

**Minuta Para la Comisión de Derechos Humanos del H. Senado de la República  
Sobre el Proyecto de Ley que Modifica y Fortalece la Ley N° 20.609, que Establece  
Medidas Contra la Discriminación (Boletín N° 12.748-17, el “Proyecto”)**

*José Manuel Díaz de Valdés J.<sup>1</sup>*

**Agosto 2020**

**I. Introducción**

Agradezco la invitación de la Comisión de DDHH del Senado, y aprovecho de felicitar la iniciativa de corregir la “Ley Zamudio”, la cual, desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio, es muy deficiente.

En términos generales, me parece que el Proyecto avanza en la dirección correcta. Sin embargo, entiendo que se me ha invitado para ayudar en el perfeccionamiento del Proyecto, por lo que me focalizaré en sus problemas.

Dado lo breve del tiempo, me centraré en algunos de los puntos que me parece más importante aclarar, sin perjuicio de entregar una breve minuta de mi exposición. Primero me referiré a problemas que están en el contenido del proyecto, y luego a cuestiones que se echan en falta, terminado con unas reflexiones finales.

**II. Crítica General**

Me parece una reforma parcial e insuficiente, que aborda sólo algunos de los problemas detectados en la Ley Zamudio, priorizando las modificaciones a la acción procesal anti-discriminación por sobre las reformas dogmáticas o sustantivas a la ley.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Magíster en Derecho, Universidades de Harvard, Cambridge y PUC. Director Centro de Justicia Constitucional, UDD. Profesor de Derecho Constitucional UDD y PUC.

### **III. Comentarios Específicos a Aspectos Problemáticos del Actual Proyecto**

#### **1. Inclusión de “preferencia”**

Me parece innecesario y confuso. Bastaría con “distinción”, que es el corazón de toda discriminación. Que tal diferencia cause una restricción o exclusión no es esencial para que haya discriminación.

La discriminación arbitraria comprende tanto el trato mejor como el peor, cuando son irracionales. En nuestro derecho constitucional, a la primera se la denomina simplemente discriminación, mientras que la segunda es un “privilegio” (artículo 19 N°2 de la Constitución).

Recomendación: no realizar este cambio, o al menos utilizar la expresión “privilegio”.

#### **2. Discriminación “autónoma”**

Esta modificación es esencial, ya que la ley actual es un retroceso respecto a la Constitución, que sí protege a la igualdad y la no discriminación como un derecho autónomo.

Sin embargo, la forma propuesta para realizar esta modificación carece de sentido. Al cambiar “y” por “o”, se crean dos hipótesis de discriminación arbitraria. La primera es la distinción sin justificación razonable. La segunda sería toda distinción que afecte derechos. Esto es absurdo. Lo esencial de la discriminación es su falta de justificación.

El problema conceptual de fondo es que el articulado actual recoge la concepción de igualdad de derechos, que para estos efectos es limitativa, conjugándola con el lenguaje propio del recurso de protección. El híbrido resultante es deficiente.

Recomendación: eliminar completamente la segunda hipótesis. La primera hipótesis, así liberada de la necesidad de acreditar un daño a otro derecho, permite la protección de la igualdad y no discriminación como un derecho autónomo, sin confusiones.

### **3. Categorías sospechosas**

Uno de los principales problemas de la ley actual es su confusa aproximación a las categorías sospechosas. La doctrina ha señalado que existirían hasta 5 formas de entender esta materia en la ley.

Para que existan verdaderas categorías sospechosas, se requeriría que la ley les otorgue un efecto concreto, por ejemplo, subir el estándar de convencimiento del juez de que la distinción impugnada no es arbitraria. Sin embargo, tanto la ley actual como el Proyecto guardan silencio al respecto.

Más aún, se cambia “en particular” por “en especial”. Las expresiones son completamente equivalentes, por lo que no se vislumbra cómo este cambio podría ayudar a aclarar la situación actual.

Y para mayor confusión, se agrega “cualquier otra condición social” al listado de categorías, para aclarar que no se trata de un listado taxativo. El problema es que, para que las categorías sospechosas funcionen como tales, deben ser pocas. Si son tantas como en la ley actual, cubriendo de esa forma virtualmente todos los casos de discriminación imaginables, no se entiende cuál sería la “especialidad” de tales categorías. Si toda discriminación es reconducible a una de estas categorías, entonces estas no pueden ser especialmente sospechosas de discriminación.

Finalmente, la solución propuesta no se hace cargo del problema que surge cuando los jueces, equivocadamente, rechazan la acción antidiscriminación porque efectivamente no encuentran alguna de estas categorías en el caso en cuestión.

Recomendación: o se aclara en el texto legal que estas categorías constituyen meros ejemplos no exhaustivos de discriminación, o se reduce el listado y se les otorga a estas categorías un efecto concreto (e.g., subir el nivel de exigencia que el juez utilizará para analizar la racionalidad de la medida).

#### **4. Prueba / Indicios**

No cabe duda que la dificultad de prueba es uno de los principales problemas de la ley actual. La prueba indicial podría ayudar, pero carezco del conocimiento procesal suficiente para evaluar esta solución.

Sin embargo, una medida que ayudaría a solucionar un error de común ocurrencia en la práctica judicial, sería aclarar que los hechos que se prueban se refieren a la diferencia de trato, no a la discriminación arbitraria en sí. La “arbitrariedad” es una calificación jurídica que corresponde al juez a la luz de la prueba rendida.

El demandante debiera acreditar la diferencia de trato, pero quién normalmente explica la existencia de una razón para tal diferencia es el demandado. El juez también debe gozar de suficiente autonomía para determinar si tal razón es necesaria y suficiente.

Finalmente, la prueba en discriminación va unida a otros elementos, y es importante considerar entre ellos que:

- No debe ser necesario probar una “intención discriminatoria” para acreditar la existencia de discriminación. Lo contrario llevaría a restringir en exceso la acción de no discriminación (e.g., exigiría que toda discriminación fuera consciente y deliberada).
- La discriminación indirecta es particularmente difícil de probar, lo que exigiría una regulación especial.

- Un relajamiento de los estándares probatorios podría ser incompatible con la inclusión de una indemnización de perjuicios.

Recomendación: aclarar que el hecho a probar es la diferencia de trato y nunca exigir prueba de la intención de quién discrimina.

## **5. Proporcionalidad**

La proporcionalidad es un método que nace para evaluar medidas administrativas a la luz de los derechos fundamentales, posteriormente utilizada en casos de conflictos entre tales derechos. Se trata de un estándar de evaluación distinto a la racionalidad, que es la base de la definición constitucional, jurisdiccional y del artículo 1 de la Ley Zamudio. En consecuencia, incorporar aquí la proporcionalidad sólo produce confusión, al sobreponer dos estándares distintos.

Recomendación: sustituir proporcionalidad por racionalidad.

## **6. Indemnización de Perjuicios**

En principio, no me parece mezclar temas de DDFP con indemnizaciones de perjuicios, especialmente en este caso porque podría desincentivar la conciliación/mediación/avenimiento (o fomentarlos por razones equivocadas), soluciones que debiera privilegiarse en estos conflictos.

Me parece más conveniente permitir al juez adoptar medidas de reparación en general, tales como disculpas públicas, adopción de protocolos por los condenados para no reincidir, etc.

De insistirse en la indemnización de perjuicios, cabría tener los siguientes cuidados:

- Analizar si sería conveniente crear tramitación incidental especial para la indemnización de perjuicios.

- Considerar que el daño normalmente será de naturaleza moral, para lo cual sería conveniente consultar a abogados civilistas en cuanto al estado de la cuestión en Chile, para así adoptar la mejor estructura procesal.
- Vinculación a la discusión sobre normas probatorias.

Recomendación: no incluir indemnización de perjuicios, sino tal vez como una última ratio que no opaque o dificulte soluciones como la conciliación. Ampliar las facultades reparatorias de juez.

#### **IV. Algunas Materias Adicionales de Debiera Considerar el Proyecto**

Considero que nada de lo anterior mejorará notoriamente la utilización o el éxito de la Ley Zamudio en el combate a la discriminación. Lo más probable es que el Recurso de Protección continuará siendo más efectivo en esta materia.

Sin embargo, el gran aporte que puede hacer esta ley es en dogmática anti-discriminatoria, incluyendo nociones fundamentales que permitan a los jueces enfrentar los problemas antidiscriminación. Se sugiere incluir los siguientes conceptos.

##### **1. Acomodación Razonable**

La acomodación consiste en la adaptación o relajación de ciertas reglas de carácter general, de forma de permitir la inclusión de personas que de otra forma quedarían excluidas, e.g. turnos laborales por convicciones religiosas.

La acomodación es una gran herramienta que facilita la inclusión mediante arreglos voluntarios entre las partes involucradas. Se evita así plantear un conflicto por discriminación, el cual no sólo supone resultados suma-cero (una parte gana y la otra pierde), sino que evita el enrarecimiento y daño de las relaciones humanas involucradas.

Recomendación: incluir y promover fuertemente la acomodación como mecanismo idóneo para resolver muchos problemas de discriminación.

## **2. Discriminación Indirecta**

La discriminación indirecta “*prohíbe prácticas que formalmente se aplican a todos pero que tienen el efecto de afectar negativamente a individuos pertenecientes a ciertos grupos protegidos, a menos que pueda demostrarse que tales prácticas pueden ser objetivamente justificadas por un fin legítimo que es perseguido por medios apropiados y necesarios*”<sup>2</sup>.

La discriminación indirecta afecta personas en cuanto miembros de ciertos grupos, y es más difícil de reconocer que la discriminación directa. Su prueba es difícil, y los jueces pueden ser reacios a identificarla y sancionarla. Sin embargo, la consagración legislativa permitiría otorgarles una base fundamental para poder utilizar esta categoría.

Recomendación: incluir el concepto de discriminación indirecta.

## **3. Multidiscriminación**

La multidiscriminación es aquella que sufre una persona que pertenece simultáneamente a más de un grupo desaventajado. Por ejemplo, una mujer inmigrante discapacitada.

Esta discriminación es especialmente difícil de combatir, ya que normalmente las políticas anti-discriminación se centran en un solo factor (como el sexo o la etnia) y no son capaces de lidiar adecuadamente con la multidiscriminación.

Recomendación: incluir el concepto de la multidiscriminación, ordenando a los órganos estatales su priorización.

---

<sup>2</sup> MCCRUDDEN y PRECHAL (2009), p. 35. Traducción propia.

#### **4. Conciliación obligatoria**

Debe tenerse presente que muchos conflictos por discriminación se dan en el contexto de relaciones importantes para los participantes, tales como el trabajo, la vida escolar, etc. En tales situaciones, un litigio puede dañar las relaciones en forma severa y permanente, sin que tampoco se obtengan los resultados realmente esperados por la persona discriminada (seguir trabajando en la empresa, conseguir la promoción, continuar en el colegio, etc.).

Recomendación: establecer un procedimiento serio de conciliación obligatoria (diferente al trámite formal actual), realizada por personas entrenadas, en un marco procedimental que asegure herramientas y tiempo suficientes para incentivar la búsqueda de acuerdos.

#### **V. Observaciones finales**

Algunos criterios relevantes para una norma general antidiscriminación son los siguientes:

- Debe ser capaz de comprender la realidad de distintos grupos discriminados. La discriminación no funciona igual respecto de todos los grupos: su combate y los problemas que causa son variados.
- Conciencia de las limitaciones de la ley y de la litigación para cambiar conductas anti-discriminatorias. Esto incentiva medidas de promoción y de solución que no sean suma-cero, como la acomodación.
- Importancia de la priorización, especialmente en favor de grupos multidiscriminados y de las discriminaciones más intensas existentes en el país.
- Irreemplazabilidad del rol del juez, lo que se relaciona a la importancia del contexto y del juicio práctico de razonabilidad de cada distinción.

- “Talón de Aquiles”: conflictos de derechos entre privados. No debe haber jerarquía en esta materia, sino el máximo respeto posible a todos los derechos involucrados.