

ESTÁNDARES Y CRITERIOS PARA LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO ANTIDISCRIMINACIÓN EN CHILE: DESAFÍOS PENDIENTES Y OPCIONES INSTITUCIONALES

Alberto Coddou Mc Manus¹ y Tomás Vial Solar²

Resumen

El presente artículo busca avanzar en el perfeccionamiento de la legislación antidiscriminación chilena, en concreto, la Ley 20.609 (Ley Antidiscriminación), asumiendo la necesidad de que exista un ente especializado encargado de asegurar su efectiva implementación. Para ello, se revisan los estándares internacionales aplicables a las instituciones que tienen un rol en esta materia, citando algunos ejemplos comparados, y se reflexiona sobre cuál debiera ser la ubicación institucional del mismo en el contexto nacional.

Introducción

La Ley Antidiscriminación (LAD), vigente desde julio de 2012, ha sido considerada como un avance fundamental por diversos sectores políticos y organizaciones sociales. En efecto, representa un progreso con respecto a un diagnóstico compartido por varios expertos: que la protección constitucional de la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República) era insuficiente para la protección de la discriminación arbitraria, en especial aquella que sufren grupos o minorías especialmente vulnerables. A pesar de este diagnóstico compartido, su tramitación fue un proceso lento y no exento de polémicas, la mayor parte de ellas relacionadas con temas de diversidad sexual –en especial, la orientación sexual y la identidad de género–, y eventuales colisiones con la propiedad, libertad económica, libertad de expresión o libertad religiosa. Una vez publicada, dos cosas han llamado la atención

¹ Abogado, LLM, investigador del Centro de Derechos Humanos, profesor de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

² Abogado, PhD, investigador del Centro de Derechos Humanos, profesor de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

de la comunidad jurídica: primero, la pobre utilización que permite la nueva ley de la acción de no discriminación arbitraria; y, segundo, la insuficiencia –sobre la que se ha asentado cierto consenso– de esta como un remedio efectivo en contra de los problemas en el goce efectivo de los derechos de igualdad y no discriminación. De algún modo, se reconocen ciertas deudas pendientes con respecto a la promesa normativa contenida en esta ley.

En términos teóricos, la LAD es un esfuerzo por darle sentido y eficacia práctica a la protección constitucional del artículo 19 N°2 de la CPR, que garantiza a todos los habitantes de Chile una igualdad ante la ley. Para algunos, constituye un verdadero desarrollo legislativo de un precepto constitucional, considerando a la Constitución como un “texto vivo” antes que como una suerte de cerrojo o límite infranqueable al debate. Esta ley sería un ejemplo de cómo la Constitución puede ser asumida como una estructura que permite el debate democrático, antes que como una parcela intocable en la que el legislador no tiene nada que aportar.³ Para John Ferejohn y William Eskridge Jr., podría ser considerada como un ejemplo de la “constitución con ‘c’ minúscula”.⁴ En este sentido, la LAD es definitivamente un ejemplo de la importancia que tiene la ley para darle sentido e implementar los estándares o derechos contenidos en la Constitución.

Desde el punto de vista de la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales, contenida en diversos tratados internacionales de derechos humanos, la LAD es claramente insuficiente. En efecto, esta obligación “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”.⁵ Además, esta obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, entre los cuales el derecho a la igualdad y no discriminación ocupa un lugar fundamental, “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una

3 Tímidamente, algunas voces plantearon que este proyecto de ley constituía una verdadera ley interpretativa de la Constitución o una modificación constitucional encubierta. Sin embargo, la mayor parte de la tramitación legislativa no reparó mayormente en este tema. Una revisión del Informe de la Comisión Mixta (Senado-Cámara de Diputados) da cuenta de que no fue un tema polémico, a pesar de que se planteó en un momento inicial del debate.

4 Eskridge Jr., William y Ferejohn, John, *A Republic of Statutes: The New American Constitutionalism* (Yale University Press) 2010.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Velázquez Rodríguez contra Honduras, fondo, sentencia de fecha 29 de julio de 1988, considerando 166.

eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁶ Como analizaremos en el apartado siguiente, la obligación de adoptar políticas públicas para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales es una de las grandes deudas de la LAD: en su tramitación legislativa, se terminó excluyendo de la ley el establecimiento de medidas de acción afirmativa u otras obligaciones positivas, y cerrando cualquier posibilidad de ampliar los objetivos de la ley más allá del mero establecimiento de una acción judicial para casos individuales.

La premisa de este artículo supone que siempre puede (y debe) haber una evaluación con una perspectiva de derechos humanos de las opciones institucionales que un Estado adopta para cumplir con la obligación positiva de garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho a la igualdad y no discriminación. Como ha señalado Thomas Pogge, “la valoración moral de cualquier orden institucional depende principalmente del grado en que este facilita, en la medida de lo posible, el acceso seguro a los objetos de los derechos humanos: todo orden institucional debe ser evaluado y reformado principalmente en referencia a su impacto relativo sobre la realización de los derechos humanos”.⁷ Ello supone que debemos ser capaces de reflexionar acerca del trasfondo de las estructuras institucionales y del entramado de leyes, instituciones, prácticas o estereotipos que afectan el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación.⁸ En efecto, una de las primeras preocupaciones pragmáticas, al utilizar el lenguaje de los derechos humanos para avanzar cualquier demanda social, supone que las opciones institucionales pueden terminar tratando los síntomas más que las causas. Como ha señalado David Kennedy, esta preocupación se expresa de manera paradigmática en aquellos casos en que “la sanción de una norma termina sustituyendo los esfuerzos por terminar la práctica discriminatoria”.⁹ Partiendo de esta premisa, en este primer enfoque de las deudas pendientes que deja la aprobación de la LAD queremos evaluar (en un contexto comparativo) de las opciones institucionales que debiera adoptar, en el futuro cercano, el Estado de Chile.

6 Ibid., considerando 167.

7 Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, (FCE-UNAM) p. 120.

8 Un buen enfoque sobre ello en Cover, Robert, “Foreword: Nomos and Narrative”, en *Harvard Law Review*, 97.

9 Kennedy, David, *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, (Princeton University Press) 2005, p. 25.

Más allá de estas deudas pendientes, reconocemos que es necesario realizar un análisis paralelo, que quizás tenga un mejor tratamiento a nivel académico que en el contexto de la discusión de una política pública: considerando la opción institucional que ha tomado Chile de entregar una acción judicial como principal herramienta de combate de la discriminación, es importante hacerse cargo de los problemas dogmáticos que pueden surgir con respecto al tema. En este sentido, compartimos un diagnóstico más o menos transversal al respecto:

Mientras no contemos con una doctrina o una dogmática antidiscriminatoria medianamente madura, es imposible que los jueces (y menos un órgano administrativo) resuelvan coherentemente casos de discriminación, ya que aquellos no cuentan con los principios y reglas fundamentales de acuerdo a los cuales fallar. Agregar una institución administrativa sin solucionar el fondo del problema sería intentar, una vez más, tapar el sol con un dedo.¹⁰

A pesar de este problema, consideramos necesario siquiera avanzar y anticipar los criterios que consideramos cualquier futura opción o diseño institucional debiera considerar. Esta reflexión debe correr en paralelo a una discusión seria sobre la concepción constitucional de igualdad como fundamento de un nascente derecho de la antidiscriminación en Chile. En otras palabras, la motivación principal de este artículo radica en la necesidad de anticipar una reflexión sobre la “ruta institucional” que debieran adoptar futuras medidas que, en efecto, puedan contar como “verdaderas” medidas contra la discriminación.

Para ello, comenzaremos haciendo una breve descripción de la historia legislativa de la actual LAD, destacando los aspectos relevantes para el argumento presentado anteriormente; luego revisaremos algunos estándares y criterios internacionales y de derecho comparado aplicables, en general, a instituciones nacionales de derechos humanos y, en específico, a organismos diseñados para el tratamiento de la igualdad y no discriminación; por último, haremos algunas consideraciones iniciales sobre las posibles vías institucionales que debiera adoptar el Estado de Chile para cumplir con la promesa del derecho antidiscriminación.

¹⁰ *Elmercurio.cl*, Díaz de Valdés, José Manuel, “Ley Zamudio”, cartas al director, 29 de marzo de 2013.

1. Contexto y dictación de la nueva Ley: Características generales y principales cuestiones que ella levanta

El mensaje del proyecto original de la LAD, formalmente denominada como “Ley que establece medidas contra la discriminación”, contenía, en su artículo 1º, el objetivo de su creación: “las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona”. El artículo 1º finalmente aprobado sostiene un objetivo radicalmente distinto: “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”. Si consideramos que los títulos importan, en el sentido de que deben (o deberían, al menos) dar cuenta del contenido, surge una primera pregunta: ¿por qué esta ley se titula “Ley que establece medidas contra la discriminación” si su objetivo es (o se reduce a) “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria?”.¹¹ Resulta difícil reconciliar el título de la ley con su contenido. En parte, este trabajo da cuenta de la necesidad de conciliar los objetivos de una ley antidiscriminación con la pregunta por los medios o mecanismos institucionales adecuados para el logro de aquellos.

En la Ley 20.609, aparte del establecimiento de una acción judicial, solo existe un enunciado general que obliga a los “órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, [a] elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 1º inciso 2). En efecto, no existen otras medidas que permitan sostener el título que lleva la ley: no hay “metas, mandatos de coordinación u obligaciones de rendición de cuentas, tan solo una declaración abierta a la Administración y una acción judicial”.¹² La redacción del artículo 1º inciso 2º no permite interpretar el precepto para derivar “obligaciones precisas a los órganos gubernamentales, ni plazos para su implementación, así como tampoco mecanismos para su

¹¹ Véanse, por ejemplo, los votos de mayoría y minoría en la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió la disputa constitucional sobre el alcance de la potestad para definir el nombre de una ley. Tribunal Constitucional, Rol N° 2253-2012, sentencia de fecha 31 de agosto de 2012.

¹² *Ciperchile.cl*, Contesse, Jorge, “Dudas sobre la efectividad de la nueva ley antidiscriminación”, 13 de julio de 2012.

exigibilidad o para la evaluación de las mismas”.¹³ En efecto, se trata de una obligación jurídica que no califica la conducta que los órganos de la Administración del Estado deben realizar para cumplir con el objetivo de la ley. Debido a estos problemas, muchos comentaristas, de todos los sectores políticos, han señalado que la denominada “Ley Zamudio” resulta deficiente, y lo es, en parte, porque su título no guarda relación con su contenido ni con los medios que establece para el cumplimiento de sus objetivos.¹⁴

La historia de la LAD, que quedó reducida al establecimiento de una acción judicial destinada a concretar la garantía de la igualdad, no aporta mucho a la reconstrucción de las características específicas de esa acción como un mecanismo que cuente, efectivamente, como “una medida contra la discriminación”. Durante la tramitación de la ley, la mayor parte de la discusión legislativa se enfocó en la determinación de las categorías prohibidas o sospechosas que “tenden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (tales como el color o la raza) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data (por ejemplo, la religión o el origen nacional)”.¹⁵ De hecho, tal como consigna el Balance al Poder Legislativo del Observatorio Parlamentario, gran parte de la tramitación legislativa, que duró siete años, estuvo centrada en la discusión de dos categorías sospechosas: “orientación sexual” e “identidad de género”.¹⁶ Ello explica que la tramitación legislativa solo se haya acelerado, lamentablemente, tras el brutal ataque al joven Daniel Zamudio (2 de marzo de 2012) y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó a Chile por la discriminación arbitraria en contra de Karen Atala (24 de febrero de 2012). Con fecha 13 de marzo de 2012, el presidente Piñera asignó por primera vez urgencia legislativa para forzar el debate.

En menor medida, el debate legislativo dedicó tiempo al eventual establecimiento de un fundamento legal genérico para las acciones afirmativas y a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria.¹⁷ El

13 Véase, Balance al Poder Legislativo año 2012, Observatorio Parlamentario, p. 24.

14 Véanse, entre otras, las siguientes opiniones: *Elmostrador.cl*, Muñoz, Fernando, “Ley Antidiscriminación: La igualdad como protección a los grupos desaventajados”, 11 de mayo de 2012; *Elmostrador.cl*, Verbal, Valentina, “Ley Antidiscriminación: ¿Sirve para algo?”, 29 de marzo de 2012; *Ciperchile.cl*, Contesse, op. cit.; *Elmercurio.cl*, Díaz de Valdés, op. cit.

15 Dulitzky, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación: Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, (Universidad de Chile) 2007, p. 17.

16 Balance al Poder Legislativo, op. cit., p. 20.

17 En el informe de la Comisión Mixta (Senado-Cámara de Diputados), diversos representantes de la

fundamento legal de las medidas de acción afirmativa estaba incluido en el mensaje original ingresado a tramitación por el gobierno del ex presidente Ricardo Lagos en 2005. Si bien fue aprobado sin mayor problema en el primer informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara y en la posterior discusión en sala (primer trámite constitucional), se trabó en la Comisión de Derechos Humanos del Senado a partir de una indicación presentada por el senador Jovino Novoa. A su vez, el gobierno, a través de declaraciones del jefe de la División de Estudios del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Claudio Olivo, señaló que tales medidas afirmativas “no están prohibidas y que los poderes públicos cuentan con las potestades para adoptarlas cuando lo estimen necesario, cosa que deberá ser analizada y debatida separadamente en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”.¹⁸ Así, sostuvo que establecer un fundamento legal resultaba innecesario, dado que los órganos públicos pueden establecer estas acciones “en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”. Posteriormente, en la discusión en sala, en el segundo trámite constitucional, solo las senadoras Allende y Rincón levantaron la voz de alerta: la ley no podía reducirse al establecimiento de una acción judicial y, para hacer mérito a su título, debía incluir medidas de acción afirmativa. En la discusión al interior de la Comisión Mixta, los intentos por reponer este fundamento legal fueron infructuosos, dado el rechazo del Senado, y solo cabía esperar un eventual veto presidencial.

En relación a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria, las discusiones fueron menos intensas y se redujeron a cuestiones de eficacia y superposición con competencia de las cortes de apelaciones a propósito del recurso de protección. En efecto, en su origen, la acción judicial contemplaba la posibilidad de imponer la indemnización de perjuicios en términos amplios, cuestión que –después de un arduo debate– se desechó. Finalmente se acordó que, en caso de que la acción fuera acogida, se impusiera una multa a beneficio fiscal (cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales). Por su parte, la acción de no discriminación se entregó a la competencia de los jueces de instancia, con el objeto de permitir que las cues-

academia y de la sociedad civil hicieron referencias a la necesidad de contar con un fundamento legal genérico en materia de acciones afirmativas (Patricio Zapata, Ana Piquer, Verónica Undurraga, Lorena Fries, Fernando Muñoz, Elías Jiménez, Camila Maturana y Andrés Rivera). Sin embargo, esas presentaciones no dieron lugar a mayor discusión al interior de la Comisión, en el entendido de que cualquier modificación, considerando el estado de tramitación legislativa, dependía, a esa altura, de un veto por parte del poder ejecutivo.

18 Historia de la Ley 20.609, p. 724.

ciones de fondo pudieran ser conocidas a través de un contacto directo de las partes con la judicatura. Los reparos iniciales contenidos en los informes de la Corte Suprema fueron desechados por los parlamentarios, en el entendido de que esta ley busca justamente solucionar las deficiencias del funcionamiento del recurso de protección.

Resulta llamativa la total ausencia –durante la tramitación del proyecto de ley– de los conceptos de discriminación indirecta, de facto, institucional o estructural. Estos términos permiten comprender a la discriminación como un problema complejo, policéntrico, que muchas veces cuesta reconducir a la acción u omisión intencional de un individuo en particular.¹⁹ En la ley de igualdad de trato alemana, que traduce ciertas directivas a nivel europeo sobre el derecho de la antidiscriminación, se entiende que hay una discriminación indirecta “si disposiciones, criterios o procedimientos aparentemente neutrales pueden poner a ciertas personas, por una de la razones previstas en el §1 [categorías sospechosas], en desventaja particular respecto de otras personas, salvo que las disposiciones, criterios o procedimientos en cuestión estén objetivamente justificados por una finalidad legítima y los medios elegidos para la realización de dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.²⁰ Sorprende la falta de discusión sobre la discriminación indirecta, predominante en el contexto de sociedades cada vez más complejas. Las únicas menciones a un debate sobre la discriminación indirecta constan en el informe de la Comisión Mixta, en que hay una breve alusión al artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997, que habla explícitamente de discriminación indirecta. Además, en la parte preliminar de ese mismo informe, se cita legislación comparada (de España y Sudáfrica) en que hay menciones explícitas al ese concepto. Si no fuera por los aportes de las organizaciones de la sociedad civil (ONGs), nada más se habría dicho al respecto. En efecto, y hablando a nombre de diversas ONGs, Andrés Rivera, representante de la Organización de Transexuales por la Diversidad, propuso incluir explícitamente el concepto de discriminación indirecta y las acciones positivas en los propósitos de la ley. Destacó que, en la legislación comparada e internacional, se incluyen como parte de los objetivos de las acciones judiciales de no discriminación.

19 Fuller, Lon, “The Forms and Limits of Adjudication”, en *Harvard Law Review*, 92, 1978; Scott, Joanne y Sturm, Susan, “Courts as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance”, en *Columbia Journal of European Law*, Vol. 13, 3, 2007.

20 Véase la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (la ley general de igualdad de trato, que transpone cuatro directivas en materia de derecho de la antidiscriminación), § 3.2.

Es importante destacar también el aporte de Elías Jiménez, asesor jurídico del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), quien advirtió en la discusión en la Comisión Mixta que “la inexistencia de una institucionalidad que se haga cargo de la no discriminación es una falencia que Chile debe solucionar, sea mediante la creación de un organismo sobre este tema o mediante la elaboración de políticas públicas que resuelvan la problemática. En la región, países que, bajo gobiernos de signo conservador, como México y Colombia, han avanzado decididamente en esta materia, al igual que Brasil, Ecuador o Argentina, poseen organismos con presupuesto estatal para hacerse cargo de la educación, promoción y defensa de las personas frente a la discriminación”.²¹

2. Estándares y criterios internacionales aplicables a instituciones anti-discriminación

La cuestión de qué tipo de instituciones son las más adecuadas para garantizar los derechos humanos a nivel doméstico ha sido extensamente tratada por la literatura en los últimos años. En efecto, en las dos últimas décadas ha habido una explosión de lo que se denomina Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDHs),²² cuyo concepto ha sido definido por la Organización de Naciones Unidas (ONU) como “un cuerpo que, establecido por un gobierno bajo la constitución o por medio de la ley o decreto, posee funciones específicas para la promoción y protección de los derechos humanos”.²³ Las funciones y estándares para la creación y evaluación de estas instituciones han sido formalizados en los que se denominan los Principios de París,²⁴ acordados en 1991 y adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 1993. Según Goodman,²⁵ estos principios reflejan la codificación de décadas de trabajo sobre estas entidades y constituyen por ello el estándar internacional aceptado. Sin embargo, ello no los exime de crítica: se observa que

21 Historia de la ley 20.609, p. 1071.

22 Goodman, Ryan y Pegram, Thomas, “National Human Rights Institutions, State Conformity, and Social Change”, en Por todos, Goodman, Ryan, *Human Rights, State Compliance and Social Change. Assessing National Human Rights Institutions*, (Cambridge University Press) 2011, p. 1.

23 *Ibíd.*, citando United Nations Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Protection of Human Rights, 1995, p. 6.

24 Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/24/PDF/N9411624.pdf?OpenElement>.

25 Goodman y Pegram, *op. cit.*, p. 5.

“demandan demasiado y muy poco al mismo tiempo”,²⁶ ya que, por una parte, establecen exigencias que no son alcanzadas por casi ninguna institución en el mundo y, por otra, no consideran la recepción de denuncias individuales, lo que hoy, como señala Richard Carter, “la mayoría de observadores y defensores en este campo probablemente considerarían como una característica esencial”.²⁷ Otra observación crítica es que son demasiado genéricos, ofreciendo poca guía de cómo implementarlos.²⁸

Las comisiones de igualdad o antidiscriminación y, en general, los entes que desarrollan una labor en este campo se pueden entender como INDHs especializadas, a las cuales, por lo tanto, se aplican los estándares de los Principios de París. Con frecuencia, sin embargo, las entidades con estas atribuciones poseen también un mandato amplio de trabajo en derechos humanos. Por ejemplo, la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos de Gran Bretaña, creada el 2006, como su título señala, posee competencias específicas en materia anti-discriminación²⁹ y también de promoción de los derechos humanos.³⁰

Las principales funciones de las INDHs contenidas en los Principios de París son:

- a) Presentar al gobierno, parlamento u otras instituciones, informes o estudios, o propuestas sobre la situación de los derechos humanos;
- b) Promover y asegurar la armonización de la legislación y prácticas interna con los instrumentos internacionales de derechos humanos, y su implementación efectiva;
- c) Promover la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y su implementación;
- d) Contribuir a los reportes que los Estados deben presentar a las Naciones Unidas y sus órganos, comités y los órganos regionales;
- e) Cooperar con las Naciones Unidas, sus órganos, las organizaciones regionales y las organizaciones nacionales de otros países en las áreas de promoción protección de los derechos humanos;

26 *Ibid.*, p. 6.

27 *Ibid.*

28 Mertus, Julie, “Evaluating NHRIs. Considering Structure, Mandate, and Impact”, en *Por todos*, Goodman, *op. cit.*, p. 79.

29 Equality Act 2006, art. 8.

30 *Ibid.*, art. 9.

- f) Ayudar y tomar parte en la creación y ejecución de programas de enseñanza e investigación de derechos humanos en universidades, escuelas y el ámbito profesional;
- g) Darle publicidad a los derechos humanos y a los esfuerzos para combatir toda forma de discriminación, en particular la racial, por medio de incrementar la conciencia pública, en particular, por medio de la información y enseñanza.

Para el cumplimiento efectivo de estas funciones mínimas se requiere una serie de condiciones institucionales y de organización. La primera y más importante es la legitimidad de la institución,³¹ que resulta crucial para la credibilidad de sus opiniones y para que las víctimas puedan confiar en ella. Esta legitimidad determinará en buena medida el impacto de sus recomendaciones y les permitirá expandir su mandato cuando este sea restrictivo o se vuelva insuficiente ante nuevas condiciones, como ha sucedido, según Thomas Pegram, en varios casos de América Latina.³²

Lograr esa legitimidad depende de una serie de condiciones, destacando el grado de independencia o autonomía que se tenga del poder ejecutivo,³³ siempre el principal obligado a la efectiva implementación de las obligaciones internacionales y, normalmente, el principal infractor de ellas, por lo que será usualmente el objeto de la mayoría de las críticas de las INDHs.

Para analizar con más detalle los requerimientos institucionales y las funciones que deben realizar estas INDHs, junto con los Principios de París, seguiremos un artículo de Pegram sobre las experiencias de aquellas en América Latina³⁴ y uno de Julie Mertus, quien analiza en general la evaluación de estas organizaciones.³⁵ Complementaremos esto con casos de instituciones especializadas en la acción antidiscriminación. Al respecto, mencionaremos dos ejemplos cruciales: el más antiguo y que sienta el modelo en esta materia, la Comisión de Igualdad de Oportunidades Laborales de Estados Unidos, la

31 Goodman y Pegram, *op. cit.*, p. 7.

32 Pegram, "National Human Rights Institutions in Latin America. Politics and Institutionalization", en Por todos, Goodman, *op. cit.*, pp. 231-232

33 Mertus, *op. cit.*, p. 77.

34 Pegram, *op. cit.* Pegram estudia tanto a las defensorías de DDHH propiamente tales, como a las procuradurías y comisiones de DDHH creadas en América Latina, y emplea el título genérico de defensorías para todas ellas.

35 Mertus, *op. cit.*

Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)³⁶, creada en 1964 por la Civil Rights Act; y la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos de Gran Bretaña (Commission for Equality and Human Rights)³⁷ de 2006, que fundió en un solo cuerpo las anteriores comisiones de igualdad en materia sexual, racial y de discapacidades de 1975, 1976 y 1995, respectivamente. Adicionalmente, aportaremos razones propias para justificar algunas atribuciones.

2.1. Independencia y pluralidad

Como se indicó antes, para que el órgano pueda resolver situaciones de discriminación y proponer con libertad soluciones y políticas que crea adecuadas, debe ser independiente del gobierno de turno y también de grupos y sectores políticos, sociales o económicos. Por cierto, ningún diseño institucional libera completamente de presiones e influencias. En el caso de Chile, un modelo a seguir es el que se ha dado en varios cuerpos creados en los últimos años, como el Consejo para la Transparencia³⁸ o el Instituto Nacional de Derechos Humanos: composición colegiada, con participación del Congreso, entidades de derechos humanos y académicas.³⁹

La independencia del órgano está directamente relacionada con la pluralidad de sus integrantes, que impide el control por un sector político determinado. Al respecto, los Principios de París señalan que la composición y nombramiento de los miembros deben ser establecidos de forma tal que aseguren una representación pluralista de las fuerzas sociales de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, asociaciones profesionales (como, por ejemplo, de abogados o periodistas), corrientes filosóficas o religiosas, universidades y el parlamento. Pegram, por otra parte, indica que la involucración de fuerzas sociales en el diseño institucional y en el proceso de nombramientos es determinante para las futuras relaciones entre aquellas y la INDH.⁴⁰

36 Ver <http://www.eeoc.gov>

37 Ver <http://www.equalityhumanrights.com>.

38 Ley 20.285, sobre Transparencia, artículo 36, que dispone que el Consejo de la Transparencia posee un Consejo Directivo compuesto de cuatro miembros designados por el presidente de la República previo acuerdo de dos tercios del Senado.

39 En el caso de Instituto Nacional de los Derechos Humanos, su dirección superior corresponde a un consejo integrado por: (a) dos consejeros designados por el Presidente de la República; (b) dos consejeros designados por el Senado; (c) dos consejeros designados por la Cámara de Diputados; (d) un consejero designado por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades integrantes del Consejo de Rectores y universidades autónomas, en la forma que determine el estatuto; (e) cuatro consejeros designado en la forma que establezcan los estatutos, por las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que gocen de personalidad jurídica vigente, inscritas en el registro que llevará el Instituto.

40 Pegram, op. cit., p. 225.

Los Principios de París señalan expresamente que, en el caso de incluirse representantes de instituciones de gobierno, ello debe ser en calidad de asesores, es decir, solo con derecho a voz.

Pegram indica también que el proceso de nombramiento de las INDHs está generalmente influido por la división y la competencia partidista, que intenta controlar las instituciones. A fin de evitarlo, se ha establecido en varios países mecanismos de nombramiento que requieren dos tercios del legislativo. Estas exigencias tienen también consecuencias negativas pues obligan frecuentemente a largos procesos de negociación política,⁴¹ lo que ha dejado a las INDHs regionales con nombramientos interinos débiles.

Para asegurar la independencia y pluralidad, las normas que regulan el proceso de nombramiento y la duración de los miembros del órgano debe estar en la ley, señalan los Principios. Según Pegram, en América Latina hay numerosos autores que indican que el estatus del órgano debiera ser constitucional para asegurar su estabilidad, algo que sería apoyado por la evidencia empírica.⁴²

2.2. Autonomía presupuestaria

Mencionan también los Principios que la independencia requiere de financiamiento adecuado. Pegram indica que en América Latina la interferencia del gobierno por medio del control presupuestario ha probado ser un medio habitual de control sobre las INDHs, pese a que la norma regional es que ellos son decididos por la legislatura.⁴³

2.3. Estudios

Como se indicó antes, una de las funciones más importantes de estos órganos es la capacidad de desarrollar estudios en su materia. Los Principios reconocen esta función, que está presente en prácticamente todas las INDHs.⁴⁴

2.4. Procesar y recibir denuncias

Sin duda una de las atribuciones más poderosas, que diferencia a un órgano asesor de uno que efectivamente puede luchar contra la discriminación, es la

⁴¹ Pegram señala el caso extremo de Perú, ¡donde no hubo acuerdo por cuatro años! Pegram, op. cit., p. 218, nota 38.

⁴² *Ibíd.*, p. 212.

⁴³ *Ibíd.*, p. 214.

⁴⁴ Por ejemplo, para el INDH chileno, en el art. 3, N° 9 de la Ley 20.405.

capacidad de recibir denuncias por actos de discriminación y darles una respuesta en sede administrativa. Ello se ha comprobado claramente, por ejemplo, en la actividad del Servicio Nacional del Consumidor⁴⁵ y el Consejo de la Transparencia.⁴⁶ Si las personas no poseen un ente que acoja denuncias y sea capaz de darles una respuesta uniforme, efectiva y relativamente rápida, y de efectuar los estudios que se derivan de esas situaciones, toda ley antidiscriminación quedará trunca.

Y no basta que existan las acciones judiciales pertinentes, como sucede –por ejemplo– en el caso de la ley de protección de consumidores o la propia Ley Antidiscriminación. Hay razones de accesibilidad, flexibilidad administrativa, capacidad de asesoría, que hacen que la existencia de un procedimiento administrativo sea complementario a uno judicial. Además, la existencia de un procedimiento administrativo permite al ente fiscalizador recibir la información de primera mano de parte de los afectados, detectar tempranamente problemas y desplegar sus facultades investigadoras si se detectan problemas graves o que sean de naturaleza estructural. En este sentido, la facultad de percibir denuncias y de investigar se alimentan recíprocamente.

2.5. Efectuar investigaciones

Junto con poder procesar denuncias es conveniente, para implementar efectivamente la Ley Antidiscriminación, que el ente responsable pueda iniciar investigaciones administrativas sobre prácticas discriminatorias. Esto es importante particularmente respecto a prácticas estructurales o generales, pues se genera la información necesaria para descubrir prácticas ocultas y proponer medidas de reforma. El modelo para ello podría ser algunas de las facultades que posee la Fiscalía Nacional Económica, en particular las capacidades de recolectar y solicitar informaciones a entes públicos o privados.⁴⁷

Un ejemplo poderoso de estas investigaciones lo provee la Equality Commission británica. Ella posee un mandato amplio para realizar investigaciones en relación al cumplimiento de sus funciones⁴⁸ y, en caso de violaciones a la normativa anti discriminación, iniciar una investigación formal, a cualquier sujeto, público o privado. En ambos casos se establece un procedimien-

45 Ley 19.496, art. 57, letra f).

46 Ley 20.285, art. 23, letra b).

47 DL 211, refundido en DFL 1, del 7 de marzo del 2005, art. 39, letras f) y g).

48 Equality Act 2010, arts. 16 y 20. El Schedule 2 de la Ley precisa la forma de llevar a cabo las investigaciones.

to de notificación, la posibilidad de defensa, poseyendo la comisión el poder de requerir información a los sujetos investigados y de llamarlos a declarar.⁴⁹ Los resultados de estas investigaciones son informes públicos que pueden servir para iniciar procedimientos judiciales, pero que en ellos no constituyen prueba concluyente.

2.6. Realizar denuncias y acciones judiciales

Consistente con las facultades anteriores, se requiere que el órgano pueda también interponer las acciones judiciales que el ordenamiento permite para remediar situaciones de discriminación. El INDH ya posee esta facultad, por ejemplo, en materias de su competencia.⁵⁰ En el caso de la Equality Commission británica, ella cuenta con los poderes de interponer acciones judiciales a fin de impedir actos antidiscriminación o intervenir en procesos de control judiciales de la administración.⁵¹

2.7. Proponer políticas, planes de acción y medidas legislativas

Pegram indica que las INDHs poseen generalmente facultades de asesorar a los parlamentos respecto a proyectos de ley, introducir iniciativas y presentar informes anuales.⁵²

En el caso de Chile, estimamos que, para subsanar una de las falencias de la ley vigente, el órgano debiera ser capaz de proponer políticas y planes de acción, con un plazo de ejecución y evaluación determinado. Un ejemplo de ello es el deber que tiene la Equality Commission británica de preparar un plan de acción respecto a las funciones que la ley le asigna y de revisarlo al menos cada tres años.⁵³

Es también interesante considerar, al igual que en la entidad británica,⁵⁴ la facultad de dictar códigos de buenas prácticas en materia de no discriminación. Dada la diversidad de situaciones en las cuales se pueden producir actos y prácticas de discriminación, esto normalmente requiere una regulación ad-hoc precisa.

49 *Ibíd.*, Schedule 2, art. 10(1).

50 Ley 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, art. 5.

51 Equality Act 2010, *op. cit.* arts., 24 y 30.

52 Pegram, *op. cit.*, p. 232.

53 Equality Act 2010, *op. cit.*, art. 4°.

54 *Ibíd.*, art. 14.

3. Consideraciones iniciales sobre un ente antidiscriminación chileno

Como hemos adelantado, puesto en el dilema de si acaso crear o no un nuevo organismo para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación, el Estado de Chile debe tomar una decisión para saldar sus deudas pendientes en esta materia. Creemos que la decisión puede ceñirse a dos posibilidades: o se crea un nuevo organismo con una competencia y atribuciones específicas, o se otorgan estas atribuciones a un organismo existente, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos. En lo que sigue, avanzaremos algunas reflexiones para analizar las ventajas y desventajas de una u otra opción.

De antemano, es importante descartar que la futura Subsecretaría de Derechos Humanos pueda ser un organismo adecuado para cumplir la expectativa creada por la promesa normativa de la LAD.⁵⁵ La futura Subsecretaría no cumpliría con un marco normativo mínimo que garantice la independencia y la pluralidad en su composición, en tanto presupuesto básico de cualquier institución nacional de derechos humanos. Sin embargo, su necesidad e idoneidad han sido destacadas por el propio Instituto Nacional de Derechos Humanos, que, no obstante algunas observaciones críticas puntuales, ha afirmado que “el proyecto de ley que crea la subsecretaría de derechos humanos representa un valioso esfuerzo por fortalecer la institucionalidad política y gubernamental de derechos humanos, y responde a la necesidad de establecer con rango de ley un ente que desde el Poder Ejecutivo proponga y coordine las políticas públicas en este ámbito”.⁵⁶ En efecto, esta Subsecretaría podría jugar un rol relevante a la hora de establecer funciones de coordinación y diseño de políticas públicas en materia del derecho a la igualdad y no discriminación; además, cobra relevancia el cumplimiento de las obligaciones del poder ejecutivo, como uno más de los poderes del Estado, en sus funciones de promoción y protección de estos derechos, así como de ejecución de políticas y programas en materia de derechos humanos. Un rol relevante en la materia podría ser la necesidad de establecer medidas para el cumplimiento de la obligación genérica contenida en el artículo 1° inciso 2° de la LAD.

55 A la fecha de cierre de edición de este artículo, el proyecto de ley que “Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia” (Boletín 8207-07), había sido aprobado en general por el Senado en primer trámite constitucional.

56 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Pauta de observaciones con respecto al proyecto de ley que “Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia”, p. 32 (disponible en www.indh.cl).

La opción de crear una nueva entidad u organismo antidiscriminación puede ser analizada desde diversos puntos de vista. Desde la perspectiva de los derechos humanos, en principio cuesta entender por qué otras áreas reciben tanta atención y son desarrolladas a partir de la creación de una institucionalidad con amplios poderes normativos y fiscalizadores. Es el caso de la Fiscalía Nacional Económica o del Servicio Nacional del Consumidor, organismos que no solo tienen “poderes blandos”, consultivos, de recomendación u obligaciones generales de promoción de un determinado valor o bien público, sino también la posibilidad de litigar administrativa o judicialmente en casos motivados por personas privadas. La creación de una nueva entidad de características similares sería un desafío mayor, pero que cuenta con ejemplos exitosos en otras áreas. En este sentido, es posible preguntarse por qué algunos bienes públicos –como la libre competencia o el respeto de los consumidores– merecen una institucionalidad con más dientes que el ámbito de los problemas relacionados con la discriminación arbitraria en Chile, en especial, con relación a los grupos vulnerados. Al analizar las desventajas, habría que hacer referencia a la viabilidad política y al desgaste producido por la tramitación legislativa de la LAD: preocupaciones pragmáticas que deben ser consideradas por quien quiera abogar por la creación de un nuevo ente.

Por último, queda por analizar la opción de adecuar las atribuciones y competencias de alguna institución vigente que pueda cumplir con los desafíos pendientes en materia de igualdad y no discriminación. Aquí el principal candidato es el INDH, que tiene competencias y atribuciones generales al respecto, aunque insuficientes según hemos propuesto en este trabajo. En efecto, se trata de una institución nacional que cumple plenamente con los Principios de París y que, a tres años de su puesta en marcha, ha logrado superar las expectativas que existían con su creación. Su labor ha sido reconocida en los ámbitos nacional e internacional, algo inusual para una creación institucional reciente. De hecho, en el marco de la XXVI Reunión General del Comité de Coordinación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (CIC), realizada en mayo de 2013, el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH) fue acreditado con la máxima calificación (A) por parte de la Organización de Naciones Unidas. Esta certificación implica que el organismo no solo cumple formalmente con los Principios de París, sino que estos también se satisfacen en la práctica, lo que dota de legitimidad a

esta institución.⁵⁷ Dentro de los posibles modelos acordes con los Principios de París, la literatura especializada cataloga al INDH como una Comisión de Derechos Humanos con atribuciones de consulta, monitoreo, recomendación y, en algunos casos, legitimación activa para llevar casos ante las cortes.⁵⁸ Con respecto a este modelo, se reconoce como máximo desafío el transitar a un modelo de comisiones con poderes cuasi jurisdiccionales (mediación, investigación y legitimación activa), sobre todo en aquellos países en que las cortes tienen un restringido acceso⁵⁹ o en que la falta de precedentes impide, en parte, crear estándares generales.

En relación al derecho de igualdad y no discriminación, el INDH ha venido desarrollando una labor activa con respecto a diversos temas. Así, por ejemplo, su directora, Lorena Fries, participó activamente en la tramitación legislativa de la LAD. Con respecto a ciertos grupos vulnerados, la Dirección de Estudios del INDH ha desarrollado una ardua labor investigativa para dar cuenta de ciertos patrones de discriminación generalmente invisibles a la agenda pública. Es el caso, por ejemplo, de la inclusión de un capítulo específico sobre el ejercicio de derechos sin discriminación en su último informe anual (2012).

Considerando los desafíos futuros, para entregarle al INDH poderes o atribuciones de investigación, de recepción de quejas o asuntos individuales, o de legitimación activa en términos robustos, sería necesaria una reforma legislativa de importancia. En efecto, se requeriría una modificación del artículo 2° de la ley 20.405, que define el objeto del INDH, incorporando una mención explícita a la protección, garantía y promoción del derecho a la igualdad y no discriminación, o la incorporación de nuevas atribuciones en el artículo siguiente. Todo ello sin perjuicio de otras modificaciones legislativas que pueda requerir tal ajuste. Además, ello requerirá un fortalecimiento de su autonomía presupuestaria y del apoyo financiero que cada año se vaya fijando en la respectiva ley de presupuestos.

57 Esto también ha sido reconocido por Thomas Pegram, en Pegram, *Nhr torture prevention.org*, Pegram, "Operation against the Chilean Institute for Human Rights", 13 de febrero de 2013.

58 UNDP-OHCHR, *Toolkit for collaboration with National Human Rights Institutions*, 2010, p. 28. En algunos países, estas comisiones tienen como mandato específico y único la protección del derecho a la igualdad y no discriminación (Australia, Canadá y Nueva Zelanda).

59 *Ibid.*