

**MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE
DE LA REPUBLICA CON EL QUE
INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE
ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA
DISCRIMINACIÓN.**

SANTIAGO, marzo 14 de 2005

M E N S A J E N° 315-352/

Honorable Cámara de Diputados:

**A S.E. EL
PRESIDENTE
DE LA H.
CAMARA DE
DIPUTADOS.**

I. ANTECEDENTES.

La “globalización” es un fenómeno que se está produciendo cada vez con mayor rapidez. Los países, las economías, las culturas y los estilos de vida se acercan, se universalizan y se funden. No obstante, los contrastes se acentúan, la intolerancia aumenta; las sociedades son más diversas en su conformación, y, a la vez, mantienen en su seno sus propias tensiones socioculturales, que muchas veces son resueltas a través de conductas discriminatorias, incluso violentas.

Esta diversidad plantea una serie de desafíos al Estado y a sus gobiernos, teniendo siempre presente que uno de los deberes primordiales de éste consiste en estar al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Por otro lado, los Estados occidentales suscribientes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, marcaron un hito histórico y diferenciador al comprometerse a reconocer y respetar la dignidad intrínseca y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, entre los que se encuentra la no discriminación.

Este principio no discriminatorio es recogido en múltiples convenios internacionales, en los que, en su mayoría, nuestro país tiene la calidad de Estado Parte. Entre ellos, destacan "La Convención Americana de los Derechos Humanos", de la OEA (ratificada en 1990); la "Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", de la ONU (ratificada en 1971); el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", de la ONU (ratificada en 1972); el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", de la ONU (ratificada en 1972); la "Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes", de la ONU (ratificada en 1988); la "Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer", de la ONU (ratificada en 1989); y la "Convención Sobre los Derechos del Niño", de la ONU (ratificada en 1990).

También, cartas magnas de diversos países recogen los principios resguardados por los convenios internacionales señalados. Así, por ejemplo, la Constitución de Portugal, de 1976, señala que "nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de deber alguno por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica y condición social" (art. 13).

La misma tendencia asume el constituyente español de 1978, al disponer que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (art. 14).

Asimismo, la Carta Fundamental de Venezuela prohíbe las "discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social" (art. 21).

II. REGULACIÓN LEGAL

No obstante la consagración a nivel constitucional de los motivos o factores que pueden llevar a discriminar, no parece ser la única fórmula jurídica para tutelar adecuadamente el principio de no discriminación arbitraria. De hecho, si se compara las normas anteriormente transcritas, se constata que ellas sólo se limitan a enumerar, incluso de manera no coincidente, algunas formas de discriminación, pero no, necesariamente, establecen una acción general o especial de protección.

Por ello, resulta pertinente considerar otras alternativas de reglamentación, que sin implicar introducir una modificación de la Constitución, otorgue un tratamiento integral y más efectivo a la no discriminación. México, por ejemplo, cuenta con la Ley Federal Para Prevenir y Eliminar la Discriminación, del año 2003, iniciativa que constituye un verdadero esfuerzo normativo por erradicar la discriminación.

La regulación a nivel legal y no constitucional, en el caso de nuestro país, se ha implementado sustantiva y sectorialmente. Así ocurre con la ley a favor de los discapacitados. A nivel procesal, sucede lo mismo con numerosos recursos especiales que tienen origen legal. Por ejemplo, el denominado "Amparo Económico", que instituyó la ley N°18.971.

A partir de dichos precedentes, no hay razón alguna para impedir que se regule, por vía meramente legal, el mecanismo idóneo para proteger el principio de no discriminación. Por el contrario, la dinamicidad que suponen las normas de rango legal, permitirá una constante reformulación del contenido normativo del principio, acorde con los avances del mundo moderno. Ello no sucede con una norma de rango constitucional.

En verdad, la consagración de una acción que ampare el principio en comento, es básica, más aún, si se tiene presente que la vulneración del derecho a la igualdad, implica necesariamente afectar otros derechos relevantes de naturaleza económica y cultural. Por lo tanto, fortalecerlo tiene un significado jurídico y práctico fundamental, colaborando

como ningún otro a una mejor calidad de vida de las personas afectadas.

III. FUNDAMENTOS.

Según las cifras del censo del año 2002, somos una sociedad donde la mayoría son niños(as), adolescentes y mujeres. Ellos representan el 83,25% de la población. Los adultos mayores constituyen el 11,4%. Sumando estos grupos, tenemos que el 94% de la población nacional está conformado por sectores considerados, paradójicamente, como "minoritarios", pues se encuentran en mayor riesgo de ser objetos de alguna forma de violencia o discriminación.

Desde principios de la década pasada, nuestro país ha experimentado importantes cambios tendientes a la adecuación de nuestras instituciones al sistema democrático y al principio del respeto irrestricto a dichos grupos. La ratificación de los tratados internacionales sobre la materia, así como la creación del Servicio Nacional de la Mujer, la Comisión de Pueblos Indígenas, el Instituto Nacional de la Juventud, el Fondo Nacional de la Discapacidad, el Servicio del Adulto Mayor y otras iniciativas, dan cuenta de la seriedad con la que los gobiernos democráticos han asumido este desafío.

Pese a estos avances, por distintas razones, sectores de nuestra sociedad siguen siendo vulnerados por conductas discriminatorias e, inclusive, violentas.

Así lo indican diversos estudios sobre la actitud de los chilenos frente a la aceptación de personas y grupos diferentes. Estos concluyen que la discriminación y la intolerancia están alojadas en el núcleo de la cultura y que operan de manera inconsciente como estereotipos, prejuicios, valores o creencias que cada uno acepta y aplica cotidianamente sin cuestionamientos.

Sin embargo, tal como se puede leer en los resultados de las encuestas aplicadas por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, y la Fundación Ideas, se percibe una tensión y una distancia entre lo que se dice y lo que se practica realmente en la vida cotidiana. Se constata la presencia de un discurso crecientemente tolerante, junto a conductas abiertamente discriminatorias.

Así, por ejemplo, al comparar respuestas sobre un mismo tema en el mencionado estudio de dicha Fundación, observamos los prejuicios discriminadores existentes en los chilenos. En torno al 80% de los encuestados el año 2000, rechaza la desigualdad de salarios entre hombres y mujeres. Pero cuando se les pregunta quién, entre hombres y mujeres, tiene preferencia para un puesto de trabajo cuando la cesantía es alta, las buenas intenciones disminuyen en forma notable.

Todo lo anterior da cuenta de la necesidad de profundizar nuestra modernización política y económica, complementando los logros alcanzados con mecanismos jurisdiccionales que permitan lograr la vigencia efectiva del principio de no discriminación.

El proyecto de ley que someto a vuestra consideración tiene por finalidad, precisamente, resguardar en el ordenamiento jurídico la no discriminación arbitraria, de forma tal de garantizar en mejor forma la igualdad ante la ley y el reconocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

IV. CONTENIDO DEL PROYECTO.

El proyecto tiene cuatro contenidos fundamentales.

1. El deber del Estado.

El proyecto, en primer lugar, establece el deber del Estado de elaborar políticas y arbitrar acciones que sean necesarias para garantizar que las personas no sean discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

En tal sentido, el Estado debe evaluar y diseñar una política en la materia.

Con ello, se compromete a todos los órganos del Estado para lograr que la no discriminación sea una realidad, previniendo y eliminando todas las acciones u omisiones que arbitrariamente atenten contra ella.

No obstante, el Estado puede establecer diferenciaciones legítimas, en la medida que ellas se encaminen a promover y fortalecer el

principio de no discriminación y la real igualdad de oportunidades de las personas.

2. La discriminación arbitraria.

En segundo lugar, el proyecto se encarga de establecer un concepto de discriminación arbitraria. Para ello utiliza cuatro variables.

La primera variable es la definición de las modalidades que pueda adoptar la discriminación arbitraria, sea que esta ocurra en el ámbito público o privado. Esta se puede traducir en distinciones, exclusiones, en restricciones o en preferencias. Cualquiera de estas modalidades se puede realizar por acción u omisión. Se busca con esta amplitud evitar que se alegue no discriminación fundado en que no hay una diferenciación.

Las distinciones son diferenciaciones en base a alguna particularidad. Las exclusiones se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa. Las restricciones son reducciones a menores límites. Las preferencias, finalmente, son ventajas que se conceden a una persona sobre otra.

Con el fin de acotar más este tipo discriminación, el proyecto considera una segunda variable: esta debe basarse en cierto criterio de distinción, exclusión, restricción o preferencia. Dichos criterios están en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Código del Trabajo, como en el Estatuto Administrativo. Pero se han incorporado otros, atendidos los nuevos desafíos que plantea la ciencia, como es la estructura genética. Todos estos criterios son condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad. Son en total veinte criterios: raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquier otra condición social o individual.

Se ha preferido diferenciar algunas situaciones análogas para evitar discusiones sobre si están o no comprendidas. Así, el proyecto separa el criterio del sexo, del género y de la orientación sexual. Lo mismo hace respecto de la religión y la creencia; del idioma y la lengua.

La tercera variable que utiliza el proyecto para definir la discriminación arbitraria, es que la calificación de la conducta discriminatoria no está asociada a un resultado determinado, ya sea de anulación o menoscabo, en el reconocimiento o ejercicio de un derecho. No se requiere daño para que la discriminación sea reprochable.

Finalmente, la discriminación debe ser arbitraria. No se exige, por tanto, la ilegalidad como factor de configuración, sino que la falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación de fin.

Basta con que la conducta sea calificada de arbitraria, cuestión que le corresponde al juez construir caso a caso, conforme a la investigación que realice, para que estemos frente a un acto u omisión ilegítimo.

3. Acción especial de no discriminación.

El tercer aspecto del proyecto, es el establecimiento de una acción para reclamar por las discriminaciones arbitrarias que se interpone ante los tribunales de Justicia. Con ello se busca asegurar la materialización del mandato de no discriminar.

La acción que se propone se caracteriza por lo siguiente.

En primer lugar, es una acción que procede sin perjuicio de las acciones especiales. Con ello se busca salvaguardar las distintas acciones especiales que existen -o puedan existir- para proteger uno o más factores específicos de discriminación arbitraria. Se trata de no derogar los recursos o acciones especiales, dejando al recurrente la decisión de cual mecanismo optar.

En segundo lugar, la legitimación activa de esta acción está acotada exclusivamente a la víctima de la acción u omisión que importe una discriminación arbitraria. No se trata, por tanto, de una acción popular, que pueda interponer cualquier persona en nombre de categorías de sujetos, defendiendo intereses difusos o colectivos.

En tercer lugar, la causal que funda la acción es cualquier acción u omisión que importe una discriminación arbitraria. La discriminación arbitraria es aquella que no

tiene fundamento, es desproporcionada, o tiene una clara distorsión de fines. Por ello, en el proceso respectivo se debe demostrar la falta de contenido de la decisión en que se traduce la distinción, exclusión, restricción o preferencia. Dicha discriminación puede provenir de una actividad o de una inactividad. En ambos casos, puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material. Respecto de la omisión, en esta tiene que existir una falta a una obligación legal de actuar, estando en condiciones de hacerlo.

La precisión de la causal, en términos de exigir la arbitrariedad de la conducta, excluye que se trate de un juicio en el que se discuta la ilegalidad de la misma.

En cuarto lugar, el Tribunal competente para conocer de la acción es la Corte de Apelaciones respectiva. Es decir, aquella que ejerce jurisdicción en el lugar en que tuvo lugar el acto o la omisión. Se ha preferido una Corte y no un Juzgado de Letras, atendido la similitud del recurso que el proyecto establece con otros que conocen las Cortes de Apelaciones.

En quinto lugar, el procedimiento diseñado para esta acción se rige por tres principios básicos. Desde luego, la informalidad. La acción la puede presentar directamente el afectado, por sí o por cualquiera a su nombre. El procedimiento a que da lugar esta acción está regulado en la ley, en todos sus aspectos, medulares, encargando a un autoacordado de la Corte Suprema pormenorizarla. Enseguida, está el principio de la oficialidad. Este se traduce en que el tribunal debe dar curso progresivo a los autos y adoptar todas las medidas que estime pertinentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. La acción es una denuncia, una puesta en conocimiento del tribunal de que se incurrió en una discriminación arbitraria. Corresponde al tribunal la tarea de investigar y procurar que se verifique el fundamento de la denuncia. Finalmente, el procedimiento es sumarísimo. Por ejemplo, hay sólo cinco días para apelar ante la Corte Suprema, breves plazos para formular observaciones y fallar.

En relación a la sentencia, esta puede acoger o rechazar la pretensión. Si la acoge, el tribunal puede adoptar todas las medidas que

estime pertinentes. Se trata, en este sentido, de una acción que le entrega al órgano jurisdiccional una competencia específica amplia, pues no se acota la decisión del juez, sino que se le entregan un margen de discrecionalidad de acuerdo a la situación que se le presenta en el caso concreto.

Con todo, si la sentencia acoge la pretensión, ésta puede tener dos particularidades, no frecuentes en nuestro sistema, pero consagradas en ciertos recursos. Por una parte, la Corte puede declarar el derecho a la indemnización de perjuicios por el acto u omisión discriminatorio. Dicha declaración habilita al particular a demandar directamente ante el Juez de Letras competente la determinación de la indemnización de perjuicios. En este segundo juicio, ya no se discute la existencia del daño, sino sólo el monto de aquél. Los perjuicios pueden extenderse al daño moral y al daño patrimonial. Una facultad semejante, tienen las Cortes en el reclamo de ilegalidad municipal y en el reclamo por ilegalidad regional; también en el amparo económico. Dicha indemnización no puede acumularse a otras acciones que el afectado pueda entablar.

Por la otra, la Corte puede establecer sanciones al funcionario o a la empresa privada que presta servicios de utilidad pública, como las de luz, gas, teléfonos, Isapres, AFP, etc., que ha incurrido en la conducta discriminatoria, y con ello ha rehusado el suministro de un bien o servicio al que se tenga derecho.

Si la Corte, en cambio, rechaza la pretensión, estableciendo que la denuncia carece de toda base, puede declarar que el actor es responsable de los perjuicios, los cuales deberán perseguirse ante el Tribunal correspondiente. Este es el contrapeso que tiene a su favor quien ha sido infundamente demandado.

4. Norma penal especial.

El cuarto aspecto del proyecto, lo constituye una modificación al artículo 12 del Código Penal, relativo a las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, con la finalidad de establecer una nueva agravante, esta es, la comisión del acto delictivo motivado por la discriminación.

La configuración de la agravante que se crea, procede en todo crimen, simple delito o falta.

Asimismo, exige la concurrencia de alguno de los criterios o factores de discriminación señalados en la presente ley, y que se reiteran, en forma coincidente, en la enmienda al Código Penal.

La incorporación de esta norma penal especial, implica abordar o hacerse cargo de la dimensión punitiva que acarrearán los actos cometidos con ocasión de la discriminación.

V. PALABRAS FINALES.

Por último, el Gobierno no puede menos que destacar el valioso aporte de la sociedad civil en el tema de la no discriminación. En efecto, es justo que haga presente que esta iniciativa legal, recoge, en su espíritu, una extensa y acabada propuesta normativa desarrollada por la sociedad civil. Incluso más, algunas de las disposiciones descansan en las propuestas originales de dicho estamento social.

De igual modo, se debe reconocer la iniciativa que los H. Diputados señores Barrueto, Ascencio, Longton, Palma, Silva, Vilches y de las diputadas señoras Allende, Pérez y Saa y del ex diputado Andrés Palma, que tuvieron respecto a una reforma constitucional en materia de no discriminación arbitraria, la cual se materializó en una moción que contó con los apoyos más transversales en la H. Cámara de Diputados, y que también inspira el presente proyecto de ley.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, para ser tratado en la actual Legislatura, Extraordinaria, de Sesiones del Congreso Nacional, el siguiente

P R O Y E C T O D E L E Y:

"Titulo I

Disposiciones generales.

Artículo 1°.- Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona.

Artículo 2°.- Corresponde al Estado elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias para garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

El Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas.

Artículo 3°.- Para efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual.

Título II

Acción especial de no discriminación

Artículo 4°.- Sin perjuicio de las acciones especiales que procedan, el directamente afectado, por sí o cualquiera a su nombre, podrá denunciar los actos u omisiones que importen una discriminación arbitraria que se hubieren cometido en su contra.

La acción podrá impetrarse dentro de 30 días hábiles, contados desde que se hubiere ejecutado el acto o producido la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento ciertos de los mismos, ante la Corte de Apelaciones respectiva.

La Corte podrá, a petición fundada del interesado, decretar orden de no innovar, cuando el acto u omisión recurridos pudiese causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resuelve, en caso de acogerse la pretensión.

Artículo 5°.- Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la denuncia y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo definitivo.

La Corte requerirá informe a la persona denunciada de cometer el acto u omisión y a quien estime pertinente, notificándola por oficio. Esta dispondrá el plazo de diez días hábiles para formular observaciones.

Evacuado el informe, o vencido el plazo de que dispone para formular observaciones, el tribunal ordenará traer los autos en relación y la causa se agregará a la tabla de la audiencia más próxima, previo sorteo de la Sala. La Corte podrá, si lo estima pertinente, abrir un término probatorio que no podrá exceder de siete días, y escuchar los alegatos de las partes.

La Corte dictará sentencia dentro del término de quince días, desde que quede en estado de sentencia.

Un autoacordado de la Corte Suprema regulará los demás aspectos necesarios, para la debida sustanciación de esta acción.

Artículo 6°. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la Corte de Apelaciones respectiva en su sentencia, adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, como dejar sin efecto el acto discriminatorio u ordenar que cese en su realización.

Asimismo, la Corte podrá declarar la procedencia de indemnizaciones, que en su caso correspondan, para reparar el daño moral y material ocasionado. En dicho caso, el afectado podrá demandar ante el juez de letras competente, la determinación de la indemnización de los perjuicios que procedieren. El monto de la indemnización será determinado en procedimiento breve y sumario.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, la Corte declarará que el denunciante es responsable de los perjuicios que hubiere causado, los que se perseguirán ante el tribunal civil competente, en procedimiento breve y sumario.

Artículo 7°.- Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, el que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema.

Artículo 8°.- En caso que la Corte declare que un funcionario público en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él, cometió actos de discriminación arbitraria, a los que se refiere el artí-

culo 3° de esta ley, respecto de una persona natural o jurídica, consistente en rehusar el suministro de un bien o servicio a que ésta tenga derecho, podrá ser sancionado con multa de 50 a 100 UTM.

Si tales actos discriminatorios fueron cometidos en el ejercicio de una actividad privada, en la que se presten servicios de utilidad pública, el responsable también podrá ser sancionado con la multa establecida en el inciso anterior.

Título III

Norma penal especial

Artículo 9°.- Incorpórase al artículo 12 del Código Penal, el siguiente numeral 21 nuevo:

"21^a Cometer el delito por una motivación discriminatoria fundada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual."."

Dios guarde a V.E.,

RICARDO LAGOS ESCOBAR
Presidente de la República

FRANCISCO VIDAL SALINAS
Ministro
Secretario General de Gobierno

LUIS BATES HIDALGO
Ministro de Justicia

CECILIA PÉREZ DÍAZ
Ministra
Directora Servicio Nacional de la Mujer