

Comentarios al Proyecto que Modifica la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación

Presentación ante el Senado (Boletín N° 12.748-17)

Álvaro Paúl D.
Profesor de Derecho Internacional y DD.HH, PUC
Doctor en Derecho, *Trinity College Dublin*
Master en Derecho, Universidad de Oxford

Introducción

Todos hemos sido discriminados y hemos sido víctimas de prejuicios. Por eso, si la discriminación es algo que todos sufrimos, uno pensaría que las demandas por la Ley Zamudio tendrían que ser cientos... pero no, han sido alrededor de 70 cada año, según nos muestran informes de la Fundación Iguales. ¿Por qué se demanda tan poco? Son distintas las posibles respuestas a eso, algunas podrían ser: que consideramos que cierto nivel de discriminación es parte de la vida, que queremos dar vuelta la página, que no le damos importancia suficiente como para demandar, o que no queremos ser revictimizados.

El éxito de una acción judicial, como la de la ley antidiscriminación, no debe medirse por el número de demandas. Hay muchas reformas que se podrían hacer para que la Ley Zamudio se use más, pero eso no significaría que con ello se le mejore. En efecto, una ley de este tipo será buena en la medida en que:

- 1) tenga ventajas respecto de otras acciones procesales;
- 2) genere una mayor conciencia de lo negativo que es la discriminación, y
- 3) que ella misma no vulnere otros derechos.

En relación con lo primero, esta acción tiene algunos aspectos favorables. Por ejemplo, es mejor que el recurso de protección en varios puntos, que no podré abordar en esta presentación, ya que no soy experto en el derecho procesal nacional¹.

En relación con el segundo aspecto, el de generar conciencia, la ley ha tenido un impacto relevante, que es difícil de medir, pero que se nota en el hecho de que es muy frecuente oír hablar de la ley Zamudio. Se la tiene presente, no solamente por parte de presentadores de noticias en televisión, sino que también en las conversaciones privadas del ámbito cotidiano.

Por último, en el tercer sentido, es decir, en que la ley misma no vulnere derechos, es posible que esta ley también haya sido adecuada, pues no se han visto reclamos en la doctrina por una supuesta intromisión arbitraria de la ley en el ejercicio de los derechos constitucionales.

¹ Por ejemplo, la acción de protección cuenta con un estudio de admisibilidad donde se analiza en forma previa el fondo del asunto, cosa que no ocurre con la acción de la Ley Zamudio. Esto se aprecia en un trabajo de Jorge Larroucau, que será publicado en la Revista Chilena de Derecho, según el cual el recurso de protección, en 1998 “se volvió más o menos habitual que las Cortes filtren una protección en base a que el derecho invocado no es “indubitado” o “preexistente” con un control del escrito del recurrente que es tanto formal como de fondo. // El adelantamiento en una decisión de este tipo [...] traza una diferencia con otras vías judiciales que protegen derechos fundamentales en donde las exigencias para quien acude al tribunal son menores.”

Sobre el contenido del proyecto

Ahora, refiriéndonos al proyecto de ley que comentamos, observamos que claramente tiene muy buenas intenciones, porque busca que la ley sea más usada. Sin embargo, además de lo ya dicho, en el sentido de que la premisa de la que se parte (una deficiencia en la Ley Zamudio) podría ser errónea, recalcamos que algunas de las reformas propuestas podrían tener un efecto negativo en el complejo equilibrio que debe tratar de lograrse en una sociedad entre distintos derechos. Debe evitarse privilegiar un derecho por sobre los otros, pues de lo contrario, se termina afectando al ser humano, que es un ser complejo, con muchos intereses distintos. Por lo demás, debemos recordar que el derecho a la no discriminación no tiene una jerarquía especial dentro de los derechos, ni en el ordenamiento constitucional ni en el internacional², y que la no discriminación consagrada como garantía fundamental en nuestra Constitución, lo es sólo en relación con el actuar del Estado, no en relación con el actuar de privados (sin perjuicio de que nuestros tribunales también la apliquen horizontalmente, pero esto no se puede hacer sin entrar a hacer muchas distinciones, como quién y en qué contexto discrimina, a diferencia de lo que ocurre cuando es el Estado el que lo hace).

Se me dijo que mi presentación debía durar 15 minutos, por lo que sólo podré tocar unos pocos puntos.

1) Al reemplazar la conjunción “y” por “o” en el inciso primero del artículo segundo, se busca que la discriminación sea una ofensa autónoma, es decir, que no sea necesario que el acto busque una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos. Esto sería algo muy novedoso, puesto que incluso los tratados internacionales enlazan la discriminación con otro hecho adicional (por ejemplo, con la “aplicación de la ley”³). Incluso la “Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia”, que es una convención muy amplia, enlaza la discriminación con el ejercicio de derechos⁴.

El problema de sancionar la discriminación autónoma es que termina quitando el umbral de tolerancia que debe tenerse con las diferencias que pueden legítimamente hacer los privados. En efecto, existen muchas áreas del actuar privado del ser humano que no son necesariamente racionales, y permiten que se hagan discriminaciones arbitrarias. Por ejemplo, es absolutamente arbitrario que a una persona le atraigan las personas con ciertas características y no otras; también es arbitrario que uno favorezca un equipo de fútbol en lugar de otro. Esto no tiene solo efectos en el ámbito privado, por ejemplo, una persona podría hacer una donación inmensa a su equipo de fútbol preferido, lo que podría generar una ventaja que modifique para siempre el devenir de un equipo, con efectos en múltiples ámbitos. Por eso, si se habla de “discriminación arbitraria” a secas, se va a estar incluyendo en la ley conductas que son a todas luces permisibles.

Si la ley Zamudio fuera aplicable sólo al Estado, estaría bien prohibir toda forma de diferencia, con independencia de si viola o no derechos, pero ello no puede ser así cuando se aplica también a los individuos particulares, quienes actuamos en forma irracional, por cuestiones de afinidad o azar. En esta materia, es interesante el trabajo de José Manuel Díaz

² Ello, sin perjuicio de que la Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la igualdad tendría el rango de una norma de *jus cogens* (lo ha hecho en varios fallos y opiniones consultivas, por ejemplo, en la OC-24), cuestión que hizo sin hacer ningún empeño por probar los requisitos que tienen las normas de *jus cogens*.

³ Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ Es importante notar, sin embargo, que esta convención es muy deficiente técnicamente, lo que explica su casi nula ratificación, a pesar de que el tema que trata es bastante atrayente para los Estados.

de Valdés, sobre la prohibición de la discriminación arbitraria entre privados, que se refiere a ciertas discriminaciones que se realizan en materia privada, que no generan complicación (por ejemplo, por darse en cumplimiento de un derecho), y cuáles podrían ser los criterios para identificar las discriminaciones permisibles⁵.

Volviendo a esta idea de que la discriminación sea sancionada en forma autónoma, quitando el enlace entre la discriminación y una afectación de derechos, hay que hacer presente que ello haría que se termine sancionando incluso las expresiones discriminatorias, es decir, simples opiniones (o actividades con carácter expresivo). Esto bien podría ser la intención de los autores del proyecto, y no habría problemas de principios con eso, pero hay que hacer presente que, según el artículo 19 N° 12 de la Constitución, para restringir la libertad de expresión, **se requiere que la norma sea aprobada con quórum calificado**. Este quorum, en cambio, no se requeriría, necesariamente, si se mantiene el enlace con la vulneración de derechos.

2) Se dice que se reemplaza la expresión “en particular” en el artículo 2. Entendemos que esto se hace con la finalidad de exigir un criterio de *escrutinio estricto* en relación con las categorías sospechosas que se enumeran en dicho artículo. Sin embargo, este escrutinio especial queda en nada, cuando se agrega la expresión “o cualquier otra condición social”, puesto que cualquier característica humana observable públicamente puede caber como “condición social”. En otras palabras, todo cabría dentro de estas categorías sospechosas, con lo que toda aplicación de esta ley debiera hacerse con escrutinio estricto, lo que no parece ser la intención de los autores del proyecto, pues el proyecto da la impresión de que quiere poner énfasis en categorías sospechosas.

3) Se eliminaría el tercer inciso del artículo 2, que dice que se consideran razonables las distinciones basadas en el ejercicio de otros derechos constitucionales. Se entiende por qué se quiere hacer esta modificación, ya que aquí habría una **presunción de Derecho**, es decir, una presunción que no admite prueba en contrario, de que la distinción es razonable cuando la otra parte alegue fundarse en uno de los derechos ya enunciados, lo que es muy tajante y no permite percibir sutilezas. Sin embargo, por otro lado, no referirse a los otros derechos tampoco es adecuado, principalmente porque, como decíamos, esta ley busca aplicarse a particulares, y mientras que no existe un derecho constitucional explícito a la no discriminación por parte de particulares (en atención a que no se puede trazar una línea clara con las distinciones que éstos hacen), sí existen otros derechos de particulares que dan por entendida la posibilidad de diferenciaciones arbitrarias (como el derecho a la vida privada o la libertad de asociación). Las normas que consagran estos derechos establecen específicamente cuáles son las causales por las cuales pueden limitarse, y esta reforma a la ley no podría afectar tales derechos. En otras palabras, aunque esta ley no dijera nada, los derechos constitucionales van a prevalecer, a menos que esa discriminación pueda afectar algún derecho constitucional del ofendido, pero ese no sería necesariamente el caso. Por ello, si se elimina este párrafo, se generarían expectativas que serían defraudadas.

Por eso, en ningún caso convendría eliminar este párrafo, pero sí podría ser útil reformarlo, de modo que no quede como una presunción de Derecho. Esto se puede hacer incorporando una presunción meramente legal, es decir, que sí admite prueba en contrario

⁵ J. M. DÍAZ DE VALDÉS, “La Prohibición de una Discriminación Arbitraria entre Privados”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII, 1, 2014.

(por ejemplo, si dijera “Se presumen razonables...”), o dejando en el juez la determinación de este hecho, solo recordando que esta ley no puede dejar sin efecto las garantías constitucionales, para evitar generar falsas expectativas (esto se podría lograr diciendo: “Esta ley no prohíbe las distinciones, exclusiones o restricciones que...”).

4) Por último, en relación con la eliminación del inciso 3° del artículo 12, la norma que aplica al demandante una multa en caso de una denuncia que “carece de todo fundamento”, hacemos presente que para sancionar con multa al demandante, no basta con que éste sea vencido totalmente (lo que suele requerirse para que se condene en costas⁶), sino que debe haber carecido de “todo” fundamento al demandar. En otras palabras, se refiere a demandas que buscan abusar del proceso. Llama la atención que se quiera eliminar, porque si bien esta norma es excepcional en Chile (aunque no única⁷), podría convenir extender esta sanción por abuso del derecho a todos los procesos.

Debe recordarse que las personas que son demandadas en este tipo de procesos muchas veces tienen ya una sanción en los medios o en el solo hecho de tener que contratar abogados para defenderse (y muchas veces los recurridos son personas de esfuerzo), por lo que se puede decir que son siempre “sancionados”, aunque queden libres. En ese sentido, hay que tener cuidado de incentivar demandas sin fundamento.

Conclusión

El proyecto dice que la ley actual se ha mostrado poco efectiva para “erradicar los actos y omisiones de discriminación arbitraria”⁸. Esto muestra que las intenciones del proyecto son muy buenas, pues quiere tratar de erradicar estas prácticas. Sin embargo, olvida que nunca habrá una ley perfecta, una que logre erradicar el mal. Olvida también que, en ocasiones, el remedio puede ser peor que la enfermedad. En este caso, podría ocurrir esto último, por ejemplo, si se busca que el principio de la no discriminación sea un principio autónomo, que pueda restringir otros derechos de los particulares. Por otro lado, si la ley incentiva la presentación de estas demandas, las que muchas veces se hacen con publicidad —lo que es en sí misma una especie de sanción para la persona demandada—, se puede terminar vulnerando el principio de toda democracia liberal, que nos dice que más “es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra”.

⁶ Art. 144 del Código de Procedimiento Civil.

⁷ Por ejemplo, también ordena el pago de una multa, en materia de impuncias y recusaciones, el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil.

⁸ Cita de la introducción del proyecto de ley.