

Santiago, 5 de Julio de 2020

Señor
Presidente
Comisión de Derechos Humanos
Nacionalidad y Ciudadanía
H. D. Juan Ignacio Latorre R.
H.Senado de la República
Presente

Honorable señor Presidente:

Agradezco la gentileza de esa H. Comisión de invitarme a dar mi opinión sobre el Proyecto de modificación de la Ley 20.690, de que da cuenta el Boletín 12748-17.

Al efecto, me permito expresar:

La Ley antes mencionada, persigue obtener un fin loable que todos compartimos, como es evitar la discriminación arbitraria. Lo anterior, no obsta a reconocer que la vida de cada cual está conformada por una permanente actividad discriminadora de la que somos, en ocasiones, agentes y, en otras víctimas.

Es que, en una primera aproximación, “discriminar”, no es más que “seleccionar excluyendo” y ello constituye una conducta permanente de todas las personas que elegimos un restaurant y no otro; una marca de cigarrillos y no otra; este taxi y no aquel. A la inversa, somos objeto de discriminación, cuando postulamos a un empleo y se lo dan a otro; cuando nos presentamos a una elección y los votantes eligen a nuestro contendor.

Lo censurable es la arbitrariedad, vale decir, lo que no tiene fundamentos ética, legal y razonablemente admisibles, pero - siendo realistas y admitiendo que la discriminación la ejerce y la sufre, consciente o inadvertidamente, cada ciudadano - la protección legal se

debe dispensar a quienes se ven afectados en derechos esenciales y asegurados por el Ordenamiento Jurídico.

LOS CAMBIOS QUE PROPONE EL PROYECTO

PRIMERA NORMA A MODIFICAR: (ART 2)

Se propone introducir tres modificaciones al artículo 2 de la ley como se indica:

1.- La primera modificación persigue agregar el sustantivo “preferencia” al concepto de discriminación arbitraria.

Ocurre que la norma actual señala que discriminación arbitraria es toda **distinción**, exclusión y ahora se agrega “preferencia”

De acuerdo con el Diccionario, empero, “**preferencia**” es “*primacía, ventaja o mayoría que alguien tiene sobre otra persona*”, y “**distinción**” es “*diferencia por la cual una cosa no es otra o no es semejante a otra*” o bien “*prerrogativa, excepción y honor concedido a alguien...*”

Todavía más “**prerrogativa**” es un “*privilegio, gracia o exención*”

En consecuencia, la reforma es enteramente innecesaria porque no aporta concepto ni idea adicional alguna.

2. La segunda, pide sustituir la conjunción “**y**” por “**o**”.

En consecuencia, se leerá que la discriminación arbitraria es una de las conductas que la norma señala, “***que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o por particulares O (actualmente dice “Y”) que cause privación perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.***”

En la redacción original, la discriminación se sanciona porque ella importa una afectación al ejercicio legítimo de los derechos

fundamentales, en cambio la modificación persigue que se sancione la discriminación, aun cuando los derechos afectados no tengan esa jerarquía, que es la que autoriza la protección constitucional.

Esto significa que si en la fila para comprar entradas al cine, el boleterero me salta y le vende primero un boleto, a un amigo suyo, quien está detrás mío en la fila, conforme al Proyecto, se incurre en una conducta sancionada por la ley.

Este exceso lo impide la ley vigente, porque condiciona la calificación de discriminación arbitraria a la circunstancia de que el comportamiento afecte los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en los Tratados.

El punto consiste en que, en la fundamentación del Proyecto, los autores afirman que él persigue “...**Mejorar la definición de discriminación arbitraria y la referencia a las categorías sospechas AJUSTÁNDOLAS A LO ESTABLECIDO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES...**”

Pero el art 1º de la “**Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia**” dispone *que, para los efectos de esta Convención, se entiende por:*

*1. Discriminación ...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.***

El art 3, declara:

*“.... Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, **de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo...**”.*

En tanto el Artículo 4 afirma:

Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo:

*Cualquier restricción discriminatoria del goce **de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos**, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación.*

En palabras diferentes, la reforma, no solamente no se ajusta al propósito de ajustarse a lo que dispone la “Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia” sino que abre la puerta a un flujo de demandas denunciando hechos que, probablemente, no merecen la consideración jurisdiccional y que contribuirán, no solamente a atiborrar, aún más los tribunales, sino que - por otras disposiciones de cambios que el Proyecto propone - se corre con ellas un alto riesgo de que pudieren alentar indebidos afanes patrimoniales.

3.La tercera modificación.

Se sugiere eliminar el inciso 3º del artículo 2 de la ley, cambio que, en mi concepto, no debe prosperar, por las mismas razones expuestas en el caso anterior.

Este inciso es del siguiente tenor:

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

La eliminación de este inciso cuyo texto se ajusta cabalmente a los términos de la Convención Interamericana, resulta altamente inquietante y no tiene, en mi concepto, justificación alguna.

SEGUNDA NORMA A MODIFICAR: (ART 10)

4. Se propone incorporar un nuevo inciso 3º al art. 10 con estos términos:

“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.”.

No es fácil entender el sentido de la norma que se propone:

Desde luego, puede afirmarse que ella tiene una feble explicación en los desafortunados términos de la ley vigente. Como es sabido, en el proyecto que el entonces Presidente Lagos remitiera al Congreso, el procedimiento propuesto para conocer de estas situaciones era semejante al de las acciones constitucionales y, por ende, su conocimiento se entregaba a las Cortes de Apelaciones. Se explica, de este modo, que el artículo 8 aluda a un “recurrente” – a pesar de que no hay recurso alguno interpuesto - y que exija que se requiera “informe” a la persona a quien se atribuyen los hechos.

Lamentablemente - y con manifiesta distorsión del sistema propuesto por el Ejecutivo - se introdujo una suerte de procedimiento contradictorio, con recepción de la causa a prueba y producción de ésta en la sede judicial

Todavía, la reforma pretende permitir, además, el ejercicio de pretensiones indemnizatorias.

Se explica, a partir de esta mutación relevante, el que se hable luego de “partes”, calidad que se otorga a una persona a quien, meramente, se le pidió un informe...documento que, en consecuencia, deviene en una verdadera contestación de la demanda.

Así las cosas, solo compete el eventual demandado evaluar el contenido de su presentación al tribunal e, incluso, determinar si remitirá tal informe.

Es que no es posible al legislador olvidar que si se establece un sistema sancionador, al eventual afectado no se le puede desconocer **el derecho a guardar silencio**, como reconoce el art 93 letra g) del Código Procesal Penal, y a no colaborar con la imputación en su contra.

La propuesta no puede aprobarse.

TERCERA NORMA A MODIFICAR: (ARTICULO 12)

El Proyecto en estudio propone introducir tres modificaciones al artículo 12 de la ley.

Al analizar estos cambios, no pueden olvidarse las famosas palabras de von Kirchmann en cuanto a que "...sólo tres **palabras del legislador** bastan para destruir bibliotecas enteras"

PRIMERA MODIFICACION:

- i) La primera modificación, aumenta el máximo de la multa que se puede imponer al infractor, de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales, lo que constituye una decisión de la ley que no merece ni admite comentarios.

SEGUNDA MODIFICACIÓN:

- ii) La segunda, sugiere agregar en el inciso 2 del art 12 la frase "... y adicionalmente **ordenará el pago de una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a cuarenta ni superior a doscientas unidades tributarias mensuales.**"

Esta última modificación que se propone, es totalmente contraria Derecho y no puede aprobarse por dos órdenes de consideraciones diferentes:

a) **En primer lugar** cabe recordar que el artículo 20 del Código Civil dispone que *“...Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal...”*

La denuncia es una modalidad propia del derecho infraccional y consiste en poner en conocimiento de la autoridad, usualmente judicial, la comisión de un hecho sancionado o prohibido por la ley. El artículo 174 del Código Procesal Penal, determina que *“...La denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener la identificación del denunciante, el señalamiento de su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él, todo en cuanto le constare al denunciante.*

Este mismo Código, precisando el ámbito al que alcanza la actividad denunciante, agrega, en el artículo 178, que *“...El denunciante no contraerá otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella. **Tampoco adquirirá el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento,** sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponderle en el caso de ser víctima del delito....”*

La terminología también se emplea en campo civil.

Así, a partir del artículo 565 del Código de Procedimiento Civil se trata “De la denuncia de obra nueva “ y, coherentemente con la modalidad de este instituto procesal, el artículo 569 declara que *“...En la sentencia se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o de hacerla demoler”*, sin referencia alguna a indemnizaciones de perjuicios.

Algo semejante ocurre con la denuncia de obra ruinosa regulada a partir del artículo 571 del mismo Código y por la cual *“... se pide la demolición o enmienda de una obra ruinosa o peligrosa, o el afianzamiento o extracción de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia”*

El tema concluye con el artículo 572 que, conclusivamente, establece que *“... Con el mérito de la diligencia ordenada por el artículo precedente, el tribunal en el acto citará a las partes a oír sentencia, la que deberá dictar de inmediato o en el plazo de los tres días subsiguientes, sea denegando lo pedido por el querellante, sea decretando la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción a que haya lugar...”*, vale decir, obviamente, sin la menor referencia a la regulación de perjuicios.

De todo lo anterior, queda en evidencia que en el Derecho nacional, las indemnizaciones de perjuicios se piden a través de una **demanda**: quien denuncia – a pesar de que en la ley 20.690 se olvida – **no es parte en la causa** ni hace valer en ella pretensiones.

En consecuencia, no resulta posible que, como consecuencia de un acto de estas características, una mera denuncia, el juez fije montos de perjuicios.

Si por una simple denuncia, no es posible acoger una pretensión resarcitoria, muchísimo menos posible resulta - desde el punto de vista legal y constitucional – que el tribunal condene - de oficio – al pago de una indemnización de perjuicios.

Todavía más: puesto que el denunciante no puede, en un libelo de esas condiciones, interponer acción indemnizatoria, no habrá rendido prueba para acreditar sus daños y, desde que el juez solamente pudo fijar como materia de la prueba, los hechos que las partes hayan controvertido, los eventuales perjuicios no se habrán podido probar....

b) **En segundo lugar**, cabe precisar que se trata de una norma manifiestamente inconstitucional: la ley puede fijar el mínimo y el máximo de las multas. Es materia de su competencia.

En cambio, la pretensión de determinar mínimos o máximos a que deban ascender las indemnización de perjuicios, constituye una flagrante vulneración del artículo 76 de la Carta Política, conforme al cual “.... *La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*”

El monto que se debe pagar por los perjuicios inferidos lo determina el juez – si los ha dado por establecidos - en función de la ponderación de la prueba requerida.

Pretender que la ley fije el mínimo a que deba ascender una indemnización, por perjuicios que una persona haya inferido a otra, no representa sino un intento del legislador de asumir – así no más sea, parcialmente - el conocimiento de una contienda entre partes y de fallarla o resolverla, lo que le está constitucionalmente vedado.

TERCERA MODIFICACION:

c) Finalmente, se propone eliminar el inciso final del artículo 12, que establece que si la denuncia **carece de todo fundamento**, al “recurrente” (sin duda quiso la ley decir “denunciante”) se le aplica una multa de 2 a 20 unidades tributarias mensuales.

Es difícil compartir el criterio que inspira la modificación: se entiende, a primera vista, que se persigue que los denunciantes no dejen de accionar por temor a la sanción, pero si se repara en que el castigo patrimonial se aplica - no cuando la denuncia se desestima - sino **cuando ella carece de todo fundamento**, entonces la eliminación no parece razonable.

Un régimen de derecho impone deberes y obligaciones y cada cual debe asumir su responsabilidad por sus propios actos.

Hay que reparar, por ejemplo, en el daño que puede inferir a la imagen de una persona, a la que se le acuse de discriminar a otro por temas

raciales, políticos, religiosos o de identidad sexual. ¿Cómo se repara el perjuicio ocasionado?

¿Cómo olvidar que entre nosotros, según se ha escrito,

“... Toda persona injusta o falsamente acusada de un delito, merece la reparación del daño causado por esa falsedad. En ocasiones el responsable será el Estado y la reparación se obtendrá a través de una Indemnización por Error Judicial, por Falta de Servicio del propio Estado o sus agentes, etc.

*Si la denuncia o querella es realizada dolosamente por alguien que se autoposicionó en el rol de víctima directa del delito falso, ella podrá responder no solo con una indemnización de perjuicios civil, sino que, en ciertos casos, **también penalmente a través del delito de “denuncia o acusación calumniosa”, ya establecida en el Código Penal desde su versión original de 1875...”**...?*

La justificación de que la existencia de una multa para el evento de que la denuncia careciere **DE TODO FUNDAMENTO**, pudiese disuadir a los afectados de interponer la denuncia es inaceptable, desde que nadie puede pretender que sus comportamientos completamente vulneradores del orden jurídico, queden impunes.

El cambio que se propone, además, representa una injustificada desconfianza en los jueces nacionales, que son los llamados a determinar si, efectivamente, la denuncia carece de todo fundamento.

Por lo anterior, estimo que el cambio no puede aceptarse.

Es cuanto puedo informar a esa H.Comisión, de conformidad a lo que se me ha solicitado

Saluda atentamente al H Sr.Presidente.

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS

Profesor Emérito de Derecho Procesal

Universidad de Valparaíso