

Exposición sobre el Proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación¹

(Boletín N°12.748-17, segundo trámite constitucional, Cámara de Diputados)

Muy buenas tardes. Por su intermedio, estimada Presidenta, saludo a los honorables diputados miembros de esta Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, y a todo su equipo jurídico y técnico.

Como Corporación, se nos ha encomendado expresar nuestra opinión y análisis sobre el **proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N° 20.609**, conocida también como “**Ley Zamudio**”. Esta ley tiene como fin establecer un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho en aquellos casos en los que se cometa un acto de discriminación arbitraria, tal como establece su artículo 1. Lo anterior, se encuentra en sintonía con lo dispuesto en el artículo 1 de nuestra Constitución Política de la República, el cual declara que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, y en su artículo 19 N° 2, el cual establece “*la igualdad ante la ley*”, y la interdicción de la discriminación arbitraria, al señalar que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

Sin embargo, el actual proyecto de ley contiene diversos **aspectos preocupantes**, pues difiere con elementos básicos de la justicia procesal y civil. Al respecto, las apreciaciones que compartiremos no son exclusivas de ciertos grupos, sino que perfectamente podrían ser compartidas por cualquier persona razonable, pues se trata de aspectos de justicia que lamentablemente la iniciativa ignora.

1. **Críticas sustantivas**

A. **Imprecisión en el significado de la discriminación arbitraria**

El proyecto de ley, en la propuesta de un nuevo artículo 2°, define la discriminación arbitraria como “*toda distinción, exclusión, preferencia o restricción carente de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares o que tenga por objetivo o resultado la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la*

¹ Exposición realizada por Gustavo Baehr Neira, asesor legislativo de la Corporación Comunidad y Justicia.

República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Respecto a lo anterior, es posible señalar que la noción de discriminación arbitraria es confusa. La inclusión del **conector disyuntivo “o”** abre la puerta para **diferentes interpretaciones**.

Una interpretación posible – aunque absurda – que podría sostenerse a partir de la ausencia de un signo de puntuación antes de la conjunción “o”, es que la discriminación arbitraria es una conducta **“efectuada por agentes del Estado o particulares”**, o bien, que tenga **“por objetivo o resultado la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales”**.

Otra interpretación, que probablemente es la que se desea establecer, es la incorporación de **una noción autónoma de discriminación arbitraria**. Es decir, para que exista discriminación arbitraria, **no es necesario** que la **distinción, exclusión, preferencia o restricción prive, perturbe o amenace el ejercicio legítimo de derechos fundamentales**, lo cual llama profundamente la atención, pues aún los tratados internacionales que suelen ser invocados en esta materia enlazan la discriminación con un elemento adicional².

Pese a lo anterior, valoramos que en el proyecto se mantenga el concepto de **discriminación arbitraria**, pues **nuestro ordenamiento jurídico**, en general, **recoge dicha noción**. El ejemplo más sencillo es la Constitución, la cual asegura a todas las personas **“la igualdad ante la ley”** (en su artículo 19 N° 2 inciso primero) y establece la prohibición de la discriminación arbitraria (en su artículo 19 N° 2 inciso segundo). Sin embargo, también existe un importante conjunto de leyes, que regulan distintas materias, y que ocupan el concepto de discriminación arbitraria. Por ejemplo, la ley 19.496 (conocida como “ley del consumidor”) establece el derecho del consumidor a no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores³; la “ley general de educación” reconoce el derecho de los alumnos a no ser discriminados

² Por ejemplo, el artículo 1 N° 1 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, establece que la discriminación es **“cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.”** Además, el artículo 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que **“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”**

³ Artículo 3 letra c).

arbitrariamente⁴; y la “ley de garantías de la niñez”, promulgada y publicada en marzo de este año, reconoce como uno de sus principios la igualdad y no discriminación arbitraria⁵.

No planteamos lo anterior por razones semánticas, sino por motivos de **coherencia interna**. Lo lógico es que en un ordenamiento jurídico exista un uso uniforme de conceptos, sobre todo si se trata de nociones fundamentales como lo es la discriminación arbitraria. No en vano se ha entendido que detrás del **elemento sistemático de interpretación de la ley**, que se recoge en el artículo 22 inciso 2° de nuestro Código Civil⁶, existe la presuposición de que las normas guardan coherencia y armonía entre sí.

B. Ampliación de las categorías sospechosas

El proyecto, en la propuesta de un nuevo artículo 2 inciso segundo, **amplía largamente la lista de “categorías sospechosas”** que actualmente existen en la ley. Es posible señalar que estas consisten en caracteres que, por regla general, no deben ser utilizados para el establecimiento de distinciones entre individuos y que, a priori, indicarían la configuración de una discriminación arbitraria. Dicha ampliación no sólo es efectuada mediante la inclusión de **nuevos conceptos** (por ejemplo, las características sexuales, la seropositividad, entre otros), sino que también mediante la consagración de una categoría genérica final, al mencionar “**cualquier otra condición física y/o social**”.

Desde una perspectiva lógica, la mencionada ampliación es **preocupante**, porque vuelve **irrelevante** toda mención directa a la **persona que en concreto que se busca proteger**. Pensemos en la aplicación de la ley: ¿cómo se podría defender una persona a quien yo acuso de discriminarme arbitrariamente, considerando que soy un hombre blanco, heterosexual y poseo un sinnúmero de otras condiciones físicas y/o sociales? Toda protección de grupos especiales pierde sentido si todos pasamos a formar parte de un grupo especial: **todos estamos protegidos frente a todos, porque todos en definitiva formamos parte de un grupo especial**. Entonces, en realidad, nadie está protegido, pues todos tendrían como excusa para una preferencia la pertenencia a una condición social.

⁴ Artículo 10 letra a).

⁵ Artículo 8.

⁶ El artículo 22 inciso 2° del Código Civil señala que “*Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.*”

También existe la posibilidad de que la **ampliación de la lista de categorías** provoque **un efecto contrario al que se buscaría con esta reforma**. Ante la abundante mención de categorías que actualmente considera la ley en su artículo 2, la jurisprudencia ha sido vacilante, pues por un lado ha afirmado que **uno de los requisitos para el éxito de la acción de no discriminación arbitraria es la concurrencia de una categoría sospechosa**⁷, mientras que por otro lado ha indicado que **tales categorías no son un presupuesto**⁸, por lo que la inclusión de nuevas categorías, de una “cláusula final abierta” y, en definitiva, la profundización de la lógica de “grupos protegidos”, probablemente sólo contribuya a continuar con esta vacilante tendencia, sin otorgar los estándares de certeza que todos requerimos ante una ley como esta.

C. **Se restringe el ámbito de aplicación de la “justificación razonable”**

Mediante la propuesta de un nuevo artículo 2 inciso 2°, el proyecto de ley sugiere que para que una “justificación” sea **“razonable”**, es necesario que (1) surja de **hechos, criterios o prácticas**, (2) invocados con ocasión del **ejercicio de algún derecho constitucional**, (3) siempre que estos puedan justificarse objetivamente en atención a una **finalidad legítima**, (4) que los **medios** para alcanzar dicha finalidad sean **necesarios, idóneos y proporcionales**, y (5) que **no generen estigmatización o menoscabo** de quienes se vean afectados por la distinción, exclusión o restricción.

Tal como se encuentra propuesto aquello que la iniciativa denomina como “justificación razonable”, resulta **imposible demostrar que una determinada conducta es racional** y, en definitiva, carente de arbitrariedad, sobre todo por la inclusión del **requisito (5)**. Pudiera imaginarse un caso en el que un denunciado lograra explicar con éxito los requisitos (1), (2), (3) y (4), pero difícilmente podríamos pensar en una hipótesis en la que sea posible demostrar el requisito (5), ya que los conceptos correspondientes a dicho requisito pertenecen a **aspectos eminentemente subjetivos**. A lo anterior debe sumarse que la prueba recaería sobre un **hecho**

⁷ “Resulta un presupuesto insoslayable de la acción en estudio que la distinción, exclusión, restricción o preferencia hecha por una persona o institución se funde en alguna de las categorías que establece esta ley u otra” (15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013, cons. 12°).

⁸ “La ley establece tres requisitos copulativos para determinar en qué caso se está frente a una discriminación: a) que se trate de una distinción, exclusión o restricción; b) que carezca de justificación razonable; y c) 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. Es irrelevante si la conducta proviene de agentes del Estado o de particulares” (3er Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 9°).

negativo bastante particular (la no generación de estigmatización o menoscabo), lo cual pondría – al denunciado - en una situación de absoluta indefensión.

2. Críticas a la acción propuesta

A. Inversión de la carga de la prueba

Se propone incorporar un nuevo inciso en el artículo 10 de la ley, el cual indica que *“cuando de los antecedentes aportados por el recurrente resulten **indicios suficientes** de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.

Mediante esta norma no se hace otra cosa que **alterar la carga de la prueba**. Aún cuando se quiera denominar esta modificación de otra manera, los autores de una norma similar que se encuentra en el Derecho Laboral (el artículo 493 del Código del Trabajo), reconocieron que corresponde a una *“matización de la regla general sobre la carga de la prueba”*⁹, y que a través de ella *“se invierte la carga de la prueba”*¹⁰.

En el Derecho Laboral esto tiene una razón de ser muy obvia, pues los trabajadores muchas veces no tienen documentación necesaria para probar hechos que sí están en poder del empleador. Sin embargo, **en los casos propuestos por esta ley, no se detecta una razón a partir de la cual podamos asumir que esto se da con frecuencia**.

B. Aumento del monto máximo de multa

El proyecto también propone una modificación al artículo 12, aumentando considerablemente el tope de la multa que puede fijar el juez contra las personas que han discriminado arbitrariamente. De un **tope de 50 UTM** se pasa a **500 UTM**. El problema no es tanto el aumento, sino la **desproporción en relación con el sistema global de multas**. Si se mira el Código Penal, en donde se describen las conductas de mayor gravedad social, las multas aplicables a las faltas, en general, no exceden las 4 UTM, y en el caso de los crímenes (es decir, la clase de delitos más graves), en general

⁹ Página 12 de la Historia de la ley 20.087. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5683/HLD_5683_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf. Fecha de consulta: 13 de junio de 2022.

¹⁰ Página 115 de la Historia de la ley 20.087. Disponible en el mismo link de la cita anterior.

no excedente de las 30 UTM. Existen ciertos casos en que, por especial consideración a la gravedad de la conducta, se castiga una conducta con multas superiores, como ciertas conductas penalizadas por la ley 20.000, que llegan hasta las 400 UTM, aunque además suelen ir acompañadas de cárcel.

Un sistema en el que una conducta menos grave se castiga con mas severidad es un **sistema injusto**. Por lo tanto, legislar en este sentido solamente contribuiría a deslegitimar nuestro sistema procesal, en circunstancias en las que la ciudadanía demanda todo lo contrario.

C. **Denuncias carentes de fundamento sin sanción**

Mediante el reemplazo del actual artículo 12 inciso 3° de la ley, la iniciativa propone **suprimir la sanción de multa contra el recurrente que es vencido en juicio**. Se podría argumentar que esto constituye un factor inhibitorio para las personas que son objeto de discriminación arbitraria, al temer verse condenadas a una sanción si accionan judicialmente. Sin embargo, existe evidencia de que la aplicación de esta multa ha sido excepcional¹¹.

La norma que se pretende eliminar tiene **requisitos sumamente exigentes**. Al respecto, no es suficiente que el demandante sea vencido totalmente, lo que es lógico, sino que también **la denuncia debe haber carecido de “todo” fundamento**. En otras palabras, si el juez advierte un mínimo de motivación en la denuncia, no puede imponer la sanción. Además, como puede apreciarse, su fundamento es sancionar el **abuso** y consecuentemente evitar una **conducta de mala fe**, al prevenir que se active la jurisdicción por acciones que carezcan totalmente de razonabilidad.

3. **Conclusión**

Como se puede advertir, todas las apreciaciones que hasta acá hemos expuesto se basan **principios mínimos de racionalidad y justicia**, que lamentablemente **el proyecto no respeta**. No es justo establecer penas desproporcionadas, no es racional limitar a lo sumo lo que la iniciativa denomina como “justificación razonable”. En definitiva, no es racional legislar con buenas intenciones, por loables que sean, desprotegiendo a las personas.

¹¹ Ver DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL: “Cuatro Años de la Ley Zamudio: Análisis Crítico de su Jurisprudencia”. Consultado electrónicamente el 13/06/2022. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000200447#fn103. Fecha de consulta: 13 de junio de 2022.