

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY 20.609, QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

(Boletín N°12.748-17, primer trámite constitucional, moción)*

I. INTRODUCCIÓN

El proyecto que comentamos, como es obvio, no está exento de polémicas fuertes, sobre los fundamentos de la forma de relacionarnos como personas y, por tanto, sobre distintas visiones antropológicas y éticas. Sin embargo, a diferencia de otros proyectos de esta naturaleza (y sin ir más lejos, de la misma ley 20.609, llamada ‘ley Zamudio’), este proyecto presenta muchas injusticias objetivas distintas de las que se refieren a la concepción de la sexualidad y la familia: se trata de injusticias relativas a los principios generales de derecho más elementales, a los aspectos más básicos de la justicia procesal y civil. Si bien en la Corporación en cuyo nombre hablo —y esta es una visión que comparto plenamente— creemos en la familia natural como institución y en la ética de la ley natural (cuya visión choca directamente con los fundamentos de este proyecto) no será necesario entrar en esos puntos. Vale decir —y en esto quiero ser muy enfático— las críticas que expondré no son exclusivas de grupos conservadores o religiosos (o como se quiera decir), sino que deberían ser compartidas por cualquier persona razonable, pues se trata de principios de justicia, que no se refieren a ninguna de las llamadas categorías sospechosas, sino a la estructura misma de todo juicio, de todo proceso, y de toda relación jurídica. Me parece que incluso los partidarios del liberalismo clásico responderían que las críticas que expongo son argumentos liberales, pues son defensas de la libertad y la igualdad de todos, incluyendo a los que no pertenecen a categorías sospechosas.

II. LAS MEDIDAS QUE PROPONE EL PROYECTO SON INJUSTAS

1. Elimina la justificación por razonabilidad

* Texto de la exposición de Vicente Hargous (+56996615294 - vhargous@comunidadyjusticia.cl) ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, en junio de 2020.

Probablemente la injusticia más grave que comete el proyecto es la de eliminar el requisito de la arbitrariedad de los actos de diferenciación, mediante la supresión del inciso tercero del artículo 2°. Este inciso dice que

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 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

El proyecto propone suprimir la excepción al principio de no discriminación establecido en el inciso final del artículo segundo de la ley 20.609. Tanto desde el punto de vista constitucional como desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no toda diferenciación constituye discriminación arbitraria y puede, en consecuencia, justificarse un acto de diferencia o selección por su razonabilidad.

Lo relevante no es sólo el motivo de la discriminación o diferenciación, sino su falta de *justificación* o su nivel de *desproporción*. Ambas cosas están establecidas en la ley vigente. Una conducta en cierto sentido discriminatoria, como la selección que una empresa hace de una persona en el marco de un proceso de contratación, puede justificarse, lo que hace que no sea constitutiva de violación a los derechos humanos (tampoco al derecho a la igualdad autónomamente considerado). Esta no es constitutiva de lo que normalmente se quiere decir cuando se habla de discriminación: es un acto de diferenciación o selección, pero no es arbitrario. En parte por este motivo, siempre que se usa en sentido negativo la palabra ‘discriminación’ debe entenderse que se refiere a una discriminación que es arbitraria¹. En el ejemplo que hemos dado, la discriminación se puede llegar a justificar porque *no necesariamente es arbitraria*: la empresa seleccionará, como es del todo *razonable*, a quienes tengan mejores aptitudes para cumplir con la función que se busca para contratar. En el primer

¹ Cfr. DÍAZ GARCÍA, Iván (2013): “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los Derechos Internacional y Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N°2, 635-668, p. 640. Dicho trabajo contiene abundante bibliografía que destaca este punto y los matices que contiene (es decir, en qué casos o bajo qué criterios debemos considerar que un acto de diferenciación o selección —de discriminación en sentido amplio— constituye discriminación en sentido estricto o discriminación arbitraria).

sentido de la palabra, que podemos llamar 'neutral', discriminar significa "separar o distinguir"², y en sentido estricto significaría "separar o distinguir no debiendo hacerlo"³, discriminar en el sentido negativo de la palabra, es decir, distinguir arbitrariamente, cuando no corresponde hacerlo⁴. Prácticamente la unanimidad de la doctrina sigue la misma postura. La cuestión puede parecer netamente nominal, pero no es así: no es menor eliminar, como hace este proyecto, el requisito de la arbitrariedad, para que exista discriminación contraria a derecho.

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la conclusión también ha sido tajantemente afirmada por distintos organismos. Vale la pena mencionar la interpretación que hace el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual observó en 1989 que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto"⁵. También la Corte Interamericana ha sido explícita en esta afirmación: será discriminatoria una "distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable"⁶. Como señala Díaz García:

Las interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana son coincidentes. Los dos últimos entienden que se está frente a una discriminación si se cumplen dos requisitos: que exista una diferencia de trato y que esa diferencia carezca de lo que aquí se denominará justificación admisible.⁷

² FIGUEROA G., Rodolfo (2000): "Igualdad y discriminación", en *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico-Facultad de Derecho Universidad Diego Portales-Serie publicaciones especiales 10, Santiago, p. 12.

³ *Ibid.*, p. 13.

⁴ Citando a Nogueira (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006): "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 10: 799-831, p. 806), a Evans (EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo II, tercera edición actualizada, p. 125) y otros, el texto ya mencionado de DÍAZ GARCÍA (2013) muestra que esta tesis es mayoritaria entre los autores constitucionalistas chilenos (y sin que exista un motivo para que no sea así en otros países).

⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1989), OG-18, N°13.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1984), OC 4/84, Solicitada por Costa Rica, párrafo 56.

⁷ DÍAZ GARCÍA, Iván (2013): "Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los Derechos Internacional y Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N°2, 635-668, p. 639.

La misma Corte Interamericana ha precisado esto mediante la afirmación de que la distinción se justifica y no es discriminatoria si “está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”. Por su parte, el texto citado más arriba de la Comisión de Derechos Humanos se refería, además de la objetividad y razonabilidad, a la búsqueda de un fin legítimo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Aunque todas estas formulaciones son amplias, en todas ellas caben justificaciones de actos de diferenciación, al igual que en la actual ley 20.609. Esto es eliminado en el proyecto de ley, sin ningún fundamento racional para ello.

Sobre la doctrina de las llamadas ‘categorías sospechosas’, elaborada por la Corte Interamericana, que está muy relacionada con este punto, admite reparos. Pero en este caso el problema no se desprende de esta doctrina, sino de la liviandad con que se destruyen principios esenciales de justicia: no puede pretenderse que por pertenecer a una categoría sospechosa no pueda admitirse una diferenciación razonable. Planteo un ejemplo concreto: en el texto legal en su formulación actual no se permitiría que una empresa elija a una persona que no pertenece a una categoría sospechosa, si a la vez postula otra que sí pertenece a una. Lo mismo podría decirse del proceso de admisión a cualquier institución pública o privada: las universidades al elegir a sus profesores, los seminarios católicos a sus candidatos... Es un atentado gravísimo contra la libertad de los particulares, contra la igualdad en el acceso a la función pública y, en definitiva, contra la igualdad ante la ley. Esto no es sólo injusto, sino también irracional y, por supuesto, inconstitucional. Injusto, porque elimina directamente la libertad de los cuerpos intermedios y de las personas que no pertenecen a categorías sospechosas; irracional, porque no dejar margen a ningún criterio más que la pertenencia a categorías sospechosas es una actitud ideológica, cerrada, además de poco eficiente y derechamente totalitaria; inconstitucional, porque contraviene el artículo 19 N°2 (igualdad ante la ley), al otorgarle a las personas que pertenezcan a categorías sospechosas un carácter de privilegio (quien no pertenezca a una categoría sospechosa, por tanto, siempre estará en pie de desigualdad frente al que sí), y el artículo 1° inciso 3° (autonomía de los cuerpos intermedios para cumplir sus propios fines específicos). Sé que los que apoyan este proyecto dirán que su objetivo no es la eliminación de la libertad y la promoción de privilegios y desigualdades, pero la verdad es que

eso es lo que se dice en el proyecto: la única forma de interpretar con sentido la eliminación del inciso tercero del artículo 2° y el cambio en la definición de discriminación es interpretar como si desde ahora los actos de diferenciación razonables se consideren ilícitos por el proyecto (aunque subsistan partes de la ley en que se mantenga la expresión ‘discriminación arbitraria’ u otras semejantes). Si los honorables senadores quieren cambiar los bajos índices de aplicación de la ley Zamudio, este no es el camino.

2. Cambio en la definición de discriminación arbitraria

Por la explicación de la parte introductoria, parece que se pretendía modificar la definición legal de discriminación arbitraria para que se considere como una ofensa autónoma, sin requerir que adicionalmente se vulnere el ejercicio de otros derechos constitucionales. Así se ha sostenido también por organismos internacionales. Sin embargo, esta tesis es al menos discutible: ¿qué sentido tendría castigar un acto de diferenciación en que el sujeto pasivo no sufre perjuicio en sus derechos? ¿En qué sentido puede perjudicarse a alguien por una diferenciación (y una diferenciación razonable) sin perjudicar otro derecho? No pretendo aquí responder a esa pregunta, pero sí es importante destacar que es algo que está lejos de estar demostrado o de tener consenso doctrinario.

También es necesario decir que la redacción de este artículo no es muy buena. Con esto se quería que existieran dos hipótesis de discriminación, una que sería la discriminación arbitraria general cometida por el Estado o por particulares, y otra la diferenciación que cause privación de un derecho sin más distinciones, incluyendo la de la arbitrariedad, pero en realidad el artículo no dice eso. El artículo diría esto:

*Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión, **preferencia** o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y o 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, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u*

opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

En efecto, de esta manera se debería entender que la conjunción adversativa ‘o’ tiene un significado ambiguo: puede designar la alternativa entre el último requisito de una definición única, o una segunda definición (este es el objetivo). Si se pretendía dar una segunda definición, separarlo por una coma y una conjunción adversativa era la peor forma de redactarlo. Habría sido mucho mejor establecer la segunda definición separada con un punto seguido o punto y aparte (diciendo que “se considerará también discriminación arbitraria...”). Además, con esta redacción resulta que la segunda definición de discriminación arbitraria sería idéntica a la de violación a los derechos humanos. Es completamente poco sistemático y, una vez, absolutamente irracional: confunde conceptos básicos.

Por otro lado, sobre la incorporación de la palabra ‘preferencia’, el proyecto fundamenta esto en la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, es necesario hacer presente que dicho tratado no ha sido ratificado por Chile y, en consecuencia, no es vinculante desde el punto de vista del Derecho Internacional.

3. Agregar una causal amplia de categoría sospechosa

Agregar la referencia a “cualquier otra condición social” en las categorías sospechosas es absurdo, porque vuelve irrelevante toda la protección de las personas que se busca proteger. Pensemos en la aplicación de esta ley: ¿podría yo reclamar porque otro ha hecho una diferenciación (razonable) conmigo, que soy un hombre blanco, binario, heterosexual y profesional? Estoy seguro de que eso es contrario a lo que los autores de la moción se proponen... toda la protección de grupos especiales pierde sentido si todos pasamos a ser un grupo especial: si todos estamos protegidos frente a todos porque todos somos grupos especiales, entonces en realidad nadie está protegido, pues todos tendrían como excusa para una preferencia la pertenencia a una condición social. La supuesta apertura a la evolución de los tiempos claramente no afecta este argumento: la ley no alude al factor temporal, sino a

condiciones sociales en general. Pensemos un caso incómodo que cabe dentro de lo que dice el proyecto de ley: ¿debería una universidad preferir contratar a un pedófilo por su condición de pedófilo? ¿Qué entendemos por condición social? Evidentemente no es eso lo que se quiso decir, pero eso es lo que se desprende del texto, porque es demasiado amplio.

4. Inversión de la carga de la prueba

Se propone invertir la carga de la prueba, por las supuestas dificultades probatorias que presentan los denunciantes de discriminación debido a las complejas formas en que se presentan los actos u omisiones discriminatorias. El artículo al que me refiero es este: “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”. Esto está literalmente tomado del Código del Trabajo.

Más allá de lo cuestionable que ella pueda ser la redacción —pues la palabra ‘indicios’ se suele aplicar a las presunciones, en que existen dos hechos, uno que se infiere a partir de otro, y en estos casos el hecho es uno solo—, debemos comprender qué sentido tiene la norma. Se pretende que baste con apenas aportar ciertos antecedentes para dar por probado un hecho, pero sin determinar nada a qué se refiere, y sin acotarlo a ningún tipo de caso, obligando al recurrido a probar lo contrario. 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, para los casos propuestos por esta ley, no existe ningún supuesto de hecho *determinado* a partir del cual podamos asumir que esto se da con frecuencia. No hay que pensar en los casos puntuales para los que se quiere regular, pues la formulación del proyecto es general, sino en *todos* los supuestos a los cuales la disposición es aplicable. ¿Realmente queremos que en cualquier circunstancia se dé por probado (como presunción simplemente legal) lo que una persona de “cualquier condición social” afirme con algún antecedente? La formulación es tan amplia que da pie a un uso muy irresponsable de esta ley. Una vez más, si lo que se quiere es cambiar los bajos índices de aplicación de la ley Zamudio —con independencia de lo discutible que sea este fin—, este no es el camino.

5. Aumento del monto máximo de la multa

Las multas que puede fijar el juez contra las personas que han cometido actos u omisiones de discriminación arbitraria se modifican, aumentando considerablemente (de un tope de 50 pasó a 500 UTM). El problema no es tanto el aumento, sino la desproporción en relación con el sistema global de multas: dentro del Código Penal (la regla general en la materia), las faltas no exceden de 4 UTM y los crímenes (es decir, la clase de delitos más graves) tienen un máximo de 30 UTM. Existen ciertos casos en que, por especial consideración de la gravedad de la conducta, se castiga una conducta con multas superiores, como ciertas conductas penalizadas por la ley 20.000 (drogas), que llegan hasta las 400 UTM, aunque además suelen ir acompañadas de cárcel. Un sistema en que una conducta menos grave se castiga más severamente es un sistema injusto. Nuestro sistema castiga con más fuerza los delitos contra la propiedad que los delitos contra la vida: es una incoherencia obvia, que surge por castigar con la peor pena al culpable frente a algún caso polémico. Aquí ocurre lo mismo. Lo cierto es que legislar para casos particulares genera injusticias de este tipo. ¿Cualquier acto de diferenciación razonable no demostrado es realmente más grave que un acto de narcotráfico? Esto me parece que no tiene sentido.

6. Indemnización

Establece el proyecto el deber de otorgar una indemnización de perjuicios a la persona afectada por un acto u omisión de discriminación arbitraria. En la actualidad esta posibilidad no existe: quien obtiene una sentencia favorable debe iniciar un nuevo juicio para conseguir la reparación del daño sufrido, que puede ser indemnización de daño emergente, de lucro cesante o daño moral. El proyecto establece un monto mínimo de indemnización de 40 UTM, sin siquiera considerar antes en qué consista el acto discriminatorio y antes de cualquier evaluación de los perjuicios. Esto es contrario a toda justicia: la indemnización no es una pena, no es una cláusula penal, sino que es un modo de restituir lo perdido en el caso concreto (incluso en el caso del daño moral), y depende por ende del mismo caso.

7. Denuncias carentes de fundamento sin sanción

Se propone suprimir la sanción contra el recurrente que es vencido en juicio, argumentando que en la actualidad esto constituye un factor inhibitorio para las personas que son objeto de discriminación arbitraria, al temer verse condenadas a una sanción si accionan judicialmente. Aunque parece muy loable, esto es un evidente incentivo para abusar de la ley, presentando denuncias sin fundamento. Una vez más, es necesario tener presente que no se debe legislar pensando en ciertos casos concretos, o buscando ejemplos de los sujetos a los que se quiere proteger: tienen que pensar que esto será aplicable de forma amplísima a personas de “cualquier condición social”, o que de esta manera se podrían agravar enormemente las famosas ‘funas’... Esto podría hacerlo cualquiera; sin ir más lejos, José Antonio Kast ha ejercido esta acción públicamente más de una vez.

III. CONCLUSIÓN

Todas las críticas que he expuesto no se refieren en ningún sentido a ninguna de las categorías sospechosas, incluyendo las referidas a orientación sexual o identidad de género: se trata de defectos del proyecto que hacen de éste un proyecto irracional e injusto. Pretende ayudar a las minorías, pero la verdad es que este no es el camino, pues se pasan a llevar principios mínimos de racionalidad y justicia que solamente por ceguera ideológica podrían erróneamente estimarse justificados. No es justo establecer penas desproporcionadas, no es racional pretender que un acto de diferenciación o preferencia *razonable* es injusto en sí mismo, no es justo cambiar a priori la carga de la prueba en todos los casos imaginables... En definitiva, no es racional legislar con buenas intenciones, por loables que sean, desprotegiendo los derechos de todos los demás.