.609 y, en este contexto, valoró el proyecto de ley presentado, porque se encamina en la dirección correcta. Recordó el camino legislativo que siguió la ley N° 20.609, que comenzó en el año 2005 y que se tomó más de siete años para su promulgación, lo que ocurrió tras el horrible crimen cometido contra el joven Daniel Zamudio, hecho que aceleró su tramitación.

Luego, lamentó que exista consenso de todos los actores que la Ley de Antidiscriminación no ha cumplido el objetivo que se tuvo en vista cuando fue aprobada. Al efecto, detalló, se ha criticado por reducir una legislación general en materia de no discriminación a una acción judicial y que ha sido de utilización bastante acotada por la ciudadanía. Por ello, subrayó, no se debe esperar nuevos hechos, como el caso de Daniel Zamudio, para mejorar un cuerpo normativo que constituyó, sin duda, un paso enorme para hacer de Chile un país más inclusivo.

Expresó que un mundo como el actual, globalizado y tecnologizado, impone grandes desafíos, como el reconocer la existencia de realidades distintas a la nuestra, lo que los obliga a aceptar la diversidad como el único camino para tener un país en que todos sean valorados.

En seguida, destacó que forma parte del Programa de Gobierno de la Presidenta de la República el modificar la ley N° 20.609, para que ésta se convierta, efectivamente, en una norma general que, junto con establecer mecanismos correctivos, también incluya la obligación del Estado de establecer acciones positivas, que ejecute en pos de la inclusión y de la no discriminación.

En este sentido, resaltó, que en este proyecto de ley son más los aspectos en los que están de acuerdo, que en los que difieren, puesto que ha recogido las principales críticas que se le han hecho a esta ley. Por ello, expresó, el Ministerio Secretaría General de Gobierno

exterioriza su plena disposición para colaborar en el trabajo de enriquecimiento de este proyecto de ley.

En sintonía con lo anterior, sugirió escuchar a todas las organizaciones vinculadas al tema de los derechos humanos, y pidió autorización para asistir a las sesiones en que se trate esta iniciativa, para que el Ejecutivo tome conocimiento de sus planteamientos y formular las indicaciones que sean necesarias para perfeccionar esta ley. Resaltó, la importancia de la participación ciudadana y de conocer la posición de cada uno de los actores respecto de la Ley Antidiscriminación.

La Honorable Senadora señora Van Rysselberghe manifestó su conformidad con la propuesta del Ejecutivo, porque entiende que el reformular la Ley de Antidiscriminación involucra un esfuerzo bastante más amplio. Por ello, pidió al Ejecutivo y a los miembros de la Comisión que acompañen su propuesta de invitación para quienes consideren deben ser escuchados por esta Comisión.

La Honorable Senadora señora Pérez indicó que algunas de las modificaciones que propone esta iniciativa de ley están consideradas en el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, por lo que solicitó recabar en qué estado se encuentra esta iniciativa en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Por otra parte, recordó que la mayoría de los autores del proyecto de ley en estudio, votó en contra de la ley N° 20.609 y que varios de los aspectos que ahora se mencionan deben ser mejorados, tuvieron que ser eliminados de la Ley de Antidiscriminación porque fue la única vía para contar con los votos necesarios para que el Congreso Nacional aprobara esta ley.

Por ello, valoró la formación de un equipo legislativo para discutir las disposiciones de la ley N° 20.609 que quedaron pendientes o que deben ser fortalecidas, mediante la presentación de indicaciones a la actual ley. Además, consideró fundamental conocer la voluntad del Ejecutivo para recoger otras iniciativas legales, tales como el proyecto de ley que reconoce la identidad de género y el que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso.

El Jefe de la **de la Unidad Jurídica del Ministerio Secretaría General de Gobierno**, respecto del proyecto de ley de identidad de género, informó que el Ejecutivo pidió un nuevo plazo para formular indicaciones, porque está interesado en realizar algunos cambios al texto aprobado en general por el Senado y, anunció, que le darán una mayor celeridad en su tramitación.

En cuanto a las mejoras a la Ley de Antidiscriminación, sugirió, dejar el análisis más detallado para discusiones futuras, no obstante mencionar que concuerdan en varios puntos con el proyecto de ley en estudio.

Luego, planteó a la Comisión la conveniencia de conocer la realidad del derecho comparado en materia de discriminación indirecta y de otro tipo de discriminaciones, tales como la discriminación por asociación o la discriminación múltiple, que ilustren a Sus Señorías sobre todas las formas de discriminación y para facilitar el trabajo de los jueces.

Finalmente, resaltó que uno de los grandes desafíos es perfeccionar la acción de no discriminación, de manera que se constituya en una mejor herramienta judicial que el recurso de protección. Asimismo, que se faculte al Estado para adoptar medidas afirmativas que promuevan el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República y los tratados internacionales ratificados por Chile.

Posteriormente, en sesión de 10 de junio de 2015, la Comisión recibió en audiencia al **Director del Área de Derechos Humanos del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), señor Rolando Jiménez**, quien, luego de agradecer la invitación, señaló que están gratamente sorprendidos de que los Parlamentarios que se opusieron tajante y vehemente a la Ley de Antidiscriminación hoy día patrocinen el presente proyecto de ley.

Dicho esto, informó que trabajan con el Gobierno en una serie de enmiendas a la ley N° 20.609, las que acompañó en un documento que quedó a disposición de Sus Señorías, y que hoy están siendo evaluadas por el Ejecutivo. En este contexto, valoró, las modificaciones planteadas por este proyecto de ley.

En seguida, apoyó la propuesta que permite a las víctimas pedir una indemnización de perjuicios y, también, la que elimina la sanción de multa a beneficio fiscal, para el litigante vencido, cuando el tribunal establece que la denuncia carece de todo fundamento.

Asimismo, compartió la necesidad de establecer una institucionalidad que se encargue de la elaboración y de la ejecución de las políticas públicas destinadas a garantizar a toda persona el goce y el ejercicio de sus derechos, sin discriminación alguna. Al efecto, precisó, el inciso segundo, del artículo 1°, de la ley N° 20.609 señala que todos los órganos de la Administración del Estado deberán generar políticas públicas de antidiscriminación, pero no dice quién, cómo y con qué recursos.

El objetivo, continuó, es resolver este vacío e incluso, planteó, pedir a la Presidenta de la República que dicte un reglamento que recoja, de alguna manera, esta falta de institucionalidad, ya que por esta vía se podría determinar la responsabilidad respecto de políticas públicas más específicas, lo que podría ser una salida intermedia en caso de que no exista voluntad política en el Congreso Nacional o en el Ejecutivo para crear una nueva institucionalidad.

Adicionalmente, propuso, dotar de mayores atribuciones al Instituto Nacional de Derechos Humanos, para que se haga cargo de la implementación de medidas que tengan por objetivo prevenir conductas de discriminación arbitraria. Pero, advirtió, ello implicaría incrementar los recursos de que dispone el Instituto y ampliar su misión.

El Vocero del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, señor Oscar Rementería, en el mismo sentido, señaló que la ley N° 20.609 establece que todos los órganos del Estado deben elaborar e implementar políticas públicas para erradicar cualquier tipo de discriminación arbitraria. No obstante, la ley no precisa quién es el responsable, no asigna los recursos, ni establece los plazos para ello.

Bajo este contexto, apoyó las propuestas que se están barajando, a saber: dictar un reglamento para regular el vacío sobre la institucionalidad en materia de no discriminación, entregar mayores atribuciones al Instituto Nacional de Derechos Humanos o crear un Servicio Nacional de Diversidad. En su opinión, la alternativa más viable para subsanar esta debilidad es la dictación de un reglamento, que sea elaborado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Con todo, resaltó que es fundamental que exista una entidad que se haga cargo y se responsabilice de este tema.

En seguida, **el Director del Área de Derechos Humanos del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual** presentó una serie de modificaciones a la ley N° 20.609:

1.- En el inciso primero del artículo 2° planteó agregar el siguiente texto final:

“, o cualquier otro atributo que sea empleado inidóneamente para situar a una determinada categoría de personas en una situación de desventaja estructural.”.

2.- Reemplazar los incisos segundo y tercero del artículo 2° por los siguientes:

“No se considerarán conductas discriminatorias las siguientes:

a) Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas que establezcan tratos diferenciados en beneficio de las víctimas de discriminación con el objeto de erradicar su situación de desventaja estructural;

b) Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada, siempre y cuando no constituyan mecanismos de discriminación indirecta;

c) En el ámbito de la educación, los requisitos académicos y de evaluación;

d) Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público;

e) En general, todas las que no tengan directa o indirectamente el efecto de situar a una determinada categoría de sujetos en una situación estructural de desventaja no fundada en su desempeño;

f) La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de las autoridades, deberá ser congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que Chile sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicables. Para estos efectos, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las categorías de personas estructuralmente desventajadas.

En aquellos procedimientos jurisdiccionales, sea que estén reglamentados por esta ley o por otros cuerpos legales, en los que existan indicios fundados de discriminación, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la distinción, exclusión o restricción cuestionada, así como de su proporcionalidad.”.

Explicó que este último inciso pretende invertir la carga de la prueba, ya que hoy es la persona afectada por la discriminación la que debe demostrar que padeció una situación de discriminación. La idea, continuó, es invertir esta prueba y que sea la institución o la persona acusada de discriminación la que pruebe que no discriminó.

3.- Sustituir el inciso segundo del artículo 10 por el siguiente texto:

“En adición a lo señalado por el artículo 2°, inciso final, corresponderá a la parte demandada por discriminación, la aportación de antecedentes probatorios que establezcan, más allá de toda duda razonable, la falsedad de los hechos aseverados por la parte demandante.”.

4.- Reemplazar el inciso tercero del artículo 12 por el siguiente:

“Si hubiere existido discriminación arbitraria, la víctima tendrá derecho a que el tribunal declare la procedencia de una indemnización pecuniaria, cuyo monto será determinado en procedimiento breve y sumario, sin apelación, y deberá ser idóneo para reparar el daño moral y material ocasionado; y 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.”.

5.- Suprimir el artículo 18.

6.- En el artículo 12, número 21 del Código Penal, sustituir la expresión “motivado por” por “en circunstancias que evidencien perjuicio u odio del agresor contra”.

Posteriormente, informó que han constituido una mesa de trabajo, que se llama “Fuerza Trans”, que aglutina a todas las organizaciones de la diversidad sexual que trabajan con población transgénero, y manifestó su preocupación por la demora en la tramitación del proyecto de ley de identidad de género. A su vez, informó que las modificaciones antes mencionadas fueron consensuadas con esta mesa de trabajo trans.

El señor Oscar Rementería, del MOVILH en relación con la carga de la prueba de la acción de no discriminación, reiteró que la ley vigente obliga a la persona discriminada a probar la discriminación, siendo que normalmente las personas víctimas de discriminación son las que tienen menor acceso a recursos, a abogados y a los medios de comunicación, por lo que es evidente que no es fácil para ellos presentarse ante los tribunales de justicia a entablar una acción de no discriminación, más aun considerando que se arriesgan a ser condenados a pagar una multa, si no logran demostrar que efectivamente fueron discriminados. Por ello, enfatizó, la importancia de modificar la carga de la prueba de esta acción.

Por otro lado, señaló que el proyecto de ley de identidad de género ayudaría a evitar los casos que los medios de comunicación han hecho público sobre los menores de edad que han manifestado una identidad de género distinta y que han sido discriminados

por sus establecimientos educacionales. En su opinión, esta ley facilitaría el proceso que vive el menor y su familia y lamentó, que hoy estén sujetos a la voluntad de las instituciones educativas.

Por otra parte, **el Director del Área de Derechos Humanos del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual** instó a sus Señorías a incorporar en la Ley de Antidiscriminación el tema de la incitación al odio. En su opinión, debe existir un sólo cuerpo legal que aborde todas estas materias, incluyendo en esta iniciativa un número que tipifique como delito la incitación al odio, porque hoy esta conducta queda en la más absoluta impunidad y, sugirió agregar un artículo, nuevo, en el Código Penal, del siguiente tenor:

“El que a través de palabra escrita o hablada o a través de acciones que expresen un contenido comunicativo amenace a personas o colectividades en razón de las categorías identificadas por el artículo 2° de la ley N° 20.609 o incite a otros a agredir a los mismos será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.”.

Asimismo, planteó reemplazar el artículo 31 de la ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, por el siguiente:

“El que a través de cualquier medio de difusión pública de la palabra, o de alguna acción que a la luz de los estándares culturales prevalecientes sea capaz de expresar un contenido comunicativo, exprese odio y hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de las categorías identificadas por el artículo 2° de la ley N° 20.609, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.”.

La Honorable Senadora señora Pérez San Martín valoró el trabajo realizado por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual y felicitó a sus representantes por haber logrado que se modificara el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, año 2015, de la Empresa Tricolor S.A, que en un primer momento incorporó como una falta grave el promover la pornografía, la pedofilia, la homosexualidad y otras acciones contrarias a la moral y las buenas costumbres. Asimismo, manifestó su conformidad con la mayoría de las modificaciones planteadas a la ley N° 20.609.

En seguida, representó al Ejecutivo el hecho de que todavía no se cree la Subsecretaría de Derechos Humanos y lleven varios años anunciándola. Al efecto, recordó que se trata de un proyecto de ley iniciado durante el Gobierno del ex Presidente de la República, señor Piñera, que presentó la ex Ministra de Justicia, señora Pérez, y que hoy se encuentra en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

Reparó que durante el actual Gobierno esta iniciativa no ha tenido tramitación legislativa; no obstante ser la entidad, al alero del Ministerio de Justicia, a la cual se le encomienda proponer las políticas públicas en materia de derechos humanos, y coordinar a todos los Ministerios, mediante un Consejo de Ministros, integrado, entre otros, por el Ministerio de Educación, de Salud y el Servicio Nacional de la Mujer.

Así, subrayó, la Subsecretaría de Derechos Humanos sería la entidad encargada de proponer los planes y políticas de no discriminación y de velar por su cumplimiento. A su juicio, estas tareas deben estar radicadas en esta Subsecretaría y no en el Instituto Nacional de Derechos Humanos, que es un órgano autónomo.

En sintonía con lo anterior, compartió que para lograr un real avance en materia de no discriminación no sólo se debe aprobar el proyecto de ley en estudio, sino también otras iniciativas, como: el de identidad de género, el que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, y el que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos.

En razón de lo expuesto y considerando que son materias que dependen de la voluntad del actual Gobierno, solicitó invitar a las señoras Ministra de Justicia y a la Ministra Subrogante del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia para que puedan informar si estas iniciativas están consideradas en la agenda legislativa del Ejecutivo, que fueron parte de los anuncios que realizó la Presidenta de la República el pasado 21 de mayo.

La Honorable Senadora señora Van Rysselberghe informó a Sus Señorías que el Ejecutivo le puso suma urgencia al proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y que está en la tabla de esta semana en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados.

Con respecto al proyecto de ley sobre identidad de género, refirió, que, a requerimiento del Ejecutivo, se pidió un nuevo plazo de indicaciones en la Sala del Senado, que se vence el próximo 24 de junio, por lo que estima que la primera quincena de julio la Comisión estaría en condiciones de retomar su estudio en particular.

En relación con el proyecto de ley en estudio, indicó que el objeto es conocer las distintas opiniones sobre las modificaciones que se deben introducir a la Ley de Antidiscriminación, aprobarlo en general y luego abrir un plazo de indicaciones para perfeccionar su texto.

Posteriormente, la Comisión recibió en audiencia a la **Encargada Jurídica del Servicio Nacional del Adulto Mayor, señora**

Tania Mora, quien señaló que el adulto mayor es objeto de discriminación permanente en la sociedad actual, en contraposición con épocas pasadas en que eran respetados por su sabiduría y experiencia. Por esta razón, el Servicio Nacional del Adulto Mayor tiene por objetivo velar por su integración social y por su protección ante el abandono y la indigencia, en concordancia con los derechos que están reconocidos en la Constitución Política de la República y en las leyes.

Comentó, asimismo que el Servicio Nacional del Adulto Mayor celebró la aprobación de la ley N° 20.609, ya que dentro de las categorías sospechosas de discriminación está la discriminación por edad. Preciso que, en este caso, se trata de una discriminación por edad en la vejez, ya que la discriminación también se puede dar en épocas tempranas de las personas.

Hizo presente que luego de revisar el texto de este proyecto de ley, observa que coinciden en la mayoría de las modificaciones propuestas. Sin embargo, consignó que tienen algunos reparos respecto de algunos numerales, y que en esos casos prefieren que se mantenga la ley vigente.

En particular, se refirió a la eliminación de las palabras “exclusión o restricción” de la definición de discriminación arbitraria del inciso primero del artículo 2° de la ley N° 20.609. Resaltó que es ampliamente reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que la discriminación se define utilizando los vocablos de “distinción, exclusión, restricción o preferencia”. Informó que esta última expresión fue incluida por el Comité de Derechos Humanos.

En su opinión, si se deja sólo la palabra “distinción” se estaría restringiendo su contenido, que ha sido aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por el Comité de Derechos Humanos. Además, indicó, todos los tratados modernos de derechos humanos establecen este principio de igualdad y de no discriminación como una norma de *ius cogens*, es decir, que se trata de una norma absolutamente reconocida y consuetudinaria, que no debe ser modificada por la legislación nacional de un Estado.

Asimismo, informó, de la reciente aprobación de la Convención Interamericana para la Protección de los Personas Mayores, que será presentada ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos entre los días 13 y 15 de junio, en Haití. Señaló que se demoraron alrededor de cuatro años en consensuar el texto de esta Convención, y que ella define a la discriminación por edad en la vejez como “cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades

fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”. Así las cosas, consideró que se debe mantener la definición que la ley N° 20.609 consagra para la discriminación arbitraria.

Respecto a la modificación contenida en el número 5), que reemplaza el “y” por “o”, manifestó su aprobación.

Por último, apoyó la propuesta que permite al demandante solicitar una indemnización de perjuicios si fuere procedente. No obstante lo anterior, observó que se debe precisar el procedimiento que se aplicará a esta acción, ya que de no ser así se tendrían que aplicar las reglas generales del procedimiento civil ordinario, de lato conocimiento.

A continuación, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe** explicó que la idea de eliminar los vocablos “exclusión o restricción” fue concebida, justamente, para evitar que la norma tuviera una aplicación restrictiva, dando cabida a un concepto amplio de distinción o preferencia. Reconoció que se trata de un tema ampliamente discutible y como tal se mostró abierta a buscar una fórmula mejor.

Posteriormente, la Comisión escuchó a **la Abogada del Programa de Seguimiento Legislativo de Corporación Humanas, señora Camila Maturana**, quien junto con agradecer la invitación para presentar los comentarios de la institución que representa al proyecto de ley en estudio, recordó que en días pasados fueron invitadas para exponer sobre el Boletín N° 9.938-17, ocasión en la que señalaron extensamente las falencias que, a su juicio, presenta la ley N° 20.609, de no discriminación.

En particular, destacó la limitada conceptualización de la discriminación que no considera, dentro de las categorías sospechosas, cualquier otra condición social, y la falta de definición en la ley de los objetivos orientados a la prevención, eliminación, sanción y reparación de la discriminación, sino que únicamente establece un mecanismo jurisdiccional. Así también, la omisión de una institucionalidad para la igualdad y la no discriminación; la ausencia de obligaciones específicas de los órganos del Estado en materia de sanción, erradicación y reparación de la discriminación; la falta de recursos públicos, especialmente orientados a las acciones destinadas a la igualdad y la no discriminación relacionada con la educación pública, las campañas, la capacitación y formación de los funcionarios públicos, y la exclusión de las medidas de acción afirmativa, todo ello sumado a que no se contemplan medidas de reparación para las víctimas.

Hizo presente que todos estos puntos fueron señalados oportunamente por el conjunto de organizaciones que participaron

en la discusión de la Ley de No Discriminación. Además, observó, la primacía que consagra la ley N° 20.609 de ciertas garantías constitucionales por sobre los principios de igualdad y no discriminación.

Por otra parte, reiteró la importancia que se aborde la grave situación que enfrentan las familias de niños que sufren de espina bífida, en el sistema de salud y consultó por la solución que dará el Ejecutivo a esta situación. Así también, insistió en la preocupación por el retraso del proyecto sobre identidad de género radicado en esta Comisión de Derechos Humanos, tema que les preocupa.

En relación con el proyecto de ley Boletín N° 10.035, objeto de esta sesión, hizo notar que para avanzar en su tramitación es necesario que exista una estrecha alianza entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo de manera de coordinar tanto las adecuaciones normativas que requiere la ley, como la institucionalidad, los recursos y las acciones efectivas para progresar en la erradicación y en la prevención.

Con respecto al texto propuesto por esta iniciativa, manifestó que en varios puntos se sienten gratamente reflejados, no obstante, opinó que se requiere de un debate más profundo sobre cuáles son las modificaciones que efectivamente necesita la ley y cuáles corresponden a enmiendas de iniciativa exclusiva de la Presidenta de la República.

Luego, llamó la atención de que no se señale en la fundamentación de este proyecto, que el Estado de Chile fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo y niñas versus Estado de Chile”, mediante sentencia del año 2012, la cual establece estándares fundamentales en materia de igualdad y no discriminación que deben ser considerados en cualquier ejercicio legislativo que plantee abordar integralmente una reforma a la legislación sobre discriminación.

En cuanto a la percepción ciudadana de discriminación, resaltó que es importante que la Comisión se interiorice de la Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de 2013, que arroja luces importantes de lo que la población percibe como vivencia de discriminación y en qué ámbitos se materializa.

En esta misma materia, indicó que la primera consulta ciudadana que realizó el gobierno del ex Presidente, señor Piñera, en el 2013, es coincidente en varios puntos con la mencionada anteriormente y, además, señala cómo las personas son capaces de reconocer que discriminan a otros, lo cual considera interesante.

Precisó que según estos estudios, se percibe por la población que los más discriminados son los pueblos indígenas, los homosexuales y lesbianas, las personas de bajos ingresos, los discapacitados y los extranjeros.

Enfatizó que existe una gran brecha entre lo que sucede en términos de discriminación y la judicialización. En efecto, apuntó, no se entiende que si un tercio de la población afirma que discrimina, sólo se han presentado 119 acciones judiciales, de las cuales la mayoría no termina con sentencia favorable. Bajo este escenario, llamó a reflexionar sobre el desconocimiento que existe respecto de esta acción, en particular, si se entiende que efectivamente se va a restituir; si existen los medios para iniciar un proceso judicial; si se comprende qué es la discriminación; cuáles son las obligaciones internacionales que tiene el Estado en materia de igualdad y no discriminación, entre otras consideraciones.

Insistió en que no se aprovecha esta herramienta para garantizar los derechos de las personas que han sufrido discriminación.

Con respecto al presente proyecto de ley, valoró las fundamentaciones del mismo, en particular, el considerando número 5, que se refiere al objeto de la ley N° 20.609, ya que si bien en el epígrafe del texto actual se señala que esta norma establece medidas contra la discriminación, ello no se condice con su articulado, puesto que es una ley sancionatoria y no preventiva. Recordó que esta materia también la hicieron presente durante la discusión de la Ley Antidiscriminación, pero el legislador, en esa oportunidad, tomó la opción de otorgar a la ciudadanía un recurso judicial para el caso que fuera discriminado, pero no asumió ningún compromiso para evitar que esa discriminación ocurriera.

Así, también apoyó la fundamentación del considerando número 6, que señala que el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 20.609 pareciera consagrar el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas antidiscriminatorias, no obstante, la redacción de la norma es confusa y por lo tanto no hay un deber claro y específico. Sobre el particular, apuntó, se deben establecer obligaciones precisas en materia de prevención para los órganos del Estado y no sólo para la Administración del Estado.

Observó que tampoco se definen plazos para implementar estas medidas y no se contemplan mecanismos de exigibilidad, herramientas fundamentales para contar con una legislación eficaz.

Del mismo modo, consignó, no contempla mecanismos participativos para la definición de las acciones que los órganos del Estado deben emprender. Así también, agregó, se deben incluir medidas que permitan evaluar estas políticas, con el respaldo del Ejecutivo para dotar

los recursos necesarios y plantearse si estas atribuciones deben ser facultades u obligaciones. Resaltó que probablemente cuando esto se planteó, en el 2005, era osado aprobar que los órganos de la Administración del Estado estuviesen facultados para adoptar este tipo de medidas. Pero en el 2015, ya no es suficiente, acotó.

Con respecto al concepto de discriminación, coincidió en que al parecer hay una confusión sobre cuál es su concepto. Destacó que si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado ciertos consensos, es importante mantenerlos y llamó a considerar en la legislación chilena el concepto de discriminación definido por la legislación internacional. Ahora bien, si se desea modificar ello, instó a conocer mejor los fundamentos.

En cuanto a la norma del inciso tercero del artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece una presunción de razonabilidad, consideró que es una norma aberrante y que han señalado en reiterados informes que no corresponde que la Ley de No Discriminación señale que hay otros derechos que están por sobre la igualdad y la no discriminación, y que ello se determine a priori en una norma legal. En este sentido, coinciden con la propuesta de la moción de suprimir este inciso por cuanto se estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación arbitraria sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales.

También manifestó su acuerdo con el fundamento número 12 de la moción, el que ha sido recogido por varias instituciones y que dice relación con la importancia de las medidas especiales temporales o de acción afirmativa, cualquiera sea su denominación. No puede haber una ley de no discriminación que no mandate a los órganos del Estado a adoptar las medidas que se requieran para corregir una discriminación, apuntó. Agregó que es necesario revisar su formulación y entiende que hoy debiera ser una obligación de los órganos del Estado.

En seguida, mencionó el punto 13 de la moción, que se refiere a la importancia de definir el término de discriminación indirecta, materia que comparten y agregó que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se distingue, también, la discriminación por objeto o por resultado, punto que debería ser considerado.

Del mismo modo, manifestó su acuerdo con la derogación del inciso tercero del artículo 12 de la ley, que establece una sanción para el recurrente cuya denuncia carezca de fundamento. Hizo notar que el hecho de que carezca de fundamento, puede ser mal interpretado por un tribunal y, a la vez, es un desincentivo para las personas que precisamente están en una situación de vulnerabilidad, por lo que constituye una barrera de acceso a la justicia. Valoró el que se considere modificar

estas materias, las cuales no debieron estar en esta ley y así fueron representadas durante toda su discusión.

En relación con la indemnización que propone la moción, llamó la atención y afirmó que a las personas que han sufrido discriminación no les basta que el tribunal reconozca que se discriminó y que se aplique una multa. Aclaró que la reparación de una violación a los derechos humanos es muy diferente de una indemnización, materia que debe ser estudiada con detención. Preciso que si existe discriminación se entiende hay una violación a los derechos humanos.

Resaltó que el tema de la reparación se vincula con el acceso a la justicia y con el debido proceso, ya que cuando se comete una violación a los derechos humanos, debe existir un mecanismo idóneo y eficaz para reconocer esa violación y repararla. Luego, también es parte de las obligaciones del Estado, dar asistencia a las personas para poder acceder, efectivamente, a esa justicia. Lo anterior, dijo, es una dimensión que no se está contemplando.

A su vez, indicó que la reparación, de conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica, además de la indemnización, la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

Remarcó que la restitución, significa que la víctima pueda volver a la situación en que se encontraba antes de la violación, es decir, que logre recuperar la identidad y la vida que tenía previa a la violación. Luego, dijo, al hablar de indemnización, no se tienen presente estas consideraciones.

Explicó que para el Derecho Internacional, la indemnización implica pagar una suma de dinero que equivale a los perjuicios patrimoniales que se producen con ocasión de la discriminación, la reparación patrimonial del daño físico y síquico que la persona sufrió a raíz de la discriminación. La pérdida de oportunidades, el daño material y la pérdida de ingreso que representan el lucro cesante, además de los perjuicios morales, los gastos de asistencia jurídica y otros servicios que se requirieron producto de la discriminación.

A su vez, acotó, la rehabilitación se entiende como la atención médica, psicológica, jurídica o social que las personas requieren con posterioridad a la violación de sus derechos.

Por su parte, la satisfacción son aquellas medidas eficaces para que la violación no continúe; la revelación pública de la verdad, el reconocimiento de que ha habido esta discriminación; una declaración oficial o de autoridad que restablezca la dignidad y la reputación de la

persona discriminada; las disculpas públicas que implica el reconocimiento de los hechos y de la responsabilidad; la sanción a los responsables y, eventualmente, eventos de conmemoración.

Las garantías de no repetición, son aquellas orientadas a evitar que estas situaciones se mantengan o perpetúen en el tiempo y que dicen relación con revisar cuáles son las medidas que las autoridades han adoptado y controlarlas, además de otras relacionadas con la educación, capacitación y prevención.

En síntesis, reiteró, en cuanto al número 1) del presente proyecto de ley, si bien es importante ampliar el objetivo de la ley, éste debe ser un objeto real y que incluya la reparación.

En lo que dice relación con el número 2), las obligaciones deben ser precisas y no sólo incluir a los organismos del Estado, además de establecer mecanismos de exigibilidad y de participación ciudadana, así como sistemas de evaluación y plazos.

Sobre el número 3), valoró que se incluyan las medidas de acción afirmativa pero, acotó, ellas deben ser obligatorias y no facultativas, y no limitadas a los órganos de la Administración del Estado.

Con respecto a los número 4) y 5), que modifican la definición de discriminación, no comparten la propuesta de la moción, porque a juicio de Corporación Humanas no aporta a una mejor conceptualización del mismo.

Sí comparten a cabalidad la supresión del inciso tercero del artículo 2°, como ya se señaló. Sin embargo, llamó la atención respecto del inciso segundo de este mismo artículo, que fue incorporado durante el segundo trámite constitucional de la ley N° 20.609, en el Senado, que dispone que 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. Sugirió eliminar este inciso, porque no aporta nada y podría confundir a los jueces que no sean expertos en temas de discriminación de derechos humanos.

En relación con la discriminación arbitraria, estiman relevante incluir este tema en la legislación, no obstante, considerar necesario una redacción más específica.

En cuanto al procedimiento, que se modifica mediante el número 8), se incorpora la posibilidad de solicitar una indemnización si correspondiere. Insistió en que reparación no es lo mismo que indemnización. Del mismo modo, observó que la propuesta señala “si correspondiere”, ya que siempre se debiera indemnizar. Indicó que no es

posible que una situación no se indemnice y, además, ello predispone a que se deba cumplir ciertos estándares probatorios que no quedan claro. Agregó que debiera mejorarse su formulación.

Por otra parte, hizo notar que no hay ningún diagnóstico procedimental de la ley que requiera modificación, lo que a su juicio es importante porque puede haber otros aspectos procedimentales que deben ser considerados. Estimó que el plazo de 90 días para interponer la acción de discriminación no se condice con el carácter de una violación a los derechos humanos y puede configurar situaciones de denegación de justicia.

Finalmente, planteó que la carga de la prueba está indebidamente planteada, ya que se asume como una acción normal y corriente, en circunstancias que cuando se determina que existe una distinción de restricción o preferencia basada en categorías sospechosas es el agente el que hace la distinción, el que tiene que acreditar ante el tribunal si ella tiene un fundamento, si es legítima, objetiva y razonable y proporcional. Por tanto, resaltó, no es la víctima quien deba probar la discriminación.

En seguida, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe** aclaró que el objeto de la sesión no es estudiar el proyecto en detalle sino que, a solicitud del Ejecutivo, recibir en audiencia a las distintas entidades relacionadas con la materia en estudio, a fin de poder tener una visión general del mismo, para luego aprobar la idea de legislar y, con posterioridad, abrir un plazo para presentar indicaciones y comenzar a discutir su articulado en particular, perfeccionándolo de la mejor manera posible considerando las distintas miradas que hay sobre este particular.

Insistió en que este proyecto de ley recoge las observaciones que consideran que la Ley de Antidiscriminación es básicamente represiva y no preventiva y debe ser una herramienta de ayuda para la prevención de conductas de discriminación arbitraria.

Por otra parte, hizo presente que si bien hay varias disposiciones de la ley N° 20.609 que fueron aprobadas transversalmente, la práctica indica que muchas de ellas deben ser adecuadas, como da cuenta el hecho de que sólo se han presentado 119 acciones judiciales.

Luego, **el representante del Ministerio de la Secretaría General de Gobierno** manifestó la disposición del Ejecutivo para seguir avanzando en materias de inclusión, y valoró que la Comisión reciba en audiencia a las distintas organizaciones para que, de esta manera, tengan una voz en las modificaciones que se proponen este proyecto de ley.

En sesión de 17 de junio de 2015, la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe recabó el acuerdo de los miembros

presentes de la Comisión para que en la próxima sesión, luego de escuchar a los expositores invitados, se vote en general el presente proyecto de ley. Asimismo, indicó que antes de iniciar la discusión en particular de esta iniciativa se continuará con los demás organismos y expertos interesados en exponer sobre la materia.

En seguida, la Comisión recibió **a la Ministra de Justicia, señora Javiera Blanco** quien fuera invitada para conocer la agenda legislativa en materia de Derechos Humanos.

La señora Ministra de Justicia informó, entre otros aspectos, los siguientes proyectos de ley consultados por Sus Señorías:

El que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, con urgencia calificada de suma, actualmente está en estudio en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados y se encuentra próximo a ser despachado por ésta, para ser enviado a la Comisión de Hacienda. Informó que la principal modificación que han incorporado en este trámite dice relación con el traspaso del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a esta Subsecretaría.

El que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, en estudio en el Senado. Explicó que solicitaron un nuevo plazo de indicaciones con el objeto de perfeccionar sus normas y que, su seguimiento, se encuentra radicado en el Ministerio Secretaría General de Gobierno.

El que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, está en estudio en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, calificado con suma urgencia. Sobre el particular, informó que están estudiando una modificación general al Código Penal, en la cual podría incorporarse este delito.

A continuación, la Comisión recibió en audiencia a **la Abogada del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señora Diana Maquilón**, quien luego de presentar las excusas de la señora Directora del Instituto, señaló que remitirán el informe a la Comisión con la aprobación de todos los Consejeros que integran el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, con una precisión de cada uno de las observaciones y comentarios que se hacen al articulado de este proyecto de ley.

En seguida, resaltó que esta iniciativa trata un tema de gran interés para el Instituto Nacional de Derechos Humanos y recordó que el Instituto participó durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la ley N° 20.609, formulando una serie de observaciones,

que si bien no fueron acogidas en esa oportunidad, varias de ellas coinciden con el contenido de este proyecto de ley.

Sobre el particular, informó que tanto el Sistema de Naciones Unidas como el Sistema Interamericano han recomendado al Estado de Chile modificar o mejorar su legislación actual en materia de principio de igualdad y no discriminación. Al efecto, detalló, que el año 2012 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó al Estado de Chile mejorar la definición de discriminación contenida en el artículo 2° de la ley N° 20.609. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial hizo una referencia al inciso segundo del artículo 3° de la citada ley respecto de la valoración que hace la norma sobre el choque del principio de igualdad y no discriminación con determinados derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, cuestión que aborda esta iniciativa de ley.

En el marco del Sistema Interamericano, comentó que en junio de 2013 se aprobaron dos nuevas convenciones en materia de igualdad y no discriminación, a saber: la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. Explicó que trajo a colación estas Convenciones, a pesar de que Chile no las ha firmado ni ratificado, pero que son un hito interesante en materia de desarrollo normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que reconocen expresamente nuevos conceptos de discriminación, incorporan nuevas categorías sospechosas como la identidad de género y la orientación sexual, y además establecen deberes específicos para los Estados de adoptar políticas públicas en materia de igualdad y no discriminación, y medidas especiales o medidas de acción afirmativa sobre las cuales también este proyecto de ley se pronuncia.

En relación con este último punto, dado que el Poder Legislativo tiene un importante rol en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones internacionales, instó a esta Comisión a liderar un debate respecto de la necesidad de firmar y ratificar estos dos instrumentos internacionales, que podrían ser muy útiles y que, además, ayudarían a Chile en el cumplimiento internacional de los derechos humanos.

En cuanto al presente proyecto de ley, sostuvo, que el Instituto Nacional de Derechos Humanos valora la presentación de esta moción, y anunció que se pronunciará respecto de tres temas en específico, a saber: el propósito de la ley N° 20.609 y el deber de los órganos del Estado de cumplirlo; el concepto de discriminación, y los cambios que se proponen para la acción judicial, tanto en cuanto a su interposición, como respecto de las medidas de reparación que puede adoptar el juez en cada caso en concreto.

En lo que dice relación con el propósito de la ley N° 20.609, explicó que el proyecto de ley propone establecer expresamente que esta ley tendrá por objetivo fundamental prevenir, eliminar y sancionar toda forma de discriminación arbitraria. Comentó que al Instituto Nacional de Derechos Humanos le parece positivo este cambio, sin embargo, hizo el alcance que el deber de garantía tal como ha sido conceptualizado a nivel internacional ya involucra en sí mismo el deber de prevención. Al efecto, precisó que de la obligación de garantía se pueden desprender las siguientes obligaciones: prevenir, investigar, sancionar y reparar. En consecuencia, opinó, no sería necesario incluir el vocablo “prevenir”, aunque reconoció que su inclusión no es un obstáculo para la legislación nacional en materia de derechos humanos.

Luego, indicó que el proyecto de ley en su número 4) propone eliminar las palabras “exclusión” y “restricción” del concepto de discriminación arbitraria. Informó que para el Instituto Nacional de Derechos Humanos la actual definición del inciso primero, del artículo 2° de la ley N° 20.609 es coincidente con los estándares internacionales, tal como la conceptualiza la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial y la legislación nacional, como el Código del Trabajo, que también usa la misma nomenclatura para enumerar los actos discriminatorios.

Posteriormente, se refirió al deber del Estado de implementar políticas para garantizar a toda persona, sin discriminación, el goce y ejercicio de sus derechos. Actualmente, señaló, se habla de un deber general que le corresponde a los órganos de la Administración del Estado, pero sin precisar en qué se traduce esta obligación. Al efecto, valoró que este proyecto de ley proponga incluir en forma expresa el deber de establecer medidas especiales destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas sin ser discriminadas arbitrariamente.

Explicó que en la práctica, la propuesta del número 3) de este proyecto de ley se traduce en consagrar un deber para los órganos de la Administración del Estado de adoptar las medidas de acción afirmativas. En este sentido, dijo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos destaca que esta proposición es coherente con lo que señalan los estándares internacionales, específicamente con el artículo 1.4 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, como también la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su artículo 4°, el que establece el deber de los Estados de adoptar medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar los procesos de igualdad de facto, en este caso en particular, entre el hombre y la mujer.

Asimismo, coincide con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al consagrar que los Estados podrán adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización

del principio de igualdad y no discriminación. Indicó que las tres Convenciones que acaba de mencionar fueron ratificadas por el Estado de Chile y que están vigentes, lo que demuestra que este proyecto de ley estaría en sintonía con las obligaciones internacionales que tiene Chile.

Respecto de las medidas de acción afirmativas, reconoció que para un sector éstas generan algún grado de desconfianza, porque piensan que podrían producir una nueva discriminación; otros, tienen dudas sobre su alcance y sobre el tiempo en que deben aplicarse. Sobre el particular, opinó, las medidas de acción afirmativas en ningún caso podrán ser utilizadas para generar nuevas discriminaciones y por esencia son temporales, lo que implica que cesan una vez que se ha logrado igualar a los grupos más desventajados, vale decir, que han logrado posicionarse y, efectivamente, gozar del principio de igualdad y de no discriminación.

Por tanto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos apoya que se incluya este nuevo inciso en la ley N° 20.609. Además, recordó que las medidas de acción afirmativas estaban consideradas en el texto original del proyecto de ley que dio origen a la citada ley, como un deber de los órganos del Estado de adoptar medidas de carácter temporal, que debían cesar una vez que se alcanzaba el objetivo propuesto. Sin embargo, acotó, durante su tramitación esta norma fue eliminada y, en este sentido, el proyecto de ley en estudio vendría a subsanar uno de los principales vacíos de esta ley, dado que el texto de esta norma apunta más bien a consagrar una acción judicial que actúa *ex post*, una vez que ha sucedido la discriminación. Las medidas de acción afirmativas permitirían tomar medidas de carácter preventivo para asegurar el respeto al principio de igualdad, agregó.

En relación con las modificaciones que se plantean para la acción judicial, señaló que este proyecto de ley busca establecer de manera obligatoria que se otorgue una indemnización de perjuicios cuando se haya determinado que las personas fueron víctimas de una vulneración a su principio de igualdad y de no discriminación en base a otro derecho. Indicó que la actual normativa consagra en el artículo 12 que el juez que conozca de la acción podrá adoptar todas las demás providencias que estime pertinentes, por lo que la legislación actual no impediría, en la práctica, que exista una indemnización monetaria en los casos que proceda. Sin perjuicio de ello, consideró que este proyecto de ley al explicitar este derecho constituye un avance para que se cumpla con el deber que tiene el Estado de Chile de reparar a la persona que ha sufrido una vulneración a sus derechos humanos.

No obstante lo anterior, comentó, al Instituto Nacional de Derechos Humanos le interesa destacar que el deber de reparación no sólo se satisface con la entrega de una indemnización monetaria, ya que se debe entender al concepto de “reparación” en un

sentido integral, que comprende también otras medidas, como las de satisfacción, de no repetición, entre otras, y que este caso podría ser una buena oportunidad para mejorar esta propuesta y establecer que no sólo se deberán adoptar medidas respecto del caso específico de carácter monetario, sino también medidas de otra índole, como pueden ser las campañas educativas o medidas que se destinen a educar los patrones socioculturales que se encuentran en la base de la discriminación que son objeto varias personas o grupos específicos en la actualidad.

En síntesis, destacó que el Instituto Nacional de Derechos Humanos valora positivamente este proyecto de ley, también respalda que se incorpore el deber de prevención, pero para ello se debe consagrar en esta ley, tanto en su objetivo como en su definición, la inclusión de otro tipo de medidas, tales como campañas educativas, formación en materia de igualdad y no discriminación para funcionarios públicos y garantizar que algún ente dentro del órgano estatal vele para que estas medidas se cumplan.

Luego, reiteró que el Instituto Nacional de Derechos Humanos respalda la incorporación de medidas de acción afirmativas y que no apoya la exclusión de las palabras “exclusión o restricción” de la definición de discriminación arbitraria, puesto que estos vocablos han sido incorporados por los instrumentos internacionales actualmente vigentes, como en las últimas convenciones que se han suscrito en el sistema interamericano en materia de igualdad y no discriminación.

En cuanto a la supresión del inciso tercero del artículo 2° de la ley N° 20.609, que consagra una especie de presunción de legitimidad de algunos derechos reconocidos en la Constitución Política de la República por sobre el principio de igualdad y no discriminación, expresó que el Instituto Nacional de Derechos Humanos coincide con el proyecto de ley en estudio en la necesidad de eliminar dicho inciso para permitir que sea el juez, caso a caso, el que pondere si existió o no una discriminación y no establecer en abstracto qué tipo de situaciones no constituyen casos de discriminación.

Asimismo, refirió que el Instituto Nacional de Derechos Humanos valora la incorporación en la ley N° 20.609 del concepto de discriminación indirecta, dado que éste ha sido incluido en las últimas convenciones del Sistema Interamericano, lo que implica que esta propuesta coincide con los avances en la materia a nivel internacional. Con todo, advirtió a Sus Señoría que faltaría incluir a la discriminación estructural.

Posteriormente, señaló que el concepto de “reparación” no se puede restringir a medidas de carácter monetario, puesto que también engloba otras medidas, como las que ya mencionó durante su

presentación, las que deberían consagrarse en forma expresa para evitar una interpretación restrictiva de la norma.

Por último, hizo presente a Sus Señorías la voluntad del Instituto Nacional de Derechos Humanos de colaborar y de participar en toda la tramitación de este proyecto de ley.

La Honorable Senadora señora Pérez San Martín agradeció la disposición del Instituto Nacional de Derechos Humanos de participar durante toda la tramitación de este proyecto de ley.

Por su parte, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe**, en cuanto a la propuesta de eliminar los conceptos “exclusión” y “restricción” contenida en el número 4) de este proyecto de ley, explicó que el sentido de esta modificación era evitar que se deje afuera al término “preferencia”, lo que motivó a los autores de la moción a mantener únicamente el concepto de “distinción”, con el fin de englobar todas las conductas discriminatorias y de darle una interpretación extensiva a esta norma.

La Abogada del Instituto Nacional de Derechos Humanos insistió que la norma internacional define a la discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia”. En este sentido, consideró que sería más adecuado agregar el concepto de “preferencia”, que suprimir los vocablos de “exclusión” y “restricción”, que se refieren a tipos de actos discriminatorios.

Posteriormente, en sesión de miércoles 1 de julio de 2015, la Comisión recibió en audiencia al **Doctor en Derecho de la Universidad de Oxford y Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, señor José Díaz de Valdés**, quien señaló que realizará algunos comentarios al proyecto de ley en estudio y algunas observaciones sobre la ley vigente, que no están, necesariamente, comprendidas dentro de esta iniciativa.

En términos generales, el proyecto apunta en la dirección correcta, toda vez que intenta perfeccionar algunos de los principales problemas de la llamada “Ley Zamudio”, la cual desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio, es muy deficiente.

Con respecto al texto del proyecto de ley, en primer lugar, se refirió a la discriminación positiva, contenida en el número 3), que propone incorporar una disposición que permite a los órganos de la Administración del Estado discriminar positivamente en favor de ciertos grupos.

Sobre el particular, hizo presente que tiene algunas dudas de que una disposición de carácter tan genérico como ésta, sea materia de un proyecto de ley y no de una reforma constitucional. Comentó que existen varios casos que abordan la garantía constitucional de igualdad y de no discriminación que terminaron en el Tribunal Constitucional, porque en el fondo involucran una definición de cómo debe entenderse la igualdad.

A su vez, indicó que en Chile existen otras leyes que han establecido algún tipo de discriminación positiva, como la Ley de Pesca y la actual Ley de Educación. En estos casos, continuó, la norma sobre discriminación positiva no ha sido aprobada por el Tribunal Constitucional como una norma constitucional, por lo que esta inquietud podría no tener mayor transcendencia.

Luego, sugirió a Sus Señorías establecer algunos parámetros para definir la discriminación positiva, así como las limitaciones a la misma. Informó que existe una gran variedad de estas medidas, algunas específicas y otras muy controversiales. Una buena definición podría excluir las últimas exigiendo, por ejemplo, el respeto al mérito o a la consideración individual de las personas, evitando así que las cuotas operen automáticamente. Por ello, propuso afinar con mayor detalle el nuevo inciso tercero propuesto para el artículo 1° de la ley N° 20.609, tal como se ha hecho en otros ordenamientos jurídicos. Así, subrayó, se precisan las medidas de acción afirmativas que podrían establecer los órganos de la Administración del Estado.

En segundo lugar, se refirió a la supresión del inciso tercero del artículo 2°. Sobre este punto, apoyó la propuesta, dado que esta disposición intenta crear una suerte de jerarquía entre derechos fundamentales, dejando a la no discriminación bajo otras garantías constitucionales. Sin embargo, consideró, existen casos en que los derechos fundamentales entran en conflicto y ahí hay que tomar una decisión. Con la eliminación de este inciso se entrega al juez la decisión de analizar en cada caso en concreto qué derecho prima, lo que en su opinión es lo correcto, pero expresó que esta materia debe quedar clara en la norma.

En su opinión, el legislador no tiene competencia para establecer jerarquías de derechos fundamentales, ya que la Constitución Política de la República no lo hace, por lo que tampoco correspondería a los legisladores hacerlo. En el caso de la Ley de Educación, dijo, se intentó hacer primar la no discriminación por sobre la libertad de enseñanza, lo que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en una de sus últimas sentencias.

En consecuencia, reiteró, al suprimir esta norma se entrega al juez la facultad de definir en cada caso en que exista un conflicto de derechos fundamental cuál será el que prima.

En tercer lugar, abordó la discriminación indirecta, que reconoce este proyecto de ley, la que surge cuando se está ante una norma aparentemente neutra que impacta a un grupo determinado de la población. A modo de ejemplo, mencionó el caso en que se exige como requisito para ingresar a las Fuerzas Armadas, medir más de 1,80 metro. Esta exigencia sería aparentemente una norma neutra, que afecta desproporcionalmente a las mujeres chilenas y a algunos descendientes de los pueblos indígenas, sin justificación suficiente. En efecto, la discriminación indirecta afecta a personas como miembros de ciertos grupos postergados o no. En otras palabras, es la pertenencia al grupo lo que da sentido a esta clase de discriminación.

Sobre el particular, indicó que la definición del proyecto omite esta vinculación, consagrando una discriminación indirecta que no requiere referencia a grupo alguno de pertenencia. No sólo se trata de una posición que riñe con la historia y la naturaleza del concepto de discriminación indirecta, sino que se ignora cómo se podría poner en aplicación. En síntesis, la experiencia comparada en la materia formula la discriminación indirecta en torno a la pertenencia a grupos, lo que debiera ser recogido en el proyecto.

Por último, respecto a la acción de indemnización de perjuicios, manifestó su apoyo a la propuesta de interponer la demanda de indemnización perjuicios junto con la acción de no discriminación, no obstante, indicó que debe perfeccionarse el procedimiento, porque el derecho constitucional para proteger los derechos fundamentales consagra dos vías, a saber: las acciones cautelares y las acciones declarativas. Las primeras, son rápidas y urgentes, y el típico ejemplo son los recursos de protección, en que tienen poca prueba, escasa discusión y se resuelven inmediatamente. Las segundas, son acciones de largo tiempo, tienen bastante prueba y discusión. Por ello, dijo, en el ámbito de los derechos fundamentales, normalmente, se prefieren las primeras, como ocurre en el área laboral y en la Ley de Antidiscriminación.

En el caso de la acción de indemnización de perjuicios, acotó, en nuestro ordenamiento jurídico se le vincula a juicios declarativos, por lo que en su opinión no basta con incorporarla, sino que además se requiere de un mayor estudio y considerar otras modificaciones en materia de prueba, plazos y discusión, para que ello no tenga que ser definido necesariamente por el juez.

Posteriormente, se refirió a algunas materias adicionales que debiera considerar el proyecto.

Al respecto, mencionó Las Categorías Sospechosas, que corresponde a una sospecha de distinción sin fundamento por sexo, raza, orientación sexual o religión, u otras, que dice al juez que está ante una discriminación arbitraria. Acotó que no se trata de una condena per se, ni de una prohibición de distinción, porque en ciertos casos puede ser razonable utilizar estos criterios para diferenciar, por ejemplo se pueden establecer ciertos beneficios exclusivamente para la mujer embarazada, lo que, sin duda, no es discriminatorio.

Resaltó que el efecto práctico de estas sospechas se traduce en que el juez debe exigir, para legitimar la diferencia un mayor estándar de justificación. Con todo, observó que la ley vigente no establece el efecto de las categorías sospechosas, puesto que se remite a señalar que se trata de un tipo de discriminación arbitraria, pero sin precisar el efecto práctico para el juez, lo que en su opinión debería ser solucionado siguiendo al derecho comparado que en esto es bastante uniforme y, a la vez, ayudaría a mejorar la definición de discriminación arbitraria que no es del todo clara al incorporar estas categorías sospechosas.

Insistió en que la correcta consagración legislativa de categorías sospechosas requiere de dos cosas:

Uno, la enumeración de ciertas características o rasgos personales que, como regla general, no deben ser utilizados para establecer diferencias entre individuos, tales como el sexo o la religión, y

Dos, enunciación expresa de las consecuencias de su utilización, cual es subir el nivel de exigencia que el juez utilizará para analizar la racionalidad de la medida. Es decir, cuando una norma utiliza alguno de estos rasgos, el juez debe “sospechar” acerca de su constitucionalidad. Así, cuando se le intente probar la racionalidad de la diferencia de trato, debe exigir más: el estándar de convencimiento sube.

En seguida, mencionó la Discriminación entre Privados y señaló que la Ley Antidiscriminación extiende la prohibición legislativa de discriminación a los privados en forma general. Sin embargo, la intensidad, las modalidades y los límites de dicha prohibición no son los mismos que la que se aplica al Estado. Por ejemplo, citó, existen ámbitos de relaciones entre privados en que el Estado no puede exigir tal prohibición, como la elección del cónyuge. Algo similar puede ocurrir respecto de la discriminación indirecta o por omisión, que puede ser más difícilmente exigible a los privados que al Estado.

Es decir, continuó, la prohibición de la discriminación privada no puede ser de igual entidad e intensidad que la impuesta a los entes públicos, puesto que se vulnerarían otros bienes

jurídicos fundamentales, como el derecho a la vida privada, la libertad de conciencia, entre otros.

Sin perjuicio de que el proyecto reconozca autonomía a los jueces en esta materia, también es posible que les entregue ciertas orientaciones.

Resaltó que cualquiera sea la fórmula elegida, es fundamental tener presente dos consideraciones:

La Constitución Política de la República no establece una jerarquía entre los diversos derechos fundamentales, con la posible excepción del derecho a la vida, por lo que el legislador tampoco puede hacerlo, y que el legislador no puede eliminar el rol del juez en materia de no discriminación. Destacó que lo crucial de todo juicio de discriminación es el test de racionalidad, es decir, si la diferencia hecha es o no racional o razonable, cuestión que depende del contexto concreto y que el legislador no puede resolver *a priori*, en abstracto. Más aún, apuntó, en las discriminaciones entre privados surgen muchas veces conflictos de derechos, lo que exige la intervención del juez.

Así, concluyó, la prohibición de discriminación entre privados no opera igual que para el Estado, puesto que se trata de una discriminación más complicada. Comentó que se ha prohibido la discriminación entre privados, pero centrándose en algunas relaciones, como en el área laboral o en la de seguros; otros, se fijan en el sujeto objeto de la discriminación, prohibiéndose para estos efectos discriminar por raza, sexo u orientación sexual, entre otros criterios; otros, se basan en el tipo de bien jurídico afectado, como por ejemplo puede ser la prohibición de afectar la dignidad de las personas. Resaltó que aquí se tiene toda una variedad de elementos que se pueden utilizar.

A continuación, mencionó la inclusión de la Acomodación. La acomodación consiste en la adaptación o relajación de ciertas reglas de carácter general, de forma de permitir la inclusión de personas que de otra forma quedarían excluidas. Así por ejemplo, un empleador de trabajadores de distintas religiones que realizan turnos laborales, puede organizar tales turnos de forma de que los judíos observantes no trabajen los sábados o los católicos los domingos.

Sostuvo que la acomodación es una gran herramienta que facilita la inclusión mediante arreglos voluntarios entre las partes involucradas y agregó que en derecho comparado se usa bastante y sugirió incluir y promover la acomodación en el proyecto como mecanismo idóneo para resolver problemas de discriminación.

Por otra parte, refirió la Multidiscriminación, que es aquella que sufre una persona que pertenece simultáneamente a más de un grupo desaventajado. Es decir, cuando se establecen medidas a favor de un inmigrante discapacitado o una persona de una etnia originaria pobre y anciana.

Advirtió que esta discriminación es especialmente difícil de combatir, ya que normalmente las políticas anti discriminación se centran en un solo factor, como el sexo o la etnia, y no son capaces de lidiar adecuadamente con la multidiscriminación. Con todo, consideró, positivo que el proyecto se refiera a la multidiscriminación reconociéndola no solo como un problema serio, sino también ordenando a los órganos estatales a considerarla según la realidad de sus respectivas áreas de acción.

Luego, trató el tema de la Intención. Informó que en distintos ordenamientos jurídicos se cuestiona si es necesaria la intención para exista una discriminación. Desde el punto de vista de la víctima, sostuvo, la intención del victimario de discriminar es irrelevante, sin embargo, desde el punto de vista de los remedios procesales y de las sanciones sí que es relevante. Resaltó que es distinto cuando uno discrimina, porque piensa que la otra persona es inferior a uno, a cuando se realiza una discriminación indirecta o neutra en que la persona no se percató que está discriminando a otra. En consecuencia, arguyó, la intención tiene importancia para efectos de la sanción, más que en el diseño de la definición misma de no discriminación.

Posteriormente, la Comisión recibió en audiencia al **Doctor en Derecho del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Profesor Tomás Vial**, quien luego de acompañar una minuta, felicitó a los autores de la moción y señaló que en reiteradas ocasiones han hecho presente las falencias de que adolece la Ley de Antidiscriminación.

En seguida, indicó que para comenzar el estudio de esta iniciativa se debe considerar toda la normativa internacional que Chile ha ratificado y que lo obliga, lo que, necesariamente, les da un marco que no pueden obviar, que le impone obligaciones al Estado y que, además, entrega conceptos y definiciones. Así, subrayó, habría que revisar el marco internacional aplicable a esta materia, que cada día es más extenso y que incluye una abundante jurisprudencia y doctrina en materia de discriminación.

Hizo presente que dado que en Chile recién se está formando una incipiente legislación en materia de no discriminación, se debe, también, recurrir a la legislación comparada y al derecho internacional vigente, que entrega definiciones y consagra obligaciones, que pueden ayudar a mejorar la ley N° 20.609.

Además, resaltó que es necesario contar con un organismo ejecutor en materia de no discriminación, puesto que lo que hoy se tiene en Chile equivale a una Ley de Transparencia sin un Consejo de Transparencia, como sucedió entre los años 1999 y el 2008 con la Ley de Acceso a la Información Pública. Al efecto, expresó, se debe aprobar una ley que cree este organismo y que es materia de iniciativa exclusiva de la Presidenta de la República.

Reiteró que se debe crear un órgano estatal con fuertes capacidades que vele por la no discriminación, de lo contrario, argumentó, no se podrá avanzar en la materia, dada las complejidades culturales y económicas que tiene. Detalló que existe bastante experiencia comparada y modelos, como el de Estados Unidos que en el año 1964 creó la "*Civil Rights Act*" e Inglaterra con la "*Quality Commission*".

En términos generales, reseñó que se debe mirar el derecho internacional vigente en Chile y avanzar hacia una orgánica que aborde los puntos sobre quién y cómo.

A reglón seguido, reiteró que varias de las observaciones que tienen a la Ley de Antidiscriminación han sido recogidas por este proyecto de ley, lo que se consagra en la minuta que acompañó al iniciar su exposición. Al efecto, informó, desde el año 2013 han publicado varios artículos sobre este tema. Sin perjuicio de lo anterior, expuso que falta reforzar la acción de no discriminación, para lo cual existen dos mecanismos de carácter procesal que se pueden adoptar: uno, aprobar la propuesta que permite demandar conjuntamente una indemnización de perjuicios y, otra, invertir la carga de la prueba.

En cuanto a la carga de la prueba, señaló que probar que uno es sujeto de un acto de discriminación en ciertas ocasiones puede resultar bastante difícil, como puede ser el caso en que se tenga que demostrar que a una persona le pagaron menos sueldo o que tiene menores posibilidades de ascenso. Acotó que la norma procesal actual de tutela laboral señala que cuando existen indicios suficientes de que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Ello implica que, pasado cierto estándar, el que realiza la acción, en este caso el empleador, es el que tiene que probar la razonabilidad de la distinción del menor sueldo o de la negación del ascenso.

Para estos efectos, sugirió, extender este estándar ya vigente en materia laboral a la Ley de Antidiscriminación, lo que permitiría dar más fuerza a la acción de no discriminación. De esta manera, continuó, quien tendrá que probar que la medida es razonable es quien la efectúa, invirtiendo la carga de la prueba, lo que, sin duda, dará mayor efectividad a esta acción.

En seguida, formuló algunas observaciones a los planteamientos del Profesor Díaz de Valdés. En particular, se refirió a sus comentarios sobre la discriminación privada. Indicó que es cierto que la discriminación tiene asimetrías cuando es pública o privada, pero eso no es algo nuevo, porque el recurso de protección siempre se ha aplicado en ambos casos. Al efecto, detalló, la acción de no discriminar y de respetar el derecho a la vida privada siempre se ha aplicado a todas las personas y respecto de ello no existen dudas en nuestro derecho, aunque impliquen conflictos de derechos fundamentales.

Informó que ello en otros países ha sido legislado con bastante precisión, como ocurrió con la Ley Inglesa sobre la Igualdad, que consagra un balance entre la libertad individual, la empresa y la obligación de no discriminación.

Resaltó que no es nuevo obligar a los privados a respetar los derechos humanos y, en especial, al principio de no discriminación, aunque se trate de derechos conflictivos, como puede darse con la libertad religiosa y la libertad de enseñanza. Hasta ahora, continuó, los jueces han tenido que enfrentar esta realidad por medio de un juicio de razonabilidad.

En este sentido, consideró que prefiere mantener la legislación vigente, ya que la Constitución Política de la República obliga a todos, ya sean particulares o agentes del Estado, a respetar los derechos humanos, puesto que la obligación de no afectar es universal.

Antes de terminar, indicó que el resto de las observaciones están contenidas en la minuta cuya copia se acompaña.

Terminada la ronda de audiencias se intercambiaron opiniones y al respecto **la Honorable Senadora señora Pérez San Martín** luego de agradecer a los expositores sus presentaciones y, a propósito del tema de la institucionalidad, recordó que está en trámite en la Cámara de Diputados el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, que tiene por finalidad planificar, promover, ejecutar y fiscalizar los programas y políticas públicas en materia de derechos humanos. Agregó que existe otra iniciativa que tipifica la incitación al odio racial y religioso, que castiga a quienes promuevan el odio contra los grupos más vulnerables. Remarcó que ambos proyectos complementan la Ley de Antidiscriminación y que en cierta medida recogen la inquietud planteada por el Doctor en Derecho, señor Tomás Vial, en relación con la ausencia de un órgano que supervigile el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Por su parte, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe**, comentó que le sorprende que la Ley de Antidiscriminación

castigue al sujeto discriminado que no pudo probar los fundamentos de su acción de no discriminación a pagar una multa, además de las costas del juicio, lo que motivó su propuesta de eliminar esta norma.

Así también, considera razonable incorporar una norma que permita demandar la indemnización de perjuicios en los casos de discriminación arbitraria, sin tener que iniciar un procedimiento adicional, aunque reconoció que ello podría generar algunas complejidades procesales, las que deberían ser resueltas durante la discusión de esta iniciativa. Por lo anterior, solicitó a los expositores que remitan a la Comisión sus propuestas sobre el particular.

En cuanto a invertir la carga de la prueba, señaló que es extremadamente difícil probar lo que uno no hace. Al efecto, resaltó que es más difícil probar que una persona no discrimina, que acreditar que una persona ha sido discriminada, ya que ésta se traduce en hechos concretos.

El Honorable Senador señor Quinteros valoró la presentación de este proyecto de ley y anunció que votará a favor de la idea de legislar.

El Honorable Senador señor Matta en relación a la intencionalidad del acto discriminatorio, preguntó cómo se podría acreditar la intencionalidad ante un tribunal, dado que se trata de un tema subjetivo. Complementó que la intención en este caso implicaría una intención dolosa o de mala fe. Destacó que es complicado juzgar intenciones y estimó que habría que precisar la forma y la manera en que se prueba.

Así también, solicitó mayor información sobre la discriminación por sospecha, término subjetivo, que parte de una calificación, a priori, y pidió mayor precisión en la discusión.

Además, manifestó cierta preocupación por la relación entre privados, porque se podría abusar de la acción de discriminación. Preguntó si esto, también, se extiende a las relaciones laborales, incluyendo situaciones en que se habilite a un trabajador a interponer una acción de no discriminación por sentirse discriminado por recibir un sueldo más bajo.

Con todo, señaló que está de acuerdo en prohibir la discriminación arbitraria, pero alertó a Sus Señorías a evitar que se abran compuertas que permitan la interposición de una gran cantidad de acciones por discriminación sin mayor fundamento.

El Profesor Díaz de Valdés estimó que no sería positivo colocar todos los esfuerzos en la judicialización de estos problemas

como una vía para mejorar esta ley. Prefiere soluciones que no son, necesariamente, judiciales. Expresó que ello podría lograrse con un sistema de conciliación obligatorio, que esté a cargo de una persona capacitada para promover el acuerdo.

En cuanto a las categorías sospechosas, señaló que si bien todas las sociedades reconocen la igualdad ante la ley, se han dado cuenta que existen ciertos grupos que siempre quedan marginados y frente a estos casos surge el concepto de categoría sospechosa.

En el caso de las categorías sospechosas, se considera un test de proporcionalidad más alto, porque se trata de criterios que se utilizan constantemente para discriminar a ciertos grupos, lo que implica exigir una razón bien justificada.

Complementó que las categorías sospechosas, normalmente se fijan en las Carta Fundamentales o en la ley, como ocurre en Chile en el Código del Trabajo, en la Ley del Consumidor y en la Ley Zamudio. En esos casos, los jueces exigen una mayor razonabilidad para justificar la acción y se le da una mayor amplitud para resolver. Resaltó que no son categorías prohibidas, sino que exigen mayor justificación.

Con respecto a la inquietud de que esto podría abrir la puerta para que cualquier acción de distinción sea considerada arbitraria, señaló que por ello, en los casos en que no se aplica una categoría sospechosa, se usa un test de proporcionalidad de menor exigencia y que bastaría con justificar la razonabilidad de la acción. Indicó que esto haría bajar el peligro de una desmedida judicialización.

En materia de intencionalidad, reconoció que se trata de un tema complicado, pero sostuvo que no es justo que se sancione de igual forma a una persona que quiso hacer daño fundada en prejuicios, de otra que sin querer discriminó indirectamente sin que lo supiera. Consideró que en este último caso, bastaría con que se corrija el acto y que no debería acogerse la demanda de indemnización de perjuicios, porque ello podría resultar desproporcionado.

En sintonía con lo anterior, indicó que uno puede distinguir entre discriminación directa e indirecta. En el caso de la discriminación directa, estimó que no tendría sentido exigir la intención, porque es bastante obvia, en cambio, en la indirecta sí se debería probar la intención para efectos de sancionarla.

Luego, si bien apoyó la propuesta de autorizar la presentación de una demanda indemnización de perjuicios, indicó que se debe tener cuidado con judicializar en exceso este tipo de conflictos y evitar frivolar la presentación de la acción de no discriminación con el fin de

obtener un beneficio económico, por eso se mostró partidario de optar por una conciliación obligatoria.

El Profesor Vial con respecto a la posibilidad de incentivar un uso frívolo de la acción de no discriminación, hizo notar que este proyecto de ley y sus propuestas no innovan en la materia, puesto que gran parte de éstas ya existen en el Código del Trabajo. Al efecto, dio cuenta que hoy existe una suerte de competencia entre el Estatuto Laboral y la Ley Antidiscriminación, porque ambas prohíben discriminar, por lo que el trabajador debe decidir cuál de las dos vías es la que más le conviene utilizar.

Hoy, apuntó, sin duda le conviene ampararse en la tutela laboral, porque, entre otras, cosas le permite solicitar una indemnización de perjuicios. Pero, si ahora se aprueba la presentación simultánea de la indemnización de perjuicio con la acción de no discriminación, ello haría más discutible cuál de las dos acciones seguir. En este sentido, remarcó, no existirá una innovación radical al agregar esta facultad.

Además, informó que el procedimiento de la tutela laboral tampoco se trata de un proceso demasiado extenso, por lo que planteó que podría servir de modelo para los aspectos procesales que pudieren incorporarse para dar viabilidad a la demanda de indemnización de perjuicios.

En materia de prueba, aclaró que él no propone acreditar hechos negativos, sino que el agente pruebe que ha actuado razonablemente. Resaltó que este sistema de prueba hoy se aplica en materia laboral, teniendo el empleador que probar los fundamentos de las medidas y su proporcionalidad, es decir, por qué despidió a un trabajador o por qué no lo ascendió. Agregó que estos aspectos sólo pueden probarlo quien adoptó la medida.

Reiteró que estos temas no son temáticas nuevas y que si se incorporan en la Ley de Antidiscriminación ello permitiría darle más poder a esta herramienta legal.

El Profesor Díaz de Valdés complementó que en la práctica laboral, en materia de no discriminación, existe un escaso número de fallos, lo que se debe en gran parte al incentivo de que las partes lleguen a un acuerdo en el proceso, lo que refuerza su propuesta de aprobar un sistema de conciliación obligatorio dentro del proceso de no discriminación.

En seguida, **el Honorable Senador señor Matta** planteó un caso en que un grupo de familias gitanas solicitan autorización para instalarse en un sitio eriazo en poder de la municipalidad. El municipio

le niega la autorización a solicitud de los vecinos y preguntó a los profesores cómo calificarían esta denegación.

El Profesor Díaz de Valdés respondió que la calificación depende de las circunstancias de cada acto, por ejemplo, si la municipalidad ha denegado este permiso a todos quienes se lo han solicitado.

El Honorable Senador señor Matta aclaró que se trata de la primera denegación y acotó que los vecinos se opusieron por un tema de higiene, de malas prácticas y por la ruptura de la paz del vecindario.

El Profesor Díaz de Valdés, afirmó, si la denegación se funda en esos criterios se trata de un acto discriminatorio.

El Honorable Senador señor Matta consultó si en ese caso las familias de gitanos tendrían derecho a instalarse en el sitio o a ser indemnizadas.

El Profesor Díaz de Valdés respondió afirmativamente, porque existe un daño que ser reparado. Con todo, la resolución que adopte el juez depende del caso en concreto, porque a lo mejor si el municipio prueba la razonabilidad de su actuación, ya que sanitariamente ese campamento no podría durar más de tres días. Así, habría una justificación razonable, que permitiría a la municipalidad fundar su acción.

El Honorable Senador señor Matta planteó otra hipótesis, un muecín que comienza sus prácticas y cánticos en la madrugada en una mezquita musulmana, lo que motivó a los vecinos a presentar una queja. Aquí, detalló, estaría en pugna la libertad religiosa versus el derecho de las personas a dormir en paz.

La Honorable Senadora señora Van Rysselberghe indicó que probablemente en esos casos el juez tiene algo que decir, porque se trata de situaciones en que pugnan derechos de distintas personas.

El Profesor Vial comentó que la casuística es infinita y opinó que estos asuntos no debieran ser resueltos por los jueces. Acotó que en los países que son sociedades multiculturales estos temas se regulan a través de ordenanzas municipales u otros instrumentos legales.

Al efecto, dio cuenta que siempre se han dado este tipo de conflictos de derechos y la verdad que el juez debería ser el recurso final. Por ello, subrayó, la importancia de legislar sobre los criterios

para resolver los conflictos de derechos fundamentales, mediante una legislación razonable, que considere todos los intereses y derechos en juego.

La Honorable Senadora señora Van Rysselberghe apuntó que se trata de una materia que debería regularse con bastante cuidado, para resguardar los intereses de todos.

El Profesor Vial comentó que se trata de una materia muy sensible en todo el mundo y que como sociedad recién se comienza a abordar. Por ello, apuntó, se debe analizar la experiencia de décadas que tienen otros países en materia legislativa y administrativa.

El Profesor Díaz de Valdés, a diferencia de lo que opina el Profesor Vial, indicó que el corazón de los juicios de discriminación debe seguir radicado en el juez, aunque comparte la idea de evitar la judicialización y promover medidas de conciliación.

Consideró que a lo más el legislador podría orientar al juez, pero que el test de razonabilidad es esencialmente contextual y que, por ello, debe ser aplicado en cada caso en particular. En consecuencia, opinó, el juez debe estudiar el caso y resolver usando su sentido común, lo que permitiría construir lentamente una suerte de jurisprudencia, que podría ordenar las soluciones de este tipo de conflictos. Así, estimó que el legislador no puede sustituir al juez en esta materia.

En seguida, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe** le consultó al Profesor Díaz de Valdés su opinión sobre la propuesta de invertir la carga de la prueba.

El Profesor Díaz de Valdés resaltó que la máxima en materia procesal es que quien alega algo debe probarlo, sin embargo, en el ámbito laboral la ley dice que basta con que se acrediten indicios, que no constituyen una prueba completa, para que se invierta la carga de la prueba. Preciso que esto si bien en teoría se ve como algo positivo, en la práctica nadie sabe cómo funcionan los indicios, por lo que algunos han dicho que la prueba de los indicios ha perjudicado a los trabajadores y, otros, que no han sido ningún aporte para los jueces.

En su opinión, es una buena propuesta, pero tiene el defecto de que no consagra cómo se concretizará la bajada de estándar. Al efecto, comentó que, para estos efectos, en varios Estados de Estados Unidos se permite la prueba estadística, especialmente, para la discriminación indirecta. Para explicar cómo opera, mencionó el caso de una mujer que postula a un trabajo y que es no seleccionada, por ello recurre a la justicia aportando prueba estadística, que en los últimos veinte años en ese trabajo sólo se han aceptado a dos mujeres, siendo que la población es igual entre hombre y mujeres.

El Profesor Vial complementó que la prueba estadística ha sido una creación jurisprudencial.

El Profesor Díaz de Valdés acotó que los Estados de Ohio y Michigan tienen regulada este tipo de prueba. Con todo, opinó, que no correspondería alterar completamente el peso de la prueba, porque eso implicaría modificar una regla de derecho básica, cual es quien alega algo debe probarlo.

Terminado el intercambio de opiniones, **la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe**, hizo presente que se votará la idea de legislar sin perjuicio de continuar, durante la discusión particular, con las audiencias.

- En votación en general el presente proyecto de ley, se aprobó por la unanimidad de los miembros presentes, **Honorables Senadores señora Van Rysselberghe, y señores Matta y Quinteros.**

- - -

TEXTO DEL PROYECTO

En conformidad con los acuerdos adoptados, vuestra Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía tiene a honra proponeros aprobar el proyecto de ley en informe, en general, en los siguientes términos:

PROYECTO DE LEY

"Artículo único.- Modifíquense la ley N° 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación en el siguiente sentido:

1) Sustitúyese el inciso primero del artículo 1° por el siguiente:

"Artículo 1°.- Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental prevenir, eliminar y sancionar todas las formas de discriminación arbitraria que se ejerzan contra cualquier persona."

2) Reemplázase en el inciso segundo del artículo 1° la frase "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", por la siguiente: "prevenir todo tipo de discriminación arbitraria y garantizar además a toda persona, 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".

3) Incorpórase un inciso tercero, nuevo, en el artículo 1°, del siguiente tenor:

"Asimismo, los órganos de la Administración del Estado podrán establecer medidas especiales destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas discriminadas arbitrariamente."

4) Elimínase en el inciso primero del artículo 2°, la frase", exclusión o restricción".

5) Sustitúyese en el inciso primero del artículo 2°, luego de la palabra "particulares," la conjunción "y" por "o".

6) Suprímese el inciso tercero del artículo 2°.

7) Agrégase un nuevo inciso final al artículo 2° en los siguientes términos:

"La discriminación arbitraria puede ser directa o indirecta. Por discriminación arbitraria indirecta se entiende la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a una persona en desventaja particular con respecto a otra u otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o practica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados."

8) Incorpórase en el inciso segundo del artículo 5°, luego del punto aparte (.) que pasa a ser punto seguido (.), lo siguiente:

"En ella también podrá solicitarse una indemnización si correspondiere."

9) Incorpórese en el inciso primero del artículo 12°, a continuación del punto aparte (.) que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración:

"Deberá pronunciar también sobre la indemnización correspondiente en caso de haberse solicitado oportunamente y siempre que proceda en derecho".

10) Elimínase el inciso tercero del artículo 12°."

- - -

Acordado en las sesiones celebradas los días 3, 10 y 17 de junio, y 1 de julio de 2015, con asistencia de los Honorables Senadores señora Jacqueline Van Rysselberghe Herrera (Presidenta), señora Lily Pérez San Martín, y señores Manuel Antonio Matta Aragay, Manuel José Ossandón Irrarázabal y Rabindranath Quinteros Lara.

Sala de la Comisión, a 8 de julio de 2015.

XIMENA BELMAR STEGMANN
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA, QUE MODIFICA DEFINICIONES Y EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN (BOLETÍN N° 10.035-17)

I. OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:

Modifica la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación con el fin de perfeccionar de manera sustantiva los aspectos preventivos, procesales y conceptuales de la misma.

Para estos efectos, reemplaza su objeto sancionatorio por uno preventivo y establece que tendrá por objetivo prevenir, eliminar y sancionar todas las formas de discriminación arbitraria que se ejerzan contra cualquier persona.

Asimismo, elimina la sanción adicional correspondiente al pago de una multa para el demandante vencido; incorpora el concepto de discriminación arbitraria indirecta, y faculta al demandante para solicitar una indemnización de perjuicios, si correspondiere, entre otras materias.

II. ACUERDOS: aprobado en general (3x0).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:

consta de un artículo único, el cual se divide en 10 numerales.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:

el numeral 2) del artículo único del proyecto de ley tiene el carácter de normas orgánico constitucional, en virtud del artículo 66 inciso segundo, en concordancia con el 38, ambos de la Constitución Política de la República, por cuanto establece un criterio diferente en cuanto a las tareas confiadas a los órganos de la Administración del Estado.

Así también, los numerales 9) y 10) del artículo único del proyecto de ley tienen el carácter de normas orgánico constitucionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 77, en concordancia con el artículo 66 inciso segundo, ambos de la Constitución Política de la República, por abordar materias que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. Se hace presente que la Sala del Senado envió oficio solicitando el parecer de la Excelentísima Corte Suprema respecto de los numerales 9) y 10) del artículo único de este proyecto, en cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 77 de la Carta

fundamental, y el artículo 16 de la ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

V. URGENCIA: no tiene.

VI. ORIGEN INICIATIVA: Senado. Moción de los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señores Coloma, Orpis, Ossandón y Pérez Varela.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primero.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: el 6 de mayo de 2015.

X. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe, sólo en general.

XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- 1.- La Constitución Política de la República artículos 1°, 5° y 19 numerales 2°, 20° y 22° y 109.
- 2.- La ley N° 20.609, que establece Medidas contra la Discriminación.
- 3.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- 4.- La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita por la República de Chile el 22 de noviembre de 1969, que fue promulgada por el decreto supremo N° 873, de Relaciones Exteriores, de 1990, publicado en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991.
- 5.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que fue suscrito por Chile en esa misma fecha y que fue promulgado por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.
- 6.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que fue promulgado mediante el decreto supremo N° 326, de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado en el Diario Oficial del 27 de mayo de 1989.
- 7.- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, cuyo instrumento fue promulgado por el decreto supremo N°

- 747, de Relaciones Exteriores, de 1971, cuya publicación en el Diario Oficial se hizo el 12 de noviembre de 1971.
- 8.- La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, cuya promulgación se hizo por el decreto supremo N° 789, de Relaciones Exteriores, de 1989, que se publicó en el Diario Oficial del 9 de diciembre del mismo año.
- 9.- La Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que fue promulgada por el decreto supremo N° 830, de Relaciones Exteriores, de 1990, que se publicó en el Diario Oficial del 27 de septiembre de ese mismo año.
- 10.- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, la que fue promulgada por el decreto supremo N° 808, de Relaciones Exteriores, de 1988, publicado en el Diario Oficial del 10 de diciembre del año precedentemente indicado.

Valparaíso, a 8 de julio de 2015.

XIMENA BELMAR STEGMANN
Secretario

- - -

ANEXO

Los siguientes documentos se encuentran disponibles en la página web del Senado, www.senado.cl; trámite de proyectos; 10035-17; presentaciones ante Comisión.

- 1.- Presentación, en powerpoint, de la Honorable Senadora señora Jacqueline Van Rysselberghe.
- 2.- Minuta elaborada por el Doctor en Derecho, Universidad de Oxford, Magíster en Derecho, Universidad de Harvard, Cambridge y PUC, y Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, señor José Manuel Díaz de Valdés.
- 3.- Minuta elaborada por el Doctor en Derecho e Investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, señor Tomás Vial.
- 4.- Minuta elaborada por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVIHL).
- 5.- Informe elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, aprobado por su Consejo el 22 de junio de 2015, sesión 257.
- 6.- Dos informes elaborados por el Investigador de la Sección Asesoría Técnica Parlamentaria del Departamento de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Matías Meza-Lopehandía.