

ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO FRENTE AL FENÓMENO DISCRIMINATORIO

MARÍA SOLEDAD CISTERNAS REYES*

RESUMEN: El presente trabajo aborda el tema de la discriminación que ha adquirido relevancia jurídica en el plano del Derecho Internacional Público y se ha incorporado en las Constituciones de diversos países por su directa relación con los derechos humanos. La autora analiza la Constitución chilena de 1980 y las normas relativas a la discriminación. Se refiere en primer lugar al sustento axiológico de las vías constitucionales para prevenir y superar la discriminación, a los criterios analíticos aplicables y los mecanismos constitucionales para tal objeto. En la segunda parte del artículo, examina las leyes particulares que abordan la temática de la discriminación, desde la perspectiva de los derechos diferenciados en razón de los grupos. La tercera parte, de carácter reflexivo, plantea los desafíos constitucionales, legales, políticos y judiciales de la materia en el orden jurídico chileno.

Palabras clave: Discriminación - Derechos humanos - Igualdad.

ABSTRACT: The present work approaches the subject of the discrimination that has acquired legal relevance in the plane of the Right Public International and it has been gotten up in the Constitutions of diverse countries by his direct relation with the human rights. The author analyzes the Chilean Constitution of 1980 and the norms relative to the discrimination. One talks about in the first place the worthiness sustenance of the constitutional routes to prevent and to surpass the discrimination, to the applicable analytical criteria and the constitutional mechanisms for such object. In the second part of the article, she examines the particular laws that approach the thematic one of the discrimination, from the perspective of the rights differentiated in regard to the groups. The third part, of reflective character, raises constitutional, legal, political and judicial the challenges of the matter in the Chilean legal order.

Key words: Discrimination - Human rights - Equality.

SUMARIO: PRESENTACIÓN. I. VÍAS CONSTITUCIONALES PARA PRECAVER Y SUPERAR LA DISCRIMINACIÓN. 1. Sustento Axiológico. 2. Criterios Analíticos. 3. Mecanismos Constitucionales para Precaver y Superar la Discriminación. II VÍAS LEGALES PARA PRECAVER Y SUPERAR LA DISCRIMINACIÓN 1. Ley Indígena de 1993. 2. Ley sobre Discapacidad de 1994. 3. Ley de Culto de 1999. 4. Ley de Sida de 2001. 5. Ley sobre Adulto Mayor de 2002. 6. Código del Trabajo (texto refundido, coordinado y sistematizado) de 2003. 7. Ley del Consumidor de 1997 (con modificaciones introducidas el año 2004). III DESAFÍOS CONSTITUCIONALES, LEGALES, POLÍTICOS Y JUDICIALES. 1. Reforma Constitucional. 2. Proyecto de Ley Antidiscriminación para Chile. 3. Política Pública. 4. Capacitación a Jueces. BIBLIOGRAFÍA.

PRESENTACIÓN

Para definir discriminación, hemos tomado elementos de diversas Convenciones Internacionales y doctrina –toda vez que el ordenamiento jurídico chileno no la define,

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Magíster en Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

salvo algunos lineamientos en el ámbito laboral—, los cuales nos permiten conceptualizar este fenómeno como: toda distinción, exclusión o restricción por acción u omisión, basada en las circunstancias particulares de una persona o del colectivo al cual pertenece, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales¹.

Desde la perspectiva jurídica constitucional, la mencionada discriminación nos lleva a mirar la construcción filosófica de la Carta Fundamental desde la perspectiva ontológica y teleológica, sus principios y marco valórico, el concepto y concepciones de igualdad, como también el sistema político que sustenta y las estrategias para el logro de los paradigmas concebidos por aquella.

La pregunta es ¿por qué es importante precaver y superar la discriminación? La respuesta la podemos obtener desde el artículo 1° de la Constitución, en tanto nos indica que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

Desde otro ángulo, el artículo 4° establece que "Chile es una República democrática", constituyendo un eje central de dicho sistema político la inclusión de todos los miembros de una comunidad nacional, poliétnica o multinacional².

En consecuencia, la discriminación es una circunstancia reñida con el bien común y con el Estado Democrático de Derecho.

Una segunda interrogante será ¿cuáles son las vías constitucionales para precaver y superar la discriminación, o cómo la hermenéutica constitucional permite arribar al cumplimiento de este propósito? La respuesta es compleja y nos refiere a diversas voces, acepciones y perspectivas, estando seguros que la enunciación no agotará las posibilidades analíticas e interpretativas que nos ofrece el Texto Constitucional. Por ello la primera parte de esta exposición comprende el sustento axiológico de las vías constitucionales para precaver y superar la discriminación, los criterios analíticos aplicables y los mecanismos constitucionales para tal objeto.

La segunda parte examinará leyes particulares que abordan la temática de discriminación, fundamentalmente desde la perspectiva de los derechos diferenciados en razón del grupo.

La tercera parte y final, plantea los desafíos constitucionales, legales, políticos y judiciales en la materia.

¹ La Constitución Política de la República de Chile no define qué se entiende por "discriminación" como tampoco ninguna de las leyes que hacen alusión a este fenómeno (con excepción del Código del Trabajo). Por esta razón se ha construido la definición que se consigna en este estudio, a partir de Convenciones Internacionales, particularmente aquellas ratificadas por el Estado de Chile, como la Convención contra la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer- ONU y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad-OEA.

² KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Capítulo 2 "Las políticas del multiculturalismo" (Editorial Paidós S.A., Barcelona-España, 1996) pp. 25-56.

I. VÍAS CONSTITUCIONALES PARA PRECAVER Y SUPERAR LA DISCRIMINACIÓN

1. SUSTENTO AXIOLÓGICO

En este acápite, debemos referirnos al espíritu constitucional que empapa el articulado de la misma y por ende toda la normativa legal y reglamentaria. De allí aparece central el análisis del principio de la igualdad, toda vez que la vulneración del mismo constituirá discriminación en los sentidos que examinaremos. El principio de igualdad no es descriptivo de la realidad social, sino una exigencia que nos señala cómo deben ser los seres humanos en una sociedad que se precie de justa, una exigencia del pensamiento político contemporáneo posterior a la Revolución Francesa³.

El grado de abstracción del concepto de igualdad en cuanto reza tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no presenta mayor polémica. Hay quienes sostienen que este concepto se identifica con el de justicia en cuanto se define como dar a cada uno lo suyo, sin embargo allí comienzan las especulaciones en torno a qué es lo suyo que corresponde a cada uno⁴. Las "concepciones de igualdad" pueden brindar una respuesta en este punto, no obstante ser más debatibles ya que buscan una precisión a nivel práctico, aplicables a realidades concretas, tanto desde la perspectiva del legislador, de la autoridad administrativa y de los Tribunales de Justicia.

Entonces, ¿cuáles son las concepciones de igualdad contenidas en nuestra Constitución?

a) Igualdad de Todos o Igualdad Absoluta:

El artículo 1° de la Carta Fundamental señala que: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Aunque hay quienes sostienen que esta frase prescribe una igualdad de resultados (formas de la denominada igualdad material o de hecho), lo que allí se consagra es la esencia del ser humano dotado de espíritu y cuerpo, con atributos como la libertad, la voluntad y dignidad. Por ende, en esta esencia todas las personas son iguales.

Decir que "todos son iguales" respecto de la condición de seres humanos, posee enorme actualidad e importancia para la comprensión de los derechos humanos, pues enfatiza que todos poseen el rasgo de la "humanidad" en la misma medida y con igual intensidad⁵.

³ ATRIA, Fernando, "Los Peligros de la Constitución: La idea de igualdad en la jurisprudencia nacional", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho/ Universidad Diego Portales (Editorial Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, serie N° 36, Santiago, 1997) p. 36.

⁴ IBID, p. 39.

⁵ VIVEROS, Felipe, "El Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación en el Sistema Jurídico Chileno", en *Bases Generales del Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile 2001-2006*, División Organizaciones Sociales/ Ministerio Secretaría General de Gobierno (Editorial Programa Tolerancia y No Discriminación, Santiago, 2000) p. 33.

b. Igualdad Formal:

Aquí nos enfrentamos al Capítulo de Derechos y Deberes Constitucionales, el cual desde su enunciado contiene la idea de igualdad formal, como un régimen que involucra a todos los demás derechos al señalar que: "La Constitución asegura a todas las personas...", llegando a la enunciación que por excelencia es invocada a la hora de defender el mencionado principio como una garantía constitucional, cual es "la igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley (lo que aquí se quiere decir, es que no hay diferencias relevantes en cuanto a la asignación de derechos entre hombres y mujeres)⁶. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". En este último inciso se está haciendo alusión a la no discriminación.

La igualdad formal tiene una segunda vertiente, cual es la indicada en el numeral 3 del mismo artículo, en el enunciado "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", que —como sabemos— se refiere a la igualdad en el acceso a la justicia, al tratamiento de los juzgadores y garantías conexas.

El autor Fernando Atria señala que "la idea de igualdad no es un derecho constitucional más entre los 26 que el artículo 19 de la Constitución consagra. Es el primero de ellos, la garantía Constitucional básica, la que en un Estado democrático de derecho sirve de soporte a la implementación y el ejercicio de las demás... asegurando el correcto funcionamiento de todo el orden jurídico. En tal sentido, cabe precisar que este pensamiento sostiene que el derecho a la vida es un prerequisite evidente sin el cual no hay posibilidad de ejercer ninguno de los demás derechos"⁷.

A mayor abundamiento, la aseveración inicial en cuanto a la trascendencia del derecho a la igualdad desde el enunciado del artículo 19, se ve reforzado en sus diversos numerales, a saber: N° 8 derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que sin duda es hoy calificado como un derecho colectivo, en la medida en que puede ser invocado por muchos o por todos; N° 9 derecho a la salud, el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo; N° 10. Derecho a la educación, la educación básica y media es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población; N° 12. Libertad de emitir opinión y la de informar (lo que implica también el derecho a ser informado), toda persona natural o jurídica tiene derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que señala la ley; N° 17. La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que imponga la Constitución y las leyes; N° 18. Derecho a la seguridad social, la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes; y N° 20. La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley y la igual repartición de las demás cargas públicas.

⁶ ATRIA: (n. 3), p. 52.

⁷ IBID, p. 121.

Se debe destacar que el constituyente enfatizó el derecho a no ser discriminado en dos de sus garantías: artículo 19 N° 16. El derecho al trabajo y su protección, se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad del personal...; y artículo 19 N° 22. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Otras alocuciones a la igualdad formal, como expresión prescriptiva de este principio, las encontramos en el artículo 6, que señala: "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona institución o grupo..." y el artículo 7 inciso 2°, que prescribe: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución y las leyes".

En la misma línea de igualdad ante la ley se encuentra el artículo 10 que establece quiénes son chilenos y el artículo 13, que señala quiénes son ciudadanos, indicando requisitos parejos para que, aquellos que los cumplan, tengan dichas calidades. En igual orden se puede destacar la cualificación del sufragio indicado en el artículo 15 inciso 1°, con su carácter de igualitario.

Cabe señalar que la sola igualdad ante la ley no garantiza que esta se verifique en la práctica; además la asimetría en el goce de derechos formalmente iguales es el resultado, precisamente, de las desigualdades reales existentes en las sociedades⁸.

c. Igualdad de Oportunidades:

El artículo 1° de la Carta Fundamental nos lleva a una tercera concepción de la igualdad, en tanto prescribe en su inciso 5 que "Es deber del Estado ...promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". Ello introduce el concepto de discriminación inversa o discriminación positiva que es criticada por algunos al descuidar los méritos (idea de meritocracia como mezcla de talentos personales y esfuerzos). En contrapartida, el autor Alfonso Ruiz Miguel sostiene que: aceptando que los méritos son relevantes, no siempre son ni deben ser criterio de valoración único o privilegiado, siendo lícito y a veces conveniente limitar su operatividad a favor de criterios excepcionales, con importantes propósitos de igualdad e integración social⁹.

Esta concepción de igualdad se basa en la constatación de una realidad heterogénea de los seres humanos, diversidad que no solo queda hoy en el ámbito privado, sino también en la esfera de lo público, lo que lleva a desarrollar el criterio de "igualdad y diferencia, también llamado igualdad y diferenciación". Dicho concepto se vincula a la esfera de la legislación, política pública y sus estrategias, a través de las cuales se aspira a colocar a los individuos en un punto de partida similar, que desde luego no asegura resultados y que se va consiguiendo principalmente a través de medidas correctivas,

⁸ VIVEROS: (n. 5), p. 35.

⁹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Discriminación Inversa e Igualdad" en *El Concepto de Igualdad* (Editorial Pablo Iglesias, España, 1994) p. 84.

acciones afirmativas, acciones positivas e incluso —en algunos casos— contemplando el sistema de cupos en los ámbitos laborales o de cargos públicos.

No obstante la utilización de la terminología "discriminación positiva" o "discriminación inversa", podemos afirmar que estas referencias confunden innecesariamente el marco analítico y dan cuenta de una falta de creatividad en el lenguaje jurídico. En efecto, el fenómeno discriminatorio tiene una connotación negativa y de segregación, por lo cual al hablar de distinciones, diferenciaciones o el discernimiento de medidas o acciones que buscan la igualdad de los individuos, no podemos ligar circularmente tales contenidos al fenómeno que se ataca, cual es la discriminación.

2. CRITERIOS ANALÍTICOS:

En este acápite damos algunas nociones jurídicas que sirven para evaluar situaciones concretas en que se alegue vulnerado el principio de igualdad, algunas de las cuales emanan del texto constitucional y otras de la práctica judicial.

2. 1. *Criterios Analíticos.*

a. Exclusión de privilegios:

Esta terminología implica una situación que es necesario evitar o eliminar, teniendo presente que la concepción de clase privilegiada va más allá que la de clase social. Que alguien tenga un privilegio significa que puede realizar acciones o incurrir en omisiones que le beneficien y que le sitúan en un estadio diferente al resto de las personas, toda vez que terceros no pueden impedir dicha acción u omisión, que implica a aquellos estar dotado de tal privilegio.

Nuestra jurisprudencia ha declarado en diversas ocasiones que la Constitución prohíbe solo los privilegios especiales, vale decir, el privilegio en sí no sería inconstitucional, a menos que reúna ciertos requisitos específicos que lo apartan de esta juridicidad, sin dar aún una pauta de qué privilegios deberían estar excluidos¹⁰.

El privilegio no debe confundirse con las medidas de equiparación de oportunidades que se otorgan a ciertas personas o grupos desventajados en pro de su integración social, para elevar sus condiciones de desarrollo humano y el ejercicio efectivo de sus derechos¹¹. Vale decir, si trazamos una línea horizontal, que represente un estadio de goce y ejercicio de derechos y deberes; quienes están bajo ella, requieren de ciertas medidas correctivas y acciones positivas para llegar a posicionarse en dicha línea, en tanto el privilegio significa que una persona o grupo se sitúa en el ámbito superior a esa línea, con sobredotación de derechos o exención de obligaciones aplicadas a la mayoría, sin que exista un criterio de razonabilidad para ello.

La jurisprudencia nacional ha entendido que la expresión "sin distinción de..." tiene un contenido de mayor sutileza y a la vez de mayor peso normativo, no puramente literal. En Chile las distinciones deben ser arbitrarias para ser sancionadas.

¹⁰ ATRIA: (n. 3), p. 35.

¹¹ IBID, p. 32.

b. Categorías no susceptibles de exclusión:

Tal enunciación consiste en el impedimento constitucional para que ciertas características sean consideradas como criterios relevantes con el objeto de distinguir entre personas, con evidentes consecuencias jurídicas en detrimento de la dignidad, goce y ejercicio de los derechos de estos.

En consecuencia, constituiría distinción arbitraria y por ende discriminación, la no aplicación de estatutos legales que rigen para los habitantes de la nación, respecto de ciertas personas o grupos por sus características particulares tales como etnia, edad, discapacidad, entre otras.

En correlación al logro de la igualdad de oportunidades, existen legislaciones especiales para ciertos colectivos, cuya finalidad es la equiparación en pro a la mencionada integración social y desarrollo personal.

i) Versión Débil: Sostiene que deben ser tratados iguales aquellos que se encuentran en la situación descrita por la ley; vale decir las leyes siendo formuladas en términos generales, deben ser aplicables por igual a todos quienes se encuentran en las situaciones descritas por ellas, sin entrar a sopesar las circunstancias particulares de algún individuo o grupo¹², ejemplo: cuando personas con discapacidad física reclaman contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por la falta de accesibilidad al transporte público, vía recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago resuelve que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad ya que "...las reglas que regulan el transporte, también son de aplicación general, sin consideración a la situación particular de los normados"¹³.

ii) Versión Fuerte: Sostiene que la igualdad de condiciones no es propiamente jurídica sino de hecho. La diferencia en las circunstancias de las personas, los actos o las situaciones, pueden ser razón suficiente para distinguir entre ellos¹⁴. En otros términos, se deben atender las condiciones particulares y fácticas de cada individuo para determinar si se ha violado o no, en el caso, el derecho a la igualdad que invoca y las medidas que deben adoptarse para el restablecimiento de este derecho.

Las exigencias de la versión fuerte son más acentuadas que las de la versión débil, en cuanto a la atención de las condiciones intrínsecas del individuo y circunstancias que rodean el caso que se examina, no olvidando que se debe tratar desigual a los desiguales.

¹² IBID, p. 42.

¹³ Recurso de Protección caratulado "Muñoz Noemí con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones", presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago el 21 de agosto del año 2001, Rol N° 4427-01/ Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos- Programa Jurídico sobre Discapacidad- Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

¹⁴ ATRIA: (n. 3), p. 43.

Observación:

El principio de imparcialidad recalca la obligación del juez de fundamentar sus sentencias, solucionando el caso con una justificación completa. En cada situación en que se analiza el derecho a la igualdad, se debe justificar la razonabilidad de la clase y la consecuencia de esa clasificación¹⁵.

Por otra parte, la idea de igualdad ha sido concebida respecto de la forma en que, principalmente los órganos del Estado, deben tratar a las personas. Sin embargo, la complejidad de la realidad social lleva a ampliar el espectro de aplicación de la garantía, pudiendo cautelar el derecho cuando este es vulnerado por particulares. Dicha doctrina diversifica la concepción de derechos humanos, predicando su respeto y salvaguarda respecto de todos los actores sociales, principalmente cuando la contraparte privada tiene un tamaño y característica de superioridad fáctica en relación a un individuo o grupo.

3. MECANISMOS CONSTITUCIONALES PARA PRECAVER Y SUPERAR LA DISCRIMINACIÓN

Nuestra Constitución no establece en forma explícita mecanismos para precaver y superar la discriminación. No obstante, en la orgánica de la Carta Fundamental podemos apreciar institucionalidad que, por medio de las vías que son de su competencia, permiten efectuar un control preventivo o *a posteriori*, según corresponda, para el tratamiento y efecto antidiscriminación. En este contexto examinaremos estos caminos ejemplificando cada uno de ellos.

3.1. CORTES: De Apelaciones y Suprema

Si bien la Constitución chilena otorga variada gama de concepciones de igualdad que significan grandes posibilidades analíticas para los juzgadores, se debe tener presente que la recopilación e investigación de fallos a nivel de las Cortes, nos dan cuenta de una inmensa mayoría en que invocándose el derecho a la igualdad y denunciándose discriminación, son rechazados. Se hace esta mención para enfatizar que los ejemplos que a continuación se describen, responden a la aplicación del criterio de igualdad relativa fuerte, con el prerequisite de la igualdad formal, lo que ha permitido pronunciamientos de alto valor y argumentación jurídica en la invocación del mencionado derecho.

3.1.1. Recurso de Protección:

El artículo 20 de la Constitución establece la acción cautelar de protección en términos de: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 —aquí se enuncian otros derechos que hemos señalado precedentemente que recogen la concepción de igualdad formal, incluido el numeral 2 que consigna la igualdad ante la ley— podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado,

¹⁵ IBID., p. 115.

sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes...".

En tal virtud, destacamos los siguientes fallos:

a. "Meza y otros con Jefe de Zona en Estado de Emergencia, año 1984:

El recurrente informó previamente al Jefe de Zona en Estado de Emergencia de su propósito de realizar un acto cultural en homenaje a un líder político fallecido. Esa jefatura no autorizó la reunión. El recurso se perdió ante la Corte de Apelaciones respectiva y se ganó ante la Corte Suprema, la cual argumentó: "Que el N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, al establecer el elemental principio jurídico de la igualdad ante la ley, se encarga de precisar dos aspectos específicos de ese valor: que en Chile no hay grupos privilegiados y que la autoridad no podrá establecer diferencias arbitrarias.

Que a falta de información fehaciente en otro sentido, las pretensiones de los reclamantes han sido por lo menos iguales en derecho a las de quienes pudieron sesionar en condiciones semejantes... Siendo así, resulta obvio que los proyectos de los comparecientes han experimentado distinción o variedad causante de postergación o desventajas ante otros grupos de ciudadanos, como fruto del capricho de un agente de la administración, toda vez que sin motivo aparente, este les ha negado gracias o prerrogativas de que otros gozan. Esto configura de lleno tanto la diferencia o discriminación arbitraria como la existencia de grupos privilegiados por lo que resulta imposible desatenderse de la flagrante perturbación que las actuaciones objetadas importan al legítimo goce del derecho natural en comento".

b. "Gómez con Sinay", año 1986:

Se llamó a licitación pública de un banco, prohibiéndose la participación de quienes tuvieran parentesco con los que hubieren ejercido determinadas funciones dentro de la empresa licitada. Se alegó que tal cuestión habría constituido discriminación arbitraria. El recurso fue rechazado en la Corte de Apelaciones respectiva y ganado por mayoría ante la Corte Suprema, destacándose la siguiente consideración: "La garantía del art. 19 N° 22 que no es sino la singularización del principio de igualdad ante la ley..., pone a cubierto a todos los ciudadanos de una desigualdad de trato por parte del Estado y de sus organismos en todo el ordenamiento económico, comercial o empresarial que este pueda regular, del ejercicio de su potestad administrativa o de gobierno.

En la especie se dan los presupuestos para estimar vulneradas las referidas garantías como quiera que constituye una discriminación arbitraria el hecho de exigir que los oferentes que participen en la mencionada licitación no deben tener determinado parentesco con los antiguos accionistas, directores o administradores de la empresa intervenida. Tal exigencia en cuanto a la calificación de los oferentes no obedece a ningún antecedente razonable, ya que su sola mención es bastante para concluir que no puede fundarse en ninguna motivación seria y aceptable sino que, por el contrario, es simplemente caprichosa y arbitraria".

En este fallo aparece enunciada la "igualdad de trato", concepción acuñada en la obra de Ronald Dworkin. Se refiere a la exigencia básica que impone a favor de todas las

personas la titularidad de los derechos humanos, esto es, el ser tratados "con igual consideración y respeto". Esta noción deriva de la tradición kantiana, que sostiene el principio según el cual nunca ha de tratarse a un ser humano como un mero medio para la realización de fines en los que no ha consentido y, supone además, concebir a las personas como seres capaces de autodeterminación, dispuestos a decidir en torno a sus propios planes de vida y hacer lo posible por realizarlos¹⁶.

c. "Cussen con Superintendente de AFP", año 1989:

La Superintendencia de AFP dictó la circular N° 4. 482, conforme a la cual, las AFP que tuvieran 500 o más accionistas o que al menos el 10% de su capital perteneciere a un mínimo de 100 accionistas, debían señalar la remuneración total que durante el ejercicio hubieren recibido sus 15 más altos ejecutivos asesores, sin que fuere necesario indicar el nombre de dichas personas. El recurso que algunos ejecutivos y AFP interpusieron en contra de esta circular, fue acogido por unanimidad en la Corte de Apelaciones respectiva y confirmada por unanimidad en la Corte Suprema, en donde cabe destacar la siguiente consideración: "La instrucción es arbitraria en razón de que solo se imparte, no respecto de todas las AFP y de todos sus ejecutivos, sino solo de los que cumplan los requisitos de la circular sin que aparezca motivo alguno que justifique esta discriminación.

Es evidente que esta instrucción perturba o amenaza, en relación con todos los recurrentes la igualdad ante la ley y el que esta, así como autoridad alguna puedan establecer diferencias arbitrarias (art. 19 N° 22)".

e. Molina contra Canales de Televisión, año 2001:

Resulta pertinente citar el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que sostiene judicialmente cuál debe ser la correcta interpretación de las normas constitucionales y legales, a fin de dar equiparación de oportunidades al colectivo de personas sordas de Chile que reclaman por su efectivo derecho a la información en los canales de televisión. Se destaca la argumentación siguiente: "Es lo cierto que hasta el momento el único lenguaje que se ha comprobado que le permite a dicha población con sordera comunicarse, o tomar conocimiento de lo que otra persona les expresa es el de señas, lenguaje que según se deja constancia en autos, es utilizado por el 90% de la población de sordos y que constituye su verdadera herramienta de comunicación...", a lo que cabe añadir "Que de todo lo expuesto se sigue que la parte recurrida ha incurrido en un acto ilegal o arbitrario, al no utilizar específicamente el lenguaje de señas en algunos de los noticieros de los canales, y con ello ha vulnerado la garantía del número 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad de información, concepto en el que debe entenderse comprendido el derecho a recibir información..."¹⁷.

¹⁶ VIVEROS: (n. 5), p. 38.

¹⁷ Recurso de protección caratulado "Molina contra Canales de Televisión" presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en octubre de 2001, Rol N°5527-2001. Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos/ Programa Jurídico sobre Discapacidad- Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

d. *"Palma con Isapre Colmena Golden Cross", año 2003:*

El recurrente, siendo funcionario bancario, en el marco de un convenio colectivo de afiliación de su sindicato a la Isapre señalada, fue rechazado sin expresión de causa, a diferencia del resto de sus compañeros de trabajo que fueron incorporados a la Institución de salud. El reclamante era ciego y de 61 años de edad.

El recurso fue acogido ante la Corte de Apelaciones respectiva y confirmado por la Corte Suprema, en ambos casos por unanimidad, en donde se destacan los siguientes considerandos:

En Corte de Apelaciones: "Que como es sabido, las facultades discrecionales no pueden devenir en arbitrariedad, motivo por el cual la doctrina coincide en señalar que limitan tal libertad la razonabilidad, la buena fe y los fundamentos técnicos de la decisión, la cual además debe ser oportuna..."; "Que un proceder como el descrito carece de razonabilidad, hiere el mínimo respeto y consideración de quien de buena fe acogió la convocatoria que, con especial celo, atendida la naturaleza de la institución de que se trata –encargada de la protección de la salud de las personas– esta debe cautelar. Siendo así, su resolución –inmotivada e inoportuna– erosiona un valor central del orden constitucional: la dignidad humana"; "Que la dignidad y la igualdad son valores inherentes a todo ser humano, pero de tal importancia que el constituyente los ha proclamado, con el carácter de base de la institucionalidad... precisamente, para que todo órgano, persona, institución o grupo los cautele y resguarde efectivamente. Por consiguiente, la negativa a fundar una respuesta, la inoportunidad de ella, y su carencia de razonabilidad, conlleva a un proceder arbitrario vulnerador de la dignidad, que cobra mayor gravedad tratándose de una persona que por su condición de discapacitado está más sensible a percibir por esa causa una discriminación"; "Que la Isapre recurrida como proveedora de bienes y servicios no está exenta de la prohibición constitucional de discriminar que fluye del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, y que específicamente le imponen los artículos 3 y 13 de la Ley N° 19.496..."; "...por lo que se configura así a su respecto una exclusión discriminatoria que le impide o anula el goce y ejercicio del derecho a afiliarse a la institución por él seleccionada, que le asegura el inciso final del numeral 9 del artículo 19 de la Constitución Política"; "...esta acción constitucional será acogida adoptándose en favor del recurrente la medida de protección que se indica en lo resolutive, a fin de restablecer su dignidad, la igualdad en el trato, y su derecho a elegir la institución privada de salud a la que desea afiliarse...".

Como se aprecia, nuevamente aparece la concepción de igualdad de trato en cuanto supone que los seres humanos son responsables por sus actos voluntarios, pero solo por sus actos voluntarios y que, en consecuencia, no se les puede hacer reproche ni maltratar por eventos o cualidades sobre las cuales carecen de toda posibilidad de control, tales como la raza, la edad, las discapacidades, el origen social o nacional, entre otros¹⁸.

La Corte Suprema refuerza las consideraciones anteriores, señalando además: "Que la actuación de la Isapre de que se trata, y que se le reprocha, es claramente discriminatoria, toda vez que le ha impedido el ingreso al recurrente, excluyéndolo de

¹⁸ VIVEROS: (n. 5), p. 38.

un convenio colectivo... La conducta discriminatoria es del todo arbitraria, ya que la exclusión se sustenta..., en exámenes que se presentan solo alterados..." (colesterol y transaminasas); "Que la citada conducta deja en evidencia el propósito de la recurrida de permitir únicamente la afiliación de personas que gocen de buena salud..."; "Que por consiguiente el actuar arbitrario y discriminatorio de la Isapre recurrida, atenta contra la garantía constitucional prevista en el N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, y de paso, deja en evidencia un procedimiento que no se compadece con la naturaleza asistencial de la Salud Previsional".

3. 1. 2. *Recurso de inaplicabilidad:*

Por su parte, el artículo 80 de la Constitución establece: "La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento".

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad concebido en los términos expresados, es también susceptible de ser utilizado a la hora de invocar el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Aunque la jurisprudencia no es abundante en esta materia, daremos cuenta de un ejemplo que materializa la mencionada alternativa:

Una Corporación Metodista interpone recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 53 y 53 bis de la Ley 17.729 de 1972 (ley sobre algunas materias indígenas). Estamos en presencia de una acción reivindicatoria de tierras por parte de una comunidad indígena. La Corporación metodista como recurrente aduce la transgresión de las garantías contempladas en los números 2, 3 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En este fallo se destacan los siguientes considerandos: "En cuanto al número 2 del artículo 19 de la Constitución Política, tampoco existe contradicción porque la igualdad ante la ley no implica que no puedan dictarse normas que vayan en protección de ciertas categorías o sectores de personas para compensar su debilidad social o económica en sus relaciones frente a otras categorías de la sociedad; de otro modo no se explicaría la existencia de una legislación del trabajo, que protege al trabajador, la que en ningún caso podría considerarse que infringe el principio de la igualdad ante la ley garantizado por la Constitución y en este orden, toda la legislación indígena tiene una orientación protectora y de justicia social para un sector de la ciudadanía tradicionalmente postergada, por ello, al proteger el dominio de las tierras asignadas a la población indígena, no está creando un privilegio arbitrario o injusto"; "Que es normal que en una serie de ámbitos la ley puede hacer diferenciaciones entre personas o grupos, con la finalidad de exigir mayores o menores requisitos para el ejercicio de ciertos derechos. El propósito de la norma constitucional es dar en estos casos una especial relevancia a la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias que suponen establecer diferencias o privilegios que deterioran o destruyen esa igualdad. Con este concepto se quiere asentar como principio de fundamental importancia y significación que ninguna autoridad puede imponer requisitos u obligaciones a personas

distintas en iguales circunstancias. Tal proceder no tendría una explicación racional"; "Que así entendido este derecho resulta fácil deducir que las normas contenidas en los artículos 53 y 53 bis, ambos mencionados, no son inconstitucionales porque los indígenas, en los casos señalados en estos preceptos, tiene un mismo trato y se encuentran en iguales condiciones con los integrantes de la Corporación Metodista que figura como demandada en el juicio reivindicatorio que se tramita... y ningún acto discriminatorio se efectúa en aplicar los referidos artículos, pues es evidente que la dictación de estos tuvo como único propósito la protección de cierta categoría de personas para resguardar su debilidad social, cultural y económica frente a otros estamentos de la sociedad chilena que no se encuentran en las mismas condiciones, como lo son los indígenas del país".

Como se aprecia en este fallo, se hace uso de las nociones de igualdad de oportunidades y de categorías no susceptibles de exclusión, por lo cual se aspira a su equiparación de posibilidades, reafirmando la idea de que no toda distinción es arbitraria y por ende discriminatoria.

3. 1. 3. *Contraloría General de la República:*

Es importante mencionar a esta entidad, toda vez que, establecida en la Constitución, también podrá en virtud de sus facultades, llegar a tomar razón o representar actos de la administración, ejerciendo el respectivo control de juridicidad. A mayor abundamiento, el artículo 88 inciso 2 establece que "Corresponderá asimismo al Contralor General de la República tomar razón de los Decretos con Fuerza de Ley, debiendo representarlos cuando ellos... sean contrarios a la Constitución". En concordancia a esto, el inciso 4 del mismo artículo refuerza la idea de salvaguarda constitucional al señalar que: "Si la representación tuviere lugar ... respecto de un decreto o resolución por ser contraria a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría, deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional...".

En consecuencia, las funciones Contraloras —desde la perspectiva del sustento constitucional señalado precedentemente— posibilitan el pronunciamiento en relación a la temática de igualdad y no discriminación que nos ocupa.

A vía ejemplar, citaremos algunos casos que han motivado dicho pronunciamiento:

En el año 2002 la Contraloría se manifestó sobre un llamado a concurso público para proveer cargos vacantes que realizó un Municipio, en el cual se destaca que: "la Municipalidad debe invalidar concurso convocado para proveer diversos cargos vacantes afectos a Ley N° 19.070, ello, porque en dicho certamen no hubo un reconocimiento a la experiencia del educador, la que se mide en base a los años de servicio del docente, dado que en la pauta de evaluación de la experiencia, se contemplaba menor puntuación a mayor años de servicios y viceversa. Lo anterior constituye una discriminación en relación a la edad de los postulantes"¹⁹.

Otro pronunciamiento se otorga en el año 2002 a raíz de la incorporación de mujeres rurales a los programas que realiza el Instituto de Desarrollo Agropecuario

¹⁹ Sitio web: www.contraloria.cl

(INDAP), en el marco del Convenio de Cooperación Técnica suscrito con el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, con el objeto de dar apoyo a mujeres que vivan en zonas rurales. Del informe realizado por la Contraloría se destaca que: "el Instituto puede, para el logro de sus objetivos, formular, coordinar y ejecutar programas de desarrollo rural, comprendiendo acciones conjuntas con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras. Además, el acuerdo estudiado se enmarca dentro de los objetivos del Convenio que creó el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, pues el tratado internacional respectivo le encomienda a este estimular, promover y apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para lograr su desarrollo agrícola y el bienestar rural. Así, el objeto del Convenio aludido es fomentar programas de apoyo a la mujer rural, haciendo efectiva la garantía constitucional de la igualdad, consagrada en artículos 1 inciso 1 y 19 número 2 de la Constitución, y exigida por los artículos 2 y 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer... que exige del Estado de Chile, adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales, asegurando en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios"²⁰.

En el año 2004, se dejó sin efecto Decreto del Ministerio de Hacienda, mediante el cual se establecía un reglamento especial de calificaciones para el personal del Servicio de Impuestos Internos. Los indicadores de evaluación de dicho reglamento se dirigían a quienes ejercían labores de dirección, jefatura y supervisión, eximiéndoles de otros aspectos generales del desempeño funcionario, tales como cumplimiento de normas e instrucciones, asistencia y puntualidad. Contraloría estimó que ello contraviene al art. 27 de la Ley 18. 834, según el cual el sistema de calificación tiene por objeto evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo. Así los servidores que desempeñan cargos de planta directivos y aquellos que la ley les ha asignado funciones directivas o de supervisión, no solo tienen obligaciones inherentes a sus tareas, sino que también deben cumplir con otros deberes comunes al resto de los funcionarios, los cuales no pueden quedar al margen del proceso evaluatorio, toda vez que ello, por una parte, no satisface el objetivo de la calificación y por otra, constituye una discriminación arbitraria respecto de los otros empleados que son calificados en estos aspectos de su tarea²¹.

3. 1. 4. *Tribunal Constitucional:*

El artículo 82 de la Carta Fundamental establece como atribuciones de este órgano, las siguientes:

- a. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución.

²⁰ IBID.

²¹ IBID.

- b. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.
- c. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley.
- d. Resolver los reclamos en caso que el Presidente de la República... dicte un decreto inconstitucional.

Este organismo es constitucionalmente viable para en determinados casos y siguiendo los presupuestos del articulado enunciado, pronunciarse sobre el derecho a la igualdad y la salvaguarda contra la discriminación. No obstante, debemos tener presente que no ha sido un procedimiento utilizado abundantemente en estas materias. Con todo, presentamos un caso en que se efectuó requerimiento al Tribunal Constitucional para pronunciarse acerca del Convenio 169 de OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes,²² en donde destacamos algunos segmentos del análisis. A juicio de este Tribunal, el numeral 2° del artículo 9 del Convenio, que valida la costumbre indígena en materia penal, "...contraviene el principio de igualdad ante la ley puesto que conmina a autoridades y tribunales a considerar las costumbres de dichos "pueblos" al aplicar sanciones penales, discriminación arbitraria ya que en razón del origen étnico del delincuente se aplicarán penas diversas a responsables de iguales delitos..."; los artículos 9 y 10 del Convenio que se refieren a la mencionada costumbre, recomendándose la aplicación de sanciones distintas del encarcelamiento al condenado indígena, a este respecto, en consideración del Tribunal Constitucional "...atentan contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, puesto que establecen una discriminación que carece de fundamento y de razón, es arbitraria y se basa en argumentos racistas"; "el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución"; "...debe necesariamente concluirse que lo que el Convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional"; "Por lo tanto dicha disposición excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9° del Convenio que por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica"; "que la inconstitucionalidad del número 2 del artículo 9 se hace consistir en que, al expresar el Convenio que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos, atenta contra el principio de igualdad ante la ley, ya que incorpora una discriminación arbitraria en razón del origen étnico del delincuente...".

²² Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptada en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1989.

3. 1. 5. *Banco Central:*

A su turno, el constituyente también ha establecido obligación expresa al Banco Central en orden a precaver la discriminación en la órbita de su competencia, al señalar en su artículo 98 inciso 4° que "El Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza".

Como se aprecia, esta disposición se encuentra en absoluta concordancia con la garantía del artículo 19 N° 22 de la Constitución, al que nos hemos referido en la primera parte de este trabajo.

3. 1. 6. *Otros mecanismos viables:*

Si efectuamos un fino desglose de las distintas instituciones contempladas en la Constitución chilena, podemos llegar a la conclusión que de diversas maneras estas podrían eventualmente tener un papel, dentro de la esfera de sus competencias, para salvaguardar bases de la institucionalidad y garantías constitucionales y, por ende, el derecho a la igualdad evitando y sancionando, según corresponda, diferencias arbitrarias. Esta aseveración reafirma, que la construcción de la Carta Fundamental posibilita la mirada desde distintos frentes de la temática "igualdad", a saber:

a) Cámara de Diputados: En virtud del artículo 48, este estamento, a través de la fiscalización de los actos del Gobierno, podría llegar a precaver situaciones que produzcan violación al derecho a la igualdad y actos u omisiones que signifiquen discriminación perpetradas por el Ejecutivo. Sobre el particular, cabe citar el estudio de la Secretaría General de Gobierno del año 2002 sobre "Funcionarios Públicos versus Discriminación"²³, que da cuenta de la ocurrencia de este fenómeno al interior de Servicios y Reparticiones Públicas, tratándose de funcionarios pertenecientes a ciertos sectores infraprotegidos relacionados a etnia y discapacidad. En este aspecto la Cámara podrá adoptar acuerdos o sugerir observaciones al Presidente de la República.

También la Cámara podrá declarar si han o no lugar las acusaciones constitucionales que según quórum establecidos se deduzcan en contra del Presidente de la República por haber infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Lo propio ocurre con los Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores. Dicha atribución sería susceptible de ser utilizada en caso de una acusación por eventual violación al derecho a la igualdad y acto u omisión discriminatoria (artículo 48), perpetrada por los funcionarios señalados.

b) Senado: En concordancia a lo señalado precedentemente el Senado deberá conocer y resolver dichas acusaciones (artículo 49).

²³ Ministerio Secretaría General de Gobierno- División Organizaciones Sociales (Editor Programa Tolerancia No Discriminación (DOS), Santiago, año 2002).

c) Congreso Nacional: En el ámbito de su competencia le corresponderá aprobar o desechar los Tratados Internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación (artículo 50). En tal sentido, ha debido pronunciarse y lo ha hecho favorablemente para la ratificación de Convenios Internacionales que contemplan la situación de sectores infraprotegidos para una mayor igualdad de oportunidades, a saber:

- Convención sobre los Derechos del Niño/ ONU.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer/ONU.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares/ONU.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad /OEA.

d) Ministerio Público: En conformidad al artículo 80 A, y dentro de sus competencias, deberá ser un garante del derecho constitucional del artículo 19 N° 3, vale decir, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

e) Tribunal Calificador de Elecciones: Esta entidad se construye, entre otras premisas, respetando el carácter igualitario del sufragio. En virtud de sus atribuciones en cuanto a resolver reclamos, podría llegar a conocer asuntos en que se ha violado dicha cualificación como también el acceso universal de los ciudadanos a un adecuado ejercicio de este derecho. Lo propio ocurrirá con los tribunales electorales regionales (artículo 84).

f) Consejo de Seguridad Nacional: En virtud del artículo 96 el COSENA puede hacer presente al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de institucionalidad, entre las cuales –como recordaremos– se encuentra el bien común; promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y la igualdad de oportunidades. (artículo 1).

II. VÍAS LEGALES PARA PRECAVER Y SUPERAR LA DISCRIMINACIÓN

En la legislación nacional, se pueden observar algunos cuerpos legales que abordan la temática de no discriminación, conjuntamente con la consagración de derechos diferenciados en razón de grupos determinados. Es así como, en esta parte del trabajo, junto con explicitar el articulado directamente relacionado a la materia, haremos referencia a la práctica judicial –aunque poco frecuente– en utilización de dichas herramientas legales.

1. LEY INDÍGENA DE 1993²⁴:

En el párrafo 3°, denominado "De las Culturas Indígenas", se señala en el artículo 7° que: "El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus

²⁴ Ley N° 19.253, Que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 3 de octubre del año 1993.

propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena".

Se debe destacar que el artículo 8° prescribe: "Se considerará falta la discriminación manifiesta o intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales".

También es importante tener presente que esta ley crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena-CONADI, la cual tiene por objeto según artículo 38 "promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional". La Dirección superior de la Corporación estará a cargo de un Consejo Nacional de composición intersectorial (gobierno-sociedad civil), que contempla la participación de representantes de las 8 etnias indígenas reconocidas en el mismo texto legal, a saber: Mapuche, Aymará, Rapa Nui o Pascuenses, Atacameños, Quechuas y Collas, Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán.

2. LEY SOBRE DISCAPACIDAD DEL AÑO 1994²⁵:

El artículo 1° de esta ley define el objeto de la misma, cual es "establecer la forma y condiciones que permitan obtener la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad, y velar por el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas".

Un tema relevante en este cuerpo normativo es el Título VI, sobre "Procedimientos y Sanciones", el cual señala en su artículo 48 que: "Sin perjuicio de las normas administrativas y penales existentes, toda persona que por causa de acto u omisión arbitraria o ilegal sufra discriminación o amenaza en el ejercicio de los derechos y beneficios consagrados en esta ley, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, al Juez de Policía Local correspondiente a su domicilio, el que deberá adoptar de inmediato las providencias para asegurar y restablecer su derecho afectado".

A su turno el artículo 49 prescribe: "El que fuere sancionado como autor de acto u omisión arbitraria o ilegal en los términos previstos en el artículo precedente, pagará una multa de una a tres unidades tributarias mensuales, que se duplicará en caso de reincidencia...".

Además esta ley en su artículo 52 crea el Fondo Nacional de la Discapacidad, FONADIS cuya finalidad será administrar el patrimonio público para la adquisición de ayudas técnicas en favor de personas con discapacidad de escasos recursos y el financiamiento de planes, programas y proyectos de prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades presentados a concurso público por entidades dedicadas al área. El órgano directivo de Fonadis será un Consejo con integración intersectorial (gobierno-

²⁵ Ley N° 19.284 Sobre Integración Social de las Personas con Discapacidad, publicada el 14 de enero de 1994.

sociedad civil), que incorpora en él la participación de representantes de personas con discapacidad.

3. LEY DE CULTO DEL AÑO 1999²⁶:

Según el artículo 1° el objeto de esta ley es garantizar la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República.

El artículo 2° prescribe que: "Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán estas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley".

A su turno el artículo 3° señala que "El Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas".

Este texto legal no crea una institucionalidad específica dedicada a la materia.

4. LEY DE SIDA DEL AÑO 2001²⁷:

El artículo 1° prescribe que: "La prevención, diagnóstico y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), como la asistencia y el libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas, sin discriminaciones de ninguna índole, constituyen un objetivo sanitario, cultural y social de interés nacional.

Corresponde al Estado la elaboración de las políticas que propendan hacia dichos objetivos, procurando impedir y controlar la extensión de esta pandemia, así como disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población".

En el capítulo III, denominado "De la no discriminación", el artículo 7° señala: "No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen... De igual manera, no podrá condicionarse el ingreso a un establecimiento educacional, ni la permanencia o promoción de sus alumnos, a la circunstancia de encontrarse afectados por el virus de inmunodeficiencia humana. Tampoco podrá exigirse la realización o presentación del referido examen para tales efectos. Asimismo, ningún establecimiento de salud, público o privado, cuando sea requerida su intervención de acuerdo con la ley, podrá negar el ingreso o atención a personas portadoras o enfermas con el virus de inmunodeficiencia humana o condicionar lo anterior a la realización o presentación de resultados del referido examen".

En el capítulo IV, sobre "Sanciones y Procedimientos" se señala en el artículo 9° que: "La infracción a lo dispuesto en el artículo 7° será sancionada con multa a beneficio

²⁶ Ley N° 19.638 que Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, publicada el 14 de octubre del año 1999.

²⁷ Ley N° 19.779 que Establece Normas relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y Crea Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas, publicada el 2 de diciembre del año 2001.

fiscal de 10 a 50 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños causados".

Esta ley no crea una institucionalidad que se ocupe de la materia. Sin embargo, en la práctica, el Ministerio de Salud se hace cargo del tema a través de un programa denominado Comisión Nacional del Sida (CONASIDA), que al no tener rango legal pudiere correr el riesgo de ser eliminado por decisión de la autoridad gubernamental.

5. LEY SOBRE ADULTO MAYOR DEL AÑO 2002²⁸:

El artículo 1° señala que: "Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto establecer la creación del Servicio Nacional del Adulto Mayor, que velará por la plena integración del adulto mayor en la sociedad, su protección ante el abandono e indigencia, y el ejercicio de los derechos que la Constitución de la República y las leyes le reconocen".

A su turno, el artículo 3° prescribe que: "El Servicio se encargará de proponer las políticas destinadas a lograr la integración familiar y social efectiva del adulto mayor y la solución de los problemas que los afectan".

El Servicio cuenta con un Comité Consultivo, en que se contempla la participación de organizaciones de la sociedad civil de adultos mayores.

Esta ley no hace una mención expresa a la discriminación contra el adulto mayor, aunque este objeto se puede desprender de las normas indicadas precedentemente. Tampoco establece un procedimiento sancionatorio frente a la ocurrencia de dicho fenómeno en relación a las personas que se encuentran en este rango etario.

6. CÓDIGO DEL TRABAJO²⁹:

El artículo 2 inciso 2° prescribe que: "Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

inciso 3° Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación,

inciso 4° Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero.

inciso 5° Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno...".

²⁸ Ley N° 19.828 que Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, publicada el 4 de septiembre del año 2002.

²⁹ Decreto con Fuerza de Ley N° 1 Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado el 16 de enero de 2003.

Los casos de discriminación en materia laboral deberán ser conocidos por los Juzgados del Trabajo.

7. LEY DEL CONSUMIDOR DEL AÑO 1997³⁰ (CON MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EL AÑO 2004):

El artículo 3° de este texto legal señala que: "Son derechos y deberes básicos del consumidor:...c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios".

Por su parte el artículo 13 prescribe que: "Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas".

Comentario:

Con excepción del Código del Trabajo (competencia en Juzgados Laborales) y de la Ley del Adulto Mayor (donde no se ha indicado competencia judicial específica), el resto de las leyes enunciadas colocan la competencia para el juzgamiento de las controversias suscitadas por discriminación en los Juzgados de Policía Local, cuya jurisdicción tiene una clara connotación comunal ligada territorialmente al área de los municipios.

El uso más frecuente de estos cuerpos normativos, lo constituye la Ley del Consumidor, seguido de la Ley de Sida y Ley de Discapacidad. Este estudio no ha detectado casos en que se invoque el resto de la legislación reseñada.

Tratándose de la Ley de Sida, de reciente vigencia, se conoce de la presentación de cinco casos, que denuncian discriminación en materia laboral, respecto de los cuales aún no hay sentencias judiciales, por encontrarse estos en procesos de tramitación; no obstante, se registra una sentencia condenatoria contra el Instituto de Seguridad del Trabajo-IST por negación de atención médica a una persona portadora de VIH y que se encontraba en situación de emergencia³¹.

En lo que respecta a la Ley de Discapacidad, se conoce del ejercicio de cinco acciones judiciales tres de las cuales finalizaron en avenimiento y dos de ellas se encuentran en tramitación (una contra Línea aérea por impedir el acceso a la aeronave de un pasajero que tenía prótesis en una mano, por considerarla un elemento peligroso y otra contra el Metro (ferrocarril subterráneo), por no contar con accesibilidad para personas en silla de ruedas)³².

³⁰ Ley N° 19.955 que modifica la Ley N° 19.496 Sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, publicada el 14 de julio de 2004.

³¹ Querrela infraccional caratulada "Asencio Fernández Juan contra Instituto de Seguridad del Trabajo, (IST) presentado ante el 2° Juzgado de Policía Local de Punta Arenas, rol N° 2.212-03, del 29 de junio del año 2004.

³² Querrela infraccional caratulada "Cancino Patricio con Metro S.A." (Estación de Metro El Golf), presentado ante el 2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, año 2004, N° 117. 866-5/Fundación Pro Bono y Corporación Ciudad Accesible. A la fecha esta causa se encuentra en la etapa procesal de autos para fallo, por lo que se espera la pronta resolución).

La Ley del Consumidor ha sido invocada en numerosos casos, varios de los cuales han concluido con sentencia condenatoria a los infractores, destacándose como emblemático el primero resuelto favorablemente en este sentido (en uso de la Ley N° 18.223, antecedente de la actual ley del consumidor), a saber: exclusión de una ciudadana coreana a quien se impidió su ingreso a un establecimiento de Sauna, aduciéndose por el dueño que las personas asiáticas expellían malos olores. La sentencia condenó al establecimiento (sauna) por discriminación y afectación a los derechos de la consumidora, fallo que fue confirmado en la Corte de Apelaciones respectiva, destacándose los siguientes considerandos: "Que del tenor de la demanda resulta que se cobra indemnización por el daño recibido por la actora al ser discriminada en razón de su raza, al no permitírsele ingresar al establecimiento Centro de Salud y Recreación Gunther Mund y Cía Ltda., a lo que se agregan las expresiones vertidas por su representante para justificar su actitud, tanto personalmente a ella como a través de la prensa"; "Que la parte demandada ha pretendido acreditar que la negativa a permitir el ingreso de la actora al Centro de Salud fue hecha con discreción y en términos no humillantes... pero aun cuando se dé por probado que en la negativa se actuó con discreción, la ofensa existe por el hecho mismo de ser discriminada, lo que provoca la humillación y el dolor, de modo que no sirve para exculpar al demandado la alegación de haberse actuado en forma educada, cuando se estaba cometiendo una violación a una norma legal".

En otro plano, cabe tener presente que la perspectiva de género es abordada por el Servicio Nacional de la Mujer/SERNAM, entidad estatal con rango ministerial que cuenta con un Consejo consultivo en que participa la sociedad civil. El SERNAM tiene a su cargo la política pública y el mejoramiento legislativo en esta materia³³.

La temática infancia está a cargo del Servicio Nacional de Menores/SENAME, responsable de ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a estos, además de estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuvan con sus funciones. Este organismo cuenta con un Comité Consultivo Nacional con representación mixta (gobierno-sociedad civil)³⁴.

Cabe destacar que el análisis situacional de los distintos colectivos desde la mirada legal y judicial es susceptible de investigaciones extensas, particularmente en el área de "Mujer y Menores". Por esta razón se hace presente que en esta monografía se han indicado los lineamientos matrices en cada una de estas materias.

III. DESAFÍOS CONSTITUCIONALES, LEGALES, POLÍTICOS Y JUDICIALES

La cosmovisión entregada, que da cuenta de las herramientas constitucionales y legales existentes para impedir y contrarrestar el fenómeno discriminatorio, no obsta al planteamiento de diversos desafíos que permitan mejorar el actual estado de situación en

³³ Ley N° 19.023 que Crea el Servicio Nacional de la Mujer/ SERNAM, publicada el 3 de enero de 1991.

³⁴ Decreto Ley N° 2465 que Crea el Servicio Nacional de Menores/ SENAME, publicado en el Diario Oficial el 16 de enero de 1979.

la materia. Ello se basa en estudios y encuestas que constatan que la discriminación sigue siendo un fenómeno presente en la sociedad chilena³⁵.

En consecuencia haremos referencia a algunos de estos retos, los cuales emanan de diversos ámbitos:

1. REFORMA CONSTITUCIONAL:

Aun cuando la Constitución contempla las concepciones de igualdad que hemos reseñado y las vías susceptibles de ser utilizadas para precaver y superar la discriminación, la no inclusión del término "discriminación" en el artículo 19 N° 2 y la circunstancia que aún no se han uniformado criterios, principalmente en el ámbito judicial, para abordar los casos controvertidos en la materia, ha movido a diversas organizaciones no gubernamentales a promover un Proyecto de Reforma Constitucional que se encuentra en tramitación desde el año 2000 ante el Parlamento y que tiene por finalidad, incorporar en la Carta Fundamental el derecho a la no discriminación arbitraria, quedando el inciso 2° del mencionado artículo de la siguiente manera en la propuesta:

"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias o discriminaciones arbitrarias en razón de raza, color, sexo, estructura genética, idioma, religión, opiniones o preferencias, origen nacional o socioeconómico, nacimiento, edad, condición sexual, imagen personal, enfermedad, discapacidad, estado civil o cualquier otra condición social o individual, sin perjuicio de las limitaciones que esta constitución establece...".

2. PROYECTO DE LEY ANTIDISCRIMINACIÓN PARA CHILE:

Durante el año 2000 se inició el trabajo del Foro por la No Discriminación organizado por el Programa de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho-Universidad Diego Portales, el cual periódicamente fue dando cuenta de diversas temáticas directamente vinculadas a este tópico y en tal contexto se analizaron a través de previos trabajos de investigación, los diversos contenidos relacionados a colectivos vulnerables y, particularmente, los derechos diferenciados en razón de los grupos.

Con el tiempo los participantes del Foro, tanto académicos como miembros de la Sociedad Civil, fueron adquiriendo la convicción acerca de la necesidad de trabajar acciones concretas en materia antidiscriminación dentro de la esfera legal, de manera integral, completa y con directrices operativas claras, dirigidas a la autoridad pública, jueces y la sociedad toda. El resultado de lo anterior es un Anteproyecto de Ley que establece normas destinadas a fortalecer el derecho a la igualdad y la erradicación de toda forma de discriminación contra las personas, el cual ha sido elaborado desde el año 2002 a la fecha por un grupo interdisciplinario e intersectorial, teniendo una estrecha retroalimentación con representantes de diversas colectividades que conforman el abani-

³⁵ Tercera Encuesta sobre Intolerancia y Discriminación, elaborada por la Fundación Ideas, año 2003. Estudio "Discriminación versus Funcionarios Públicos, elaborado por el Programa Tolerancia y No Discriminación, Ministerio Secretaría General de Gobierno, año 2002.

co de la multiculturalidad en nuestro país. El análisis y sistematización del mencionado anteproyecto ha tenido como base las siguientes ideas matrices:

- a) Explicitar la necesidad de una legislación específica antidiscriminación.
- b) Legislación que consagre como política de Estado la valoración de la diversidad y la no discriminación.
- c) Esta política de Estado deberá ser: Proactiva (deber del Estado y no solo una preocupación del individuo), General (respecto de diversas conductas discriminatorias y cualquiera sea el agente que las realice), Integral (con el objeto de respetar, promover y garantizar diversos derechos en su goce y ejercicio igualitario) y Participativa (desde la óptica de la Sociedad Civil).

Este proyecto define discriminación como *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades establecidos por la Constitución y las leyes en razón de su color, origen étnico, cultural, nacional o socioeconómico, sexo, género, orientación o preferencia sexual, religión, creencia, opinión política, discapacidad, enfermedad, estructura genética, idioma, nacimiento, estado civil, edad, actividad laboral, imagen personal o cualesquiera otra condición social o individual.*

En el marco sancionatorio se optó por una fórmula que privilegie la reparación civil del daño material y moral, dejando la condena penal para las conductas más graves y socialmente dañosas. Además, se aplicaron criterios homologadores y adecuadores a la normativa internacional, en cuanto a sus aspectos sustantivos, alcances y lenguaje técnico utilizado.

Cabe hacer notar que este proyecto de ley tipifica las denominadas prácticas discriminatorias como todos aquellos hechos reiterados en todo el territorio nacional, o en una parte de este, en contra de grupos de personas que posean alguna característica común y que les cause objetivamente la supresión, menoscabo o perturbación en el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades establecidos por la Constitución y las leyes.

El desafío actual es generar las estrategias para que este diseño jurídico llegue a ser Ley de la República, para lo cual el Foro por la No Discriminación está trabajando con el Ministerio Secretaría General de Gobierno de Chile³⁶, a fin de consensuar el articulado final. Se negocia también la concreción de alguna institucionalidad vía potestad reglamentaria que, en formato de Comisión, se dedicaría a la temática antidiscriminación, en protección de los distintos colectivos existentes en el país o que pueden irse generando en el futuro (no solo aquellos reconocidos legalmente en los cuerpos normativos referidos precedentemente).

³⁶ La Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, a través del Foro por la No Discriminación, es el apoyo técnico en la elaboración del Proyecto de Ley Marco Antidiscriminación.

3. POLÍTICA PÚBLICA:

3. 1. *Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile:*

Actualmente el Programa Tolerancia y No Discriminación del Ministerio Secretaría General de Gobierno ha elaborado una propuesta de "Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile", el cual debería comenzar a implementarse a contar del año 2005³⁷. El objetivo general del citado plan es: Promover y orientar a las instituciones públicas en el desarrollo de conductas, normas, condiciones y acciones no discriminatorias, incorporando la diversidad social como un valor democrático, tanto en las políticas institucionales como hacia la sociedad civil a través de sus usuarios, avanzando de esta forma hacia una sociedad más democrática y participativa, que amplíe su tendencia modernizadora.

Los destinatarios de este Plan serán los funcionarios públicos con cargos directivos de Ministerios y Servicios; los encargados de diseñar acciones concretas serán los representantes de cada Ministerio ante la Red Interministerial del Programa Tolerancia y no Discriminación, en conjunto con los encargados del departamento de participación ciudadana. Los destinatarios de las acciones serán los propios funcionarios públicos de las diversas reparticiones y sus respectivos usuarios.

Con miras a cumplir el objetivo señalado, se establecen tres áreas de intervención, a saber:

– *Área Institucional:* Se refiere a la instalación de la igualdad y no discriminación al interior de las entidades de Gobierno con el propósito de sensibilizar a los funcionarios públicos en temas referentes a la diversidad, la discriminación, la igualdad al interior de sus servicios, con el fin de desarrollar valores de integración social, tales como la cooperación, la solidaridad, la confianza, el compromiso y la participación en el ámbito laboral, relevando de esta forma la importancia de ser un servidor público.

Una de las líneas de acción de esta área será la revisión de normativas y reglamentos administrativos vigentes en los diversos Ministerios y Servicios desde la perspectiva del derecho, la no discriminación e igualdad de oportunidades para sus trabajadores.

– *Área Políticas Públicas y Participación Ciudadana:* En esta área el Ministerio o Servicio se compromete a incorporar la superación progresiva del fenómeno de la discriminación en sus políticas públicas, con plena participación de la ciudadanía y en especial con aquellos grupos más vulnerables a la discriminación, con el propósito de visibilizarlos y fomentar una participación ciudadana más tolerante y menos discriminatoria, que incluya a los habitantes de nuestro país en su conjunto.

– *Área de Difusión y Comunicación:* Con esta área se pretende aportar a la construcción de criterios de no discriminación, buen trato y tolerancia, apuntando a la difusión en dos sentidos, por un lado dentro de las instituciones hacia los funciona-

³⁷ Informe elaborado por el Área Políticas Públicas y Participación del Programa Tolerancia y No Discriminación de la División de Organizaciones Sociales, Ministerio Secretaría General de Gobierno durante los años 2003 y 2004.

rios públicos, con el fin de construir relaciones menos discriminatorias y por otro hacia las distintas organizaciones de la sociedad civil representada en sus usuarios con el fin de impulsar un nuevo trato con igualdad y no discriminación.

3. 2. *Ministerio de Educación:*

El Decreto N° 40 del Ministerio de Educación del año 1996 establece objetivos fundamentales y contenidos mínimos obligatorios para la educación básica y fija normas generales para su aplicación³⁸. En sus considerandos aparece el compromiso del Ejecutivo de "garantizar la libertad de enseñanza y de asegurar la real vigencia del principio de igualdad de oportunidades educacionales...". Lo propio hace el Decreto N° 220 de dicho Ministerio, del año 1998, en relación a la Educación Media.

Como División del Ministerio de Educación la Unidad de Apoyo a la Transversalidad ha definido y diseñado los contenidos que deben entregarse progresivamente a los alumnos en los distintos ciclos que comprende la enseñanza básica y media (lo que constituye política pública)³⁹. De este modo se puede destacar que los textos de estudios, abordan las temáticas de no discriminación en formulaciones que van de 5° a 8° básico y de 1° a 4° medio en los siguientes términos:

De 5° a 8° básico: Reconocimiento y valoración de la diversidad, Derechos de niños y niñas, Identidad juvenil (los grupos de pertenencia), así como reconocer, respetar y defender la igualdad de derechos esenciales de todas las personas, sin distinción de sexo edad, condición física, etnia, religión o situación económica, entre otros.

De 1° a 4° Medio: Derechos de las Personas, Diversidad Cultural en la región, Relaciones entre grupos culturales y sociales: estereotipos y prejuicios sociales, Contexto sociocultural de la comunicación, Democracia y Estado de Derecho: La doctrina de los derechos humanos y participación ciudadana, entre otros.

El desafío actual del Ministerio de Educación es lograr la implementación de estos objetivos transversales en todos los establecimientos educacionales del país.

3. 3. *Tratado de Libre Comercio:*

Actualmente debemos tener presente que los derechos fundamentales constituyen pilares centrales del accionar en diversos ámbitos y por entidades que se ocupan de aspectos comerciales y financieros. Sobre el particular vasta señalar que el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y la Unión Europea el cual indica en su artículo 1° que: "El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el principio del Estado de Derecho, constituyen un elemento esencial del presente Acuerdo", tópicos que sin duda caben dentro de la competencia del Consejo de Asociación como mecanismo contemplado en dicho Acuerdo y por ende facultado para —entre otros aspectos— supervigilar el cumplimiento de la prescripción citada.

³⁸ Sitio web: www.mineduc.cl (Documentos Jurídicos).

³⁹ Información proporcionada por la División de Educación Especial del Ministerio de Educación, agosto 2004.

En consecuencia, el desafío a nivel internacional en virtud del Tratado de Libre Comercio señalado, es cumplir con los estándares básicos de derechos humanos, entre ellos el de igualdad y no discriminación. Como se puede apreciar, existe una dependencia de dichas obligaciones de carácter comercial en relación al respeto de los citados derechos fundamentales, como plataforma para el desarrollo de las actividades en aquel ámbito.

4. CAPACITACIÓN A JUECES:

La práctica judicial en Tribunales y Cortes en el conocimiento y resolución de casos en que se invoque el derecho a la igualdad y no discriminación no es abundante, no porque dicho fenómeno no se produzca, sino que —por diversas razones— los afectados no suelen recurrir a esta vía. Uno de los motivos es apreciar que, en general, los jueces no han tenido un criterio uniforme en estos pronunciamientos, llegándose a un importante número de sentencias que deniegan la protección al derecho a la igualdad. Por ello, desde la perspectiva académica y social, se estima de enorme relevancia el incorporar la unidad "igualdad, no discriminación y derechos diferenciados en razón de los grupos" en la formación de los magistrados, catalizando la aplicación del criterio de igualdad relativa fuerte (atención de las circunstancias particulares y fácticas de personas y grupos discriminados).

En tal sentido, las universidades, especialmente las facultades de derecho, pueden efectuar una gran labor, a través de seminarios y capacitaciones. Un ejemplo de ello lo constituye la ejecución del Proyecto "Los Jueces y la Ciudadanía de Pueblos originarios frente al conocimiento de las variables discapacidad en conexión con los derechos indígenas"⁴⁰, en el cual se efectuó una experiencia concreta en el trabajo de los mencionados tópicos en interlocución con los jueces, que arrojó como resultado un considerable impacto en estos profesionales, quienes operan con efecto multiplicador hacia los funcionarios de sus tribunales y que, sin duda, se irá traduciendo en un adecuado "acceso a la justicia" por parte de estos colectivos, principalmente desde el punto de vista de su correcta atención, pero también en la producción de fallos con sólido respaldo en los principios de igualdad y no discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando, "Los Peligros de la Constitución: La idea de igualdad en la jurisprudencia nacional", *Colección de Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho/ Universidad Diego Portales*, Editorial Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, serie N° 36, Santiago, 1997, 196 páginas.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Editorial Paidós S.A, Barcelona - España, 1996, 256 páginas.

⁴⁰ Proyecto organizado por el Programa Jurídico sobre Discapacidad de la Facultad de Derecho - Universidad Diego Portales y ejecutado durante el periodo 2003-2004. Se ha publicado un artículo sobre esta materia en Revista *Atrévete de Fonadis*, edición N° 56 de agosto de 2004.

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO - División Organizaciones Sociales, Bases Generales del Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile 2001-2006, editor Programa Tolerancia y No Discriminación, Santiago, año 2000, 127 páginas.

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO - División Organizaciones Sociales, "Discriminación versus Funcionarios Públicos", Editor Programa Tolerancia No Discriminación, Santiago, año 2002.

RUIZ Miguel Alfonso, "El Concepto de Igualdad", Editor Pablo Iglesias, España, 1994, 169 páginas.

NORMATIVA INTERNACIONAL:

- Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes, aprobada en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo-OIT el 27 de junio de 1989.

NORMATIVA NACIONAL: (Constitución, Leyes, Decretos Supremos).

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980.
- Ley N° 19.253, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 3 de octubre del año 1993.
- Ley N° 19.284, Sobre Integración Social de las Personas con Discapacidad", publicado el 14 de enero del año 1994.
- Ley N° 19.496 que Establece Normas de Promoción y Protección a los derechos de los consumidores, publicada el 7 de marzo de 1997.
- Ley N° 19.638 que Establece normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, publicada el 14 de octubre del año 1999.
- Ley N° 19.779 que Establece Normas relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y Crea Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas, publicado el 4 de diciembre del año 2001.
- Ley N° 19.828 que Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, publicada el 2 de septiembre del año 2002.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado el 16 de enero de 2003.
- Ley 19.955 que Modifica la Ley 19. 496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, publicada el 14 de julio del año 2004.

OTROS DOCUMENTOS:

- Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile, Estudio elaborado por el Área Políticas Públicas y Participación del Programa Tolerancia y No Discriminación de la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno durante los años 2003 y 2004

- Tercera Encuesta sobre Intolerancia y Discriminación elaborada por Fundación Ideas, año 2003.
- Recurso de Protección caratulado Muñoz Noemí contra Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 21 de agosto de 2001, Rol N° 4427-01. Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos - Programa Jurídico sobre Discapacidad - Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Recurso de Protección caratulado "Molina Pamela contra Canales de Televisión" presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 9 de octubre de 2001, Rol N° 5527-2001. Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos - Programa Jurídico sobre Discapacidad - Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Recurso de Protección caratulado "Palma contra Isapre Colmena Golden Cross", presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, año 2003, Rol N° 4594-03/ Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos - Programa Jurídico sobre Discapacidad - Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Recurso de Protección caratulado "Cancino Patricio contra Metro S.A.", presentado ante el 2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, en el año 2004, Rol N° 17366-03/ Fundación Pro Bono y Corporación Ciudad Accesible.

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2004

Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2004
