

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señores Coloma, Orpis, Ossandón y Pérez Varela, que modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación.

En uso de nuestras facultades constitucionales tenemos el honor de someter a vuestra consideración el siguiente proyecto de ley que modifica la ley N° 20609 permitiendo una verdadera ley general antidiscriminatoria.

Considerando:

1. Que, el año 2012 y luego de una discusión de más de siete años en el Congreso Nacional no exenta de polémicas, se promulgó la Ley N° 20609 que establece medidas contra la discriminación, impulsada fuertemente por la trágica muerte del joven homosexual Daniel Zamudio. Sin lugar a dudas un hecho absolutamente condenable y extremadamente injusto que aceleró absolutamente la discusión de la referida ley.
2. Que, si bien el año 2013, el 91%¹ de los consultados se mostró de acuerdo con que la referida ley constituía un avance concreto para la lucha contra las discriminaciones arbitrarias, la realidad es que al día de hoy existen múltiples deficiencias de la misma que es necesario corregir para darle una aplicación real y efectiva.
3. Que, muestra de lo anterior, es que desde la fecha de su entrada en vigencia, tan sólo se han presentado 119² acciones de no discriminación arbitraria en los Juzgados de Letras y no existen Políticas Públicas promovidas por el Estado, salvo excepciones, que tiendan a materializar y concretizar la ley desde los Órganos de la Administración del Estado hacia las personas.
4. Que, esto es preocupante si consideramos además que un 52%³ de las personas encuestadas en la Primera Consulta Ciudadana por Discriminación en Chile, dijo haberse sentido discriminada arbitrariamente, siendo la apariencia personal⁴, la ideología u opinión política⁵, la nacionalidad⁶, la orientación sexual⁷, y la raza o etnia⁸ los motivos por los que más se ha discriminado.
5. Que, los defectos en concreto que adolece la ley, son varios. En primer lugar su objeto. Esta ley nace como una forma de, su título lo dice, "establecer medidas contra la discriminación esperando ser un cuerpo sustantivo de derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, de eso tiene poco o nada ya que el objeto fundamental de la misma, señalado en su artículo 1° que es "instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria" Es decir, derechamente sancionatorio y no preventivo, cuando es sabido que son los cambios culturales a través de la prevención y formación de los ciudadanos los que terminan eliminando estos atentados a la dignidad de las personas.
6. Que, en segundo lugar, el inciso segundo del artículo 1°⁹, a primera vista pareciera consagrar el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas antidiscriminatorias. Sin duda es un acierto del legislador el considerar la lucha contra la discriminación como una labor sistémica en la cual se

integran un conjunto de políticas públicas. En este contexto, la norma en comento obligaría a los órganos de la Administración, entre otras cosas, a desarrollar y explicitar sus políticas antidiscriminatorias. No obstante lo anterior, la redacción de este inciso es a tal punto confusa, que la existencia del deber en comento no es más que una posibilidad interpretativa de la norma. En efecto, lo que dice el inciso es que las políticas de los órganos estatales deberán enfocarse en garantizar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, y agrega entre comas "sin discriminación arbitraria". En otras palabras, "sin discriminación arbitraria" es sólo la modalidad, no el corazón de la política pública. En realidad, estas políticas no parecen sino ser el desarrollo del mandato del artículo 50 de la Constitución, el deber del Estado de promover los derechos fundamentales. Por lo mismo, podría sostenerse que el inciso en comento es sólo una repetición del precepto constitucional. Del mismo modo, si bien se agrega la expresión "sin discriminación arbitraria", la prohibición del Estado de discriminar arbitrariamente también se encuentra consagrada en diversas normas constitucionales (Ejemplo: artículo 19 N°2, 20 y 22, artículo 109, y en forma general, artículo 1°).¹⁰

7. Que, por otro lado, el inciso en comento es una referencia que se aplica solo a los órganos de la Administración del Estado, dejando fuera de su alcance el funcionamiento interno de los demás órganos del Estado, como son el Poder Judicial, el Congreso o el Ministerio Público. Por cierto que este deber debiera ser adaptado a las particulares competencias de cada uno de ellos. También, es una obligación en extremo genérica, que no precisa cómo se construirá esa política, quién participará en su elaboración, quién la revisará, etc. Además, carece de plazos de creación, implementación y revisión. Asimismo, el deber que se impone es el de asegurar el goce de los derechos, no el de eliminar las prácticas discriminatorias¹¹.

8. Que, en tercer lugar, quizás lo más relevante de todo esto es que las obligaciones impuestas a la Administración carecen de un ente responsable que permita definir tareas y dar cuentas de ellas a la sociedad¹².

9. Que, en cuarto lugar, la definición de discriminación arbitraria contenida en el artículo 2°¹³ de la ley, es bastante curiosa, indicando un conjunto de conductas (distinciones, exclusiones y restricciones) que podrían constituir discriminación, si bien la intención del legislador pareciera ser la loable extensión del concepto de discriminación arbitraria a distintas hipótesis, hubiese sido preferible mantener la simpleza que en esta materia otorgan los conceptos de "distinción arbitraria" o "diferencia", los cuales ya cuentan con sustento y desarrollo jurisprudencial. Más aún, desde la perspectiva puramente lógica, las categorías adicionales (exclusión y restricción) corresponden a la intención o a las consecuencias que puede presentar una distinción. En otras palabras, el concepto de "distinción" es el género en el cual se pueden subsumir las demás clases en cuanto especies del mismo. Adicionalmente, la creación de diversas categorías puede ser una fuente de problemas de calificación jurídica, tanto para las partes como para el juez. En síntesis, en esta ocasión menos es más: hubiera bastado con utilizar sólo la palabra "distinción"¹⁴.

10. Que, en quinto lugar, la definición contenida en el artículo 2°, vincula el concepto de no discriminación arbitraria a la vulneración de otro derecho. Es decir, un acto discriminatorio sólo es impugnabile como tal si adicionalmente vulnera, por ejemplo, el derecho a la propiedad o el derecho a la libertad religiosa. Si bien en la mayoría de los casos es posible formular un problema de discriminación como la afectación simultánea de otro derecho, no siempre es así, o la vinculación con ese derecho

adicional es muy indirecta. Así, por ejemplo, si el Estado decide otorgar instrucción militar sólo a los jóvenes colorines, ello es un acto discriminatorio que no vulnera, al menos directamente, algún derecho adicional (a menos que se invoque, algo rebuscadamente, la integridad psíquica de los excluidos, su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, etc.). Desde otro punto de vista, al exigir la vulneración de un derecho adicional a la no discriminación, la infracción de este último se hace irrelevante, toda vez que la reclamación podría fundamentarse exclusivamente en el derecho adicional en cuestión¹⁵.

11. Que, en sexto lugar, el inciso tercero del artículo 2º¹⁶ de la referida ley, pareciera contener una "presunción de razonabilidad" cuando la distinción se justifica en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. Es decir, el legislador le estaría diciendo al juez: cuando se utilice una "categoría sospechosa", en lugar de realizar un examen de razonabilidad (que es lo que ordena el artículo 2º inciso 1º), usted debe verificar que esa conducta no se justifique: i) por constituir el ejercicio legítimo de otro derecho, o ii) por otra "causa constitucionalmente legítima". En la primera hipótesis, el juez ya no debe atender a la razonabilidad de la distinción en sí, sino a determinar qué es el ejercicio legítimo del otro derecho (el foco ya no está en la igualdad y la no discriminación arbitraria). Por supuesto todo esto resulta ser tautológico si por ejercicio legítimo entendemos aquel que, entre otras cosas, no produce una discriminación arbitraria. Sin embargo, de ser así, este inciso estaría demás, lo que repugna al criterio de interpretación según el cual las normas deben interpretarse de forma que no sean redundantes y produzcan efectos. La alternativa que nos queda es que el legislador piense que, al menos en ciertas circunstancias, el ejercicio legítimo de un derecho puede incluir la creación de diferencias arbitrarias, y que en tal caso, la ley no otorgaría protección frente a esa discriminación. En otras palabras, esta Ley estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación arbitraria sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales (los que a su vez se agruparían en dos clases: los derechos fundamentales en general, y aquellos expresamente enumerados en el inciso 30 en comento, lo que justificarían la discriminación "especialmente")¹⁷.

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

13. Que, en octavo lugar, la ley no distingue entre discriminación directa e indirecta. La primera es aquella en que el trato desfavorable se fundamenta, o es consecuencia, de una característica personal como la orientación sexual o la identidad de género. En contraste, la discriminación indirecta es aquella en contenida o producida por normas o tratos que formalmente se aplican a todos, pero que afectan desproporcionadamente a los miembros de un grupo desaventajado, a menos que pueda probarse que tales normas o tratos se justifican objetivamente (ejemplo, satisfaciendo el test de proporcionalidad). En otras palabras, la discriminación indirecta surge de normas que a primera vista parecieran no ser discriminatorias, ya que su texto no identifica expresamente un grupo perjudicado. Sin embargo, la aplicación práctica de la norma resulta en un claro perjuicio para un grupo, sin que ello sea razonable o justificable. La discriminación indirecta, por tanto, destaca los efectos tangibles de la norma por sobre los efectos esperados o declarados en su texto. Los ordenamientos jurídicos tienden a diferenciar entre ambos tipos de discriminación por varias razones. En

primer lugar, la discriminación indirecta no siempre ha sido reconocida como tal, por lo que su consagración legislativa ha sido particularmente relevante en sociedades donde la jurisprudencia (y en menor medida la doctrina) ha sido renuentes a sancionar este tipo de discriminación. En segundo término, la discriminación indirecta es mucho más compleja de reconocer y sancionar, por lo que resulta muy útil al juez contar con ciertas determinaciones legales básicas que lo orienten. Así, por ejemplo, la prueba de la discriminación indirecta presenta una serie de dificultades que el legislador puede tratar: qué tipo de evidencia resulta aceptable, cómo debe configurarse la prueba estadística, cuál debe ser el grupo de referencia apropiado, cómo medir el impacto de la discriminación, etc. En tercer lugar la discriminación indirecta normalmente acepta un régimen de excepciones más amplio que la discriminación directa, y puede (aunque no necesariamente), ser objeto de escrutinio judicial menos estricto. Como la Ley guarda silencio en esta materia, la decisión acerca de si la discriminación indirecta es o no sancionable corresponde al juez, quién, a falta de norma constitucional o legal al respecto, y frente a las complejidades involucradas en la identificación y sanción de la discriminación indirecta, es muy probable que opte por la negativa. Ahora bien, la alternativa contraria tampoco resulta muy alentadora, toda vez que un reconocimiento meramente judicial de la discriminación indirecta que no vaya acompañado de reglas claras acerca de su constatación, excepciones aceptables, etc., produciría una gran incertidumbre jurídica¹⁸.

14. Que, en noveno lugar, no parece razonable que exista en el artículo 12° de la ley una sanción adicional a la de cualquier procedimiento en que el demandante resulta vencido, como lo es las costas reguladas en el artículo 139 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, porque actúa como un desincentivo para denunciar. Así, debiera derogarse el inciso tercero del referido artículo¹⁹.

15. Que, en décimo lugar, no resulta justo que las personas que han sufrido un daño por la discriminación ejercida por otra, no tengan la posibilidad -si así lo estimaren- de solicitar además la indemnización de los perjuicios que se suscitaron en virtud del acto discriminatorio en el mismo proceso, y no sólo la multa a que hace referencia el inciso segundo del artículo 12°²⁰ a beneficio fiscal.

Por todo lo anterior, quienes suscribimos venimos a presentar el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 20609 QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, PERFECCIONANDO UNA LEY GENERAL ÁNTIDISCRIMINATORIA.

Artículo único: Modifíquense los siguientes artículos de la ley N° 20609 que establece medidas contra la discriminación:

1) Al inciso primero del artículo 1°, para sustituirlo por el siguiente: "Artículo 1°- Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental prevenir, eliminar y sancionar todas las formas de discriminación arbitraria que se ejerzan contra cualquier persona".

2) Al inciso segundo del artículo 1°, para reemplazar la frase "a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados

internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" por la siguiente: "prevenir todo tipo de discriminación arbitraria y garantizar además a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

3) Para incorporar un inciso tercero nuevo al artículo 1° en los siguientes términos: "Asimismo, los Órganos de la Administración del Estado podrán establecer medidas especiales destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas discriminadas arbitrariamente".

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

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

6) Para suprimir el inciso tercero del artículo 3°.

7) Para agregar un nuevo inciso 3° en los siguientes términos: "La discriminación arbitraria puede ser directa o indirecta. Por discriminación arbitraria indirecta se entiende la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a una persona en desventaja particular con respecto a otra u otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o practica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

8) Para incorporar al inciso segundo del artículo 5°, luego del punto aparte que pasa a ser punto seguido, la siguiente "En ella también podrá solicitarse una indemnización si correspondiere".

9) Para incorporar en el inciso primero del artículo 12°, enseguida del punto aparte que pasa a ser punto seguido, la siguiente oración: "Deberá pronunciar también sobre la indemnización correspondiente en caso de haberse solicitado oportunamente y siempre que proceda en derecho".

10) Para eliminar el inciso tercero del artículo 12°.

¹ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO (2013): Primera Consulta Ciudadana de Discriminación en Chile, pp. 15.

² PODER JUDICIAL (2015): Respuesta a solicitud de Transparencia N° NR00IT0000367.

³ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO (2013): Ob. Cit. pp. 21.

⁴ 46%

⁵ 28%

⁶ 25%

⁷ 22%

⁸ 21%

⁹ "Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

¹⁰ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2013): ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? Vol. N° 28 pp. 287-288.

¹¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2013): Informe anual de derechos humanos. La Ley Antidiscriminación: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile, pp.298.

¹² Por ser de iniciativa exclusiva de la Presidenta de la República no se incorpora en este proyecto.

¹³ "Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (...)"

¹⁴ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2013): ob. cit. pp. 280-281.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ "Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 40, 60, 11 °, 1202 1502 160 y 21 ° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima."

¹⁷ DÍAZ DE VALDÉS, JOSE MANUEL (2013): ob. cit. pp. 284.

¹⁸ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2013): ob. cit. pp. 298-299.

¹⁹ "Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicara al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal"

²⁰ "Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio"