

Aspectos críticos del PL antidiscriminación del Senado
(en comparación al PL rechazado en general por la Cámara de Diputados)

(Boletín N°12.748-17, Comisión Mixta del art. 70 de la CPR)¹

La presente minuta tiene como fin mostrar los **principales aspectos críticos del proyecto del Senado**, en comparación con el proyecto rechazado en general por la Cámara de Diputados (correspondiente al Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara baja). Lo anterior, debido a que la Comisión Mixta creada en conformidad al artículo 70 de la Constitución, trabajará sobre el texto aprobado por la Cámara alta.

A continuación, se individualizan la mayoría de los elementos críticos del proyecto de ley del Senado:

- En cuanto a la **definición de discriminación arbitraria**, el proyecto del Senado² contiene una **noción autónoma**. Es decir, para que exista discriminación arbitraria no es necesario que la distinción, exclusión, preferencia o restricción lesione derechos fundamentales, al incluir el conector disyuntivo “o”.
 - ✓ Esto se **mantiene** en el texto rechazado en general por la Cámara de Diputados, por la inclusión de la palabra “*especialmente*”³.
- En cuanto al empleo del concepto “**discriminación arbitraria**”, proyecto del Senado **no lo emplea en todas sus partes**, ocupando en ocasiones solo la palabra “discriminación”.
 - ✓ El proyecto rechazado en general por la Cámara de Diputados **mejoró** este aspecto, pues en la Comisión de Derechos Humanos de dicha Cámara se acordó ocupar en todo momento el concepto “discriminación arbitraria”.
- En cuanto a las **categorías sospechosas**, el proyecto del Senado⁴ contiene una **ampliación excesiva** de la lista de dichas categorías, con una **cláusula final abierta** que permite, en definitiva, no sólo incluir las categorías mencionadas, sino que cualquier otra.

¹ Minuta elaborada el 11 de junio de 2024.

² Artículo primero N° 2.- del Oficio del Senado remitido a la Cámara de Diputados.

³ Artículo primero N° 2.- del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

⁴ Artículo primero N° 2.- del Oficio del Senado remitido a la Cámara de Diputados.

- ✓ El proyecto rechazado en general por la Cámara de Diputados⁵ **mantuvo** el mismo problema.
- En cuanto a la **justificación razonable**, el proyecto del Senado⁶ contiene una regulación muy problemática. Hace **prácticamente imposible** demostrar que **un determinado acto de diferenciación** sí es **razonable**, pues lo limita hasta un punto de vista meramente subjetivo, al señalar como requisito – para que sea razonable la actuación – que ella no genere “**estigmatización o menoscabo**” en quien se sienta afectado por dicha actuación.
 - ✓ El texto rechazado en general por la Cámara de Diputados⁷ **mejoró** este aspecto, aunque no de manera suficiente. Lo anterior, debido a que eliminó la referencia a la estigmatización o menoscabo, y repuso la mención al ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Con todo, no fue aprobado en general pues mantuvo el examen judicial de la legitimidad, la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad, y consolidó aspectos como la consideración a las “circunstancias materiales”, lo cual obliga al juez a ir más allá de lo que obra en el expediente. Cabe señalar que estos dos últimos aspectos se encuentran en el proyecto del Senado.
- En cuanto a **otras nociones de discriminación**, el proyecto del Senado contiene una referencia a la **discriminación directa**, la **discriminación indirecta** y la **discriminación múltiple o agravada**. Estas son sumamente complejas, pues son excesivamente amplias y algunas no exigen que exista una lesión a derechos fundamentales.
 - ✓ Este problema se **mantuvo** en el texto rechazado en general por la Cámara de Diputados, aunque con una redacción levemente distinta. De hecho, la inclusión de estas categorías de discriminación fue criticada por la Corte Suprema, en su informe de marzo de 2024.
- Respecto a la **acción de no discriminación arbitraria**, el proyecto del Senado contiene severos problemas. Por ejemplo, no sólo permite demandar por discriminación arbitraria en virtud de la categoría principal de discriminación, sino que también por las **nociones adicionales de discriminación**. También **omite ante qué juez se debe presentar la demanda**.
 - ✓ El texto rechazado en general por la Cámara de Diputados tuvo **leves mejoras**, pues – aunque mantuvo la posibilidad de demandar por los distintos tipos de discriminación arbitraria – corrigió la omisión del

⁵ Artículo primero N° 2.- del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

⁶ Artículo primero N° 2.- del Oficio del Senado remitido a la Cámara de Diputados.

⁷ Artículo primero N° 2.- del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

texto del Senado en cuanto al juez ante el cual se debe interponer la demanda.

- En lo concerniente a la **legitimación activa**, el proyecto del Senado contiene importantes problemas⁸. Por ejemplo, permite que una **persona jurídica demande** (lo cual resulta innecesario, porque actualmente por la ley 20.609 las PJs pueden demandar y ser demandadas). El texto del Senado, además, introduce conceptos en la ley que son propios de la **ley de protección al consumidor**, como el interés colectivo o difuso, permitiendo que personas jurídicas sin fines de lucro, constituidas con anterioridad a la ocurrencia del hecho discriminatorio, puedan demandar.
 - ✓ El texto rechazado en general por la Cámara de Diputados⁹ introdujo **ciertas mejoras** como, por ejemplo, la necesidad de que las personas jurídicas que pueden demandar estén constituidas con, al menos, **un año de anterioridad a la ocurrencia de los hechos que se denuncian** (lo mismo en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro que demandan por interés colectivo o difuso, en donde también se efectuaron otras correcciones). Sin embargo, también introdujo un aspecto problemático, que puede ocasionar inconvenientes en el cuidado personal de los hijos, al permitir que un tercero demande en favor de una persona con representantes legales se niegan a deducir la acción de no discriminación arbitraria (incluso en contra de estos).
- El proyecto del Senado¹⁰, en materia de **prueba**, contiene los siguientes **problemas**. La propuesta permite al tribunal estimar la prueba según “*la impresión que le haya merecido la conducta de las partes*” y su “*buena o mala fe*”, abriendo un espacio inadecuado a la subjetividad. Además, establece una **inversión de la carga de la prueba**, mediante una copia del artículo 493 del Código del Trabajo, lo cual es improcedente en sede de no discriminación arbitraria, pues en muchos casos las demandas por discriminación se interponen respecto a personas que se encuentran en una posición de igualdad frente al demandante, mientras que en derecho laboral siempre hay una desigualdad entre el empleador y el trabajador¹¹.
 - ✓ El proyecto rechazado en general en la Cámara de Diputados **mejoró este aspecto**, pues eliminó la posibilidad de que el juez estimara la

⁸ Artículo primero N° 7.- del Oficio del Senado remitido a la Cámara de Diputados.

⁹ Artículo primero N° 8.- del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

¹⁰ Artículo primero N° 19.- del Oficio del Senado remitido a la Cámara de Diputados.

¹¹ Aunque se tienda a matizar esta prueba como una de carácter “indiciaria”, siempre se ha entendido que la técnica utilizada en derecho laboral es una inversión de la carga de la prueba que, como señalamos, se encuentra justificada en dicho ámbito (ver p. 12 y 115 de la Historia de la Ley 20.087, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5683/HLD_5683_37a6259cc0c1dae299a78664_89dff0bd.pdf).

prueba en base a la conducta y a la buena o mala fe. En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, simplemente la trasladó al artículo que regula la resolución que da curso a los autos¹².

- En cuanto a la regulación de la **sentencia**, el proyecto del Senado¹³ establece que la **multa a beneficio fiscal** puede alcanzar, incluso, las **500 UTM**. Lo anterior, constituye una multa evidentemente desproporcionada, incluso más alto al que existe en el derecho penal. Además, establece que la **indemnización de perjuicios**, en caso de ser procedente, no puede ser inferior a **40 UTM**. Adicionalmente, **elimina la sanción al litigante temerario**, aspecto esencial de la ley 20.609, pues disuade a no usar esta ley de manera irresponsable y permite su uso en casos en los que efectivamente existe motivo para demandar. Finalmente, establece una serie de **medidas de reparación** (con una cláusula final abierta) que pueden atentar contra la autonomía de los grupos intermedios, como también las libertades de conciencia y de religión, de asociación, y de enseñanza (en el ámbito de la educación).
 - ✓ El proyecto rechazado en general por la Cámara¹⁴ **mejoró, en parte, este aspecto**, pues rebajó a 100 UTM el tope de la multa, y estableció ciertos criterios para determinar la cuantía de la multa. Además, mantiene la eliminación de la multa al que denuncia sin fundamento. Finalmente, mantuvo las medidas de reparación, con los mismos problemas descritos, aunque con leves modificaciones a su redacción a fin de limitar dichos inconvenientes.
- En cuanto a la **interpretación de la ley**, el proyecto del Senado¹⁵ **elimina el artículo 18 de la ley 20.609**, el cual establece que los preceptos de la **ley 20.609 no** pueden ser interpretados como **derogatorios o modificatorios** de otras leyes vigentes.
 - ✓ El proyecto rechazado en la Cámara¹⁶ reemplazó el artículo 18 por otro que establece que, ante posibles interpretaciones de la ley, deberá escogerse la **“alternativa que otorgue mayor protección a quien resulte discriminado”**.

En conclusión, según los nudos críticos del proyecto del Senado analizados en la presente minuta, se puede concluir que el **proyecto del Senado profundiza**, en general, los **problemas que se encuentran en el proyecto rechazado en general por**

¹² Artículo primero N° 13.- del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

¹³ Artículo primero N° 21.-, del Oficio del Senado remitido a la Cámara de Diputados.

¹⁴ Artículo primero N° 22.- del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

¹⁵ Artículo primero N° 16.- del Oficio del Senado remitido a la Cámara de Diputados.

¹⁶ Artículo primero N° 27.- del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

la Cámara de Diputados (de diez aspectos analizados, en seis el proyecto rechazado en general por la Cámara mejoró de alguna manera lo dispuesto en el texto del Senado).

Otra muestra de lo problemático que resulta el texto aprobado en el Senado es su **reñida aprobación general en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados** (la cual contó - durante toda la tramitación del proyecto - con mayoría oficialista). Al respecto, cabe señalar que el proyecto fue aprobado por un solo voto de diferencia (hubo 6 votos a favor, 5 votos en contra y ninguna abstención).