

Minuta

Profesor Tomás Vial Solar¹

8 de junio de 2020

Minuta sobre proyecto de ley presentado por los Honorables Senadores señor Insulza, señora Muñoz y señores Elizalde, Guillier y Latorre, que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (**Boletín N° 12.748-17**).

Esta minuta primero señala cuales son las modificaciones principales a la ley actual que consideramos imprescindibles, para luego comentar el proyecto de ley bajo discusión.

1. Observaciones críticas a la Ley 20.609.

1.1. Deber genérico del Estado del artículo 1°.

El artículo 1° de la ley impone a los órganos de la Administración del Estado el deber de elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Al respecto, podemos hacer las siguientes observaciones:

- i. Primero, es una referencia que se aplica sólo a los órganos de la Administración del Estado, dejando entonces fuera de su alcance, por ejemplo, el funcionamiento interno de los demás órganos del Estado, como lo son el Poder Judicial, el Congreso o el Ministerio Público. Este deber debiera ser impuesto a todos los órganos del Estado. Por cierto, adaptado a las particulares competencias de cada uno de ellos.
- ii. Segundo, es ciertamente una obligación en extremo genérica, que no precisa cómo se construirá esa política, quién la revisará, quién participará en su elaboración, etc.
- iii. Tercero, es una obligación que carece de plazos de creación, implementación y revisión.
- iv. Cuarto, el deber que se impone es el de asegurar el goce de los derechos, no el de eliminar las prácticas discriminatorias. Esto puede parecer un juego semántico, pero no lo es pues el objetivo, ya extraordinariamente amplio, de asegurar los derechos, no permite reconocer en forma concreta el problema que presenta la discriminación, en particular cuando ésta es de una naturaleza estructural.

¹Abogado, LL.M. International Human Rights Law, Doctor en Derecho, profesor de derecho constitucional Universidad Andres Bello y UDP.

1.2. Categorías y conceptos de discriminación.

Tal como lo he señalado, junto a otros autores, previamente en el *Informe Anual de Derechos Humanos* 2013 (Coddou y otros, 2013), la ley es pobre en cuanto a incluir los diversos tipos de discriminación que contiene el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Chile.

Por ello se recomienda introducir en la ley, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos vigente y obligatorio para Chile, las categorías de discriminación directa, indirecta, múltiple o agravada, de facto y de jure, estructural e histórica.

Hay que observar que estos conceptos no son ajenos a nuestro derecho nacional. Así, por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional chileno ha recogido varios de ellos en la sentencia Rol 1710, del 6 de agosto del 2010, sobre Isapres:

CENTESIMOCUARTO: Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como “conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad”, precisando que “la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación”. Por su parte, “la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo, en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra.” (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11).

1.3. Medidas especiales temporales (o medidas afirmativas).

Otra omisión importante es que la Ley 20.609 no contiene la autorización, exigida por el derecho internacional de los DDHH, de dictar medidas especiales temporales (llamadas a veces medidas afirmativas) a fin de remediar las situaciones de discriminación estructural (Coddou y otros 2013; INDH 2012: 111).

Estas medidas están claramente permitidas, y, en algunos casos, exigidas por derecho internacional de los derechos humanos, incluidas en tratados vigentes en Chile. Así, para dar solo algunos ejemplos:

- a. Convención internacional contra todas las formas de discriminación racial (art. 1.4);
- b. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra de la mujer (art. 4.1),
- c. Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con diversidad funcional (discapacidad) (art. 5 y 27).

Así, en la primera, en su artículo 1.4, se señala:

4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los

derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado, en su Opinión Consultiva 18/03, del 17 de septiembre del 2003², que la adopción de medidas positivas es una obligación en los casos que eso sea necesario para revertir situaciones de discriminatorias en perjuicio de un grupo de personas.

Este tipo de disposiciones son claramente exigibles cuando estamos en presencia de discriminaciones sistémicas. Estas están definidas, como lo ha dicho el Comité DESC, en su Observación General 20:

“Discriminación sistémica:

12. El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.”

Y las acciones especiales (afirmativas) están ya claramente recogidas en nuestro derecho nacional y aceptadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ejemplo de lo primero son:

- a. Ley 18.700, LOC, Elecciones Populares, artículo 3 bis, inciso quinto.³
- b. Ley 18.603, LOC de partidos políticos, artículo 23, inciso quinto.
- c. Ley 21.216, del 25 de marzo del 2020, que instituyó un proceso paritario para el caso de elección de convención constitucional o convención mixta.

También en la Ley de la Discapacidad. En efecto, el artículo 7° de la Ley N° 20.422, que Establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, dispone:

“Artículo 7°.- Se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social.”

Lo mismo en la ley 21.015, sobre inclusión de las personas con discapacidad en el mundo laboral, del 15 de junio del 2017. Ella establece, entre otras cosas, que los organismos públicos y las empresas con 100 o más trabajadores y trabajadoras deberán contratar al menos el 1% de personas con discapacidad.

Y en el caso del Tribunal Constitucional, expresamente en la Sentencia Rol 2777, de fecha 30 de marzo del 2015, resolviendo un requerimiento en contra del proyecto de ley que sustituía el sistema electoral binominal por un sistema electoral de carácter proporcional (Boletín N° 9326-07), acepta las cuotas en materia de primarias (ver considerandos 26 en adelante).

² Opinión consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, parr. 104.

³ Actual 4 del dfl 2, de 2017, que establece texto refundido de ley.

1.4. Excepciones al principio de no discriminación arbitraria.

La ley, en el artículo 2, inciso 3º, señala 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 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

Esta norma no posee correlato en el derecho internacional de los derechos humanos ni tampoco en la legislación comparada sobre discriminación. Adicionalmente, o permite una exclusión a priori del principio de no discriminación, lo que es impermissible, o simplemente, por exigir que solo un ejercicio legítimo de uno de esos derechos permite la excepción, devuelve al juez a la obligación de realizar un estudio de razonabilidad, lo que ya está exigido cuando se señala que hay discriminación si esta es una diferencia arbitraria. Por lo que la “excepción” es, en realidad, inútil.

Por lo tanto, se recomienda eliminar toda referencia a que en ciertos casos puede haber discriminaciones arbitrarias legítimas en función del ejercicio de otros derechos (Coddou y otros 2013: 307; INDH 2012: 112).

1.5. Introducir definiciones de términos.

La ley, en su artículo 2º emplea los términos 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 orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Varios de estos términos no poseen correlato en nuestro derecho interno o son nuevos en el mismo. A fin de facilitar la aplicación de la ley a los jueces parece conveniente introducir las definiciones establecidas por los órganos y tribunales internacionales, así como también realizar un esfuerzo para precisar lo demás términos que contiene la ley, recogiendo la práctica y normativa del derecho internacional de los derechos humanos (Coddou y otros, 2013).

1.6. Establecer un concepto autónomo de discriminación.

Como el profesor Juan Díaz de Valdés hace notar, la ley exige, que para que haya discriminación, que exista una diferencia injusta y, además, afectación de otro derecho, cuando, por ejemplo, en el recuso de protección la acción puede ser interpuesta directamente por infracción a la igualdad (Díaz de Valdés, 2013: 243).

Además, el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Chile contiene también la prohibición de la discriminación independiente de si hay afectación de otros derechos, como, por ejemplo, lo hace el artículo 26 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ello se recomienda reformular el concepto de discriminación de forma tal de hacerlo autónomo de la afectación de otro derecho.

1.7. Modificaciones de carácter procesal.

La ley contiene en su título II la acción de antidiscriminación. Es conveniente, para una más efectiva protección del derecho a no ser discriminado, introducir las siguientes modificaciones:

a. Introducir una norma similar al artículo 493, del Código del Trabajo, que modifica la carga de la prueba de la tutela laboral.

Dada la histórica dificultad de quien es víctima de un acto de discriminación de probar que ha habido una, porque habitualmente solo conoce sus circunstancias personales y no los patrones de trato de quien realizó el acto u omisión, parece imprescindible, a fin de fortalecer la acción, que se introduzca una especie de carga de prueba (o de argumentación como han señalado algunos) en el juicio, a semejanza de la que contiene hoy el proceso de tutela laboral:

Artículo 493.- Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Hay que señalar que la inversión de argumentación o prueba por parte de quien ha realizado el acto es algo ya reconocido y demandado por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, Corte Interamericana, caso Atala con Chile, párrafo 124, se señala:

Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.

La Corte, en las notas esa disposición (omitidas acá), hace además referencia a una larga lista de fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos que establecen el cambio de carga probatoria y la obligación del demandado por un acto discriminatorio, ya sea un particular o el Estado, de justificar la distinción o trato diferenciador.

En la misma línea se encuentra la DIRECTIVA 97/80/CE DEL CONSEJO de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, señala:

Artículo 4

Carga de la prueba

1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u

otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

b. Indemnización a las partes afectadas.

En caso de sentencia favorable las partes afectadas, si se estiman han sufrido perjuicio, deben demandar la correspondiente indemnización en otro proceso. Parece conveniente que puedan hacerlo en el mismo proceso de antidiscriminación.

1.8. Necesidad de un órgano ejecutor de la ley.

Tal como lo hemos señalado en nuestro *Informe Anual de Derechos Humanos 2013* nos parece imprescindible estudiar y legislar sobre la institucionalidad más apropiada para cumplir la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación. Sin ella la ley, como se ha demostrado en los tres años de vigencia, carece de efectivo poder sancionador y transformador de prácticas discriminatorias.

Este órgano, de acuerdo a los estándares internacionales y las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos debiera poseer, a lo menos, las siguientes características: a) independencia y pluralidad; b) autonomía presupuestaria; c) capacidad de generar estudios; d) facultades de procesar y recibir denuncias y realizar denuncias y acciones judiciales; e) facultad de proponer políticas, planes de acción y medidas legislativas, entre otras (Coddou y Vial, 2013)

2. Observaciones al proyecto de ley.

Es de gran importancia que se proponga una revisión de los numerosos aspectos de la ley que son deficitarios, como se ha visto. En ese sentido estimamos muy favorablemente la presentación de la moción, así como de la mayor parte de los aspectos propuestos.

2.1 Puntos que estimamos favorables.

a) Modificar el propósito de la ley. Se considera imprescindible esto a fin de ir a hacia una normativa que efectivamente elimine la discriminación.

b) Mejorar la definición de discriminación arbitraria y la referencia a las categorías sospechas ajustándolas a lo establecido en los tratados internacionales.

Los cambios propuestos se consideran adecuados, en vista de lo indicado en punto 1 de esta minuta. Pero ellos deben ser complementados con las diversas categorías de discriminación reconocidas en el derecho internacional y en especial con la necesidad de medidas especiales temporales

c) Suprimir la excepción al principio de no discriminación establecido en el inciso final del artículo segundo.

Sin duda que ellos es también requerido fin de evitar confusiones interpretativas.

d) Inversión de la carga de la prueba aportando indicios suficientes de la existencia de una acción u omisión de discriminación arbitraria.

Como se indico en el número 1.7 letra a) de esta minuta esta modificación es esencial para darle real posibilidad de éxito a una demanda por discriminación.

e) Aumento del monto máximo de la multa que puede fijar el juez contra las personas que han cometido actos u omisiones de discriminación arbitraria.

Se apoya esta medida a fin de dar efectivo poder disuasivo a la ley.

f) Establecimiento del deber del juez de otorgar una indemnización de perjuicios a la persona afectada por un acto u omisión de discriminación arbitraria.

Esto también se considera positivo, pues elimina la barrera de tener que iniciar un segundo juicio para pedir la compensación al daño sufrido.

g) Suprimir la sanción contra el recurrente que es vencido en juicio

Esto también es actualmente un disuasivo injustificado para poder demandar.

Fuentes

Díaz, de Valdés, José Manuel, “La primera sentencia Ley Antidiscriminación: Zapata y de la fuente con Sociedad Comercial Marín Limitada”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n° 3, octubre 2013.

Coddou, Alberto, Judith Schönsteiner, Tomás Vial, “La Ley Antidiscriminación en Chile: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile” en *Informe de Derechos Humanos 2013*, Universidad Diego Portales (2013).

Coddou, Alberto y Tomas Vial, “Estándares y criterios para la creación de un órgano antidiscriminación en Chile: desafíos pendientes y opciones institucionales”, en *Anuario de Derecho Público*, 2013.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile* años 2012, 2013.