



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

**MINUTA AL PROYECTO QUE MODIFICA LA LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN
(BOLETÍN Nº 3815-07)**

Lidia Casas Becerra

Doctora en Derecho, Universidad de Ottawa; Directora del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales

1. El alcance histórico de la ley 20.069 y el sentido de la propuesta

El proyecto de ley bajo comento busca mejorar algunos aspectos identificados como problemáticos en la interpretación y aplicación de ley 20.069 conocida como Ley Zamudio.

Las leyes son herramientas normativas que tienen como propósito alcanzar ciertos fines, en este caso sancionar y prevenir la discriminación. Aquello que ingresa en la “norma” está precedido de un conjunto de discursos, valoraciones sociales y apreciaciones jurídicas y también sobre los derechos e intereses que están en juego al momento de adoptar una regla.

Vale recordar que la ley antidiscriminación fue largamente debatida -y resistida- precisamente porque buscaba otorgar protección explícita a un grupo de personas cuya orientación sexual o identidad quiebra con los parámetros heteronormativos. La especificación de motivos discriminatorios alude precisamente a la identificación de grupos de personas que por adscripción o pertenencia han sido históricamente marginados o subordinados de un orden social y normativo. Es decir, es la conducta reprochada de excluir, menoscabar o limitar el ejercicio de derechos se vincula la existencia de prejuicios y estereotipos respecto de ciertos grupos, prejuicios que dañan y refuerzan la condición de subordinación a ciertos grupos de personas. Así están las minorías sexuales, las personas en situación de discapacidad, los pueblos originarios, y las mujeres en virtud de los prejuicios de género son grupos, que son infravalorados y que experimentan tratos humillantes, o distinciones que menoscaban su dignidad como personas.

El derecho antidiscriminatorio busca encontrar remedios procesales para sancionar aquellas conductas arraigadas que vulneran la dignidad de las personas. Es decir, es un instrumento limitado, al menos en los términos regulados en Chile, porque busca responder a casos puntuales, y no a la discriminación estructural que subyace a estas conductas. Chile no cuenta con una institucionalidad integral en la promoción y protección de los derechos humanos, si bien existe el Instituto Nacional de Derechos Humanos, su competencia en el ámbito del litigio está restringida a

aquellos actos que sean constitutivos de tratos crueles, inhumanos o degradantes que fueran constitutivos de tortura. A su vez, la Subsecretaría de Derechos Humanos tiene a su cargo desarrollar políticas públicas y programáticas para el Estado que promuevan los derechos humanos, la Defensoría de la Niñez en lo relativo a la infancia y el propio Ministerio de la Mujer y Equidad de Género respecto de las mujeres. Sin embargo, ninguna de ellas lleva a cabo una labor que comprenda todas las formas de discriminación o que pueda iniciar acciones en términos amplios o colectiva ante conductas discriminatorias. Por ello, la importancia de perfeccionar los instrumentos normativos con que se cuentan debiendo contextualizar también sus limitaciones. En este sentido, el litigio responde a las necesidades de una persona afectada, y por lo mismo las respuestas son igualmente limitadas.

El derecho puede y hace distinciones, la pregunta ya sea si la norma, o las prácticas, tienen a su base ciertas preconcepciones de las personas que le impiden a otros ejercer sus derechos producto de una minusvaloración.

La forma tradicional de entender la discriminación en Chile, en especial por los tribunales, ha sido estrictamente formal, es decir en la medida en que la conducta –distinción- encuentra un sustento formal, los tribunales establecerán que la distinción no es arbitraria o caprichosa.

En este sentido, ilustra bien este formalismo en la decisión de la Corte de Apelaciones de La Serena y que ratifica la Corte Suprema en el caso de la estudiante Mónica Carabantes a quien se le canceló su matrícula del establecimiento educacional privado en 1997 por su condición de embarazo siendo adolescente estando soltera. La Corte adujo que la cancelación de la matrícula estaba prevista en el reglamento interno como una falta a la moral. Es decir, la Corte sólo encuentra un texto que avala la adopción de la medida, pero no lo que subyace a ésta, la discriminación que se produce en los establecimientos escolares en contra de estudiantes embarazadas. El caso fue denunciado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde Chile alcanzó un acuerdo amistoso.¹

Los trabajos desarrollados por profesor Fernando Muñoz de la Universidad Austral, y los propios, sólo por dar un ejemplo, dan cuenta que aún se mantienen miradas formales sobre la igualdad, que no atienden a la situación de subordinación de ciertos grupos.²

La ley en tanto objeto de regulación y modelación de la conducta humana cobra vida y eficacia a través de la materialización de actuaciones judiciales. A través de sus resultados es posible evaluar sus logros y déficits. Los números muestran que la aspiración de sancionar la discriminación en Chile a través de la ley ha tenido pobres resultados, de allí la pregunta es si esta modificación permitiría resolver algunos de los escollos que enfrentan las personas. Consideramos que las

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Carabantes vs. Chile”, petición 12.046, 12 de marzo de 2002.

² Fernando Muñoz, “Reflexiones sobre la construcción conceptual del derecho antidiscriminación”, en *La discriminación en la legislación social chilena*, Pablo Arellano, ed. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018, pp. 137-155.

propuestas serán un avance, pero por una cuestión institucionalidad estamos aún lejos de poder atender a las cuestiones más de fondo.

1. Definición de discriminación

La ley sigue una definición que busca ser comprensiva de distintas situaciones. Su formulación podría ser más simple, siguiendo aquellas que se han adoptado en tratados internacionales de derechos humanos, y como lo hace la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que hace alusión a que la discriminación sea por un acto directo o por resultado.³

De mantenerse la definición de discriminación listando una serie de motivos sospechosos, sugiero incluir la expresión discriminación de género, una conceptualización más amplia, pues la ley alude al sexo y describe por cierto otras situaciones que constituyen discriminación de género, tales como por el embarazo, lactancia, amamantamiento, pero que no se agotan allí. De la misma manera y siguiendo la Convención Americana se sugiere incluir entre las categorías sospechosas “y cualquier otra condición social”.

Una de las debilidades de la ley es que, a priori, establece que ante la colisión de ciertos derechos la distinción o trato no sea considerado un trato discriminatorio. La repuesta a si la conducta resulta discriminatoria se hace a partir de un test que debe realizar el tribunal ante el caso concreto, debiendo evaluar el contexto y la forma en que se habría producido el acto discriminatorio. La amplia justificación de esta disposición avala la discriminación por motivos prohibidos en diversos ámbitos como el educacional, en el desarrollo de actividades comerciales entre otras. Por ejemplo, la posibilidad de solo contratar o atender solo a cierto grupo de personas, como podrían ser varones o mujeres en atención a la libertad de desarrollar una actividad económica puede encontrar asidero en el art. 19 Nº 21 sin evaluar las razones, en concreto y la razonabilidad de las mismas. De la misma manera, el derecho a la libertad de conciencia o credo del artículo 19 Nº6 y su relación con los cuerpos intermedios como lo ha expuesto una decisión del Tribunal Constitucional en relación con la Ley 21.030.

La formulación de la definición de discriminación y qué se considera no discriminación termina socavando el estatuto general anti-discriminación, por lo cual el inciso tercero del actual artículo 2 debe ser suprimido. De mantenerse esta disposición debe buscarse una formulación en que la

³ Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y 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 de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

distinción, restricción o exclusión esté justificada como una medida imprescindible, no exista una medida menos gravosa y ella no sea producto ni resulte en prejuicios y estereotipos.

2. La carga probatoria

La ley descansa sobre un estatuto de civil de carga de la prueba, es decir recae en el demandante probar los hechos que invoca. La naturaleza de la discriminación y las formas en que ésta se manifiesta son muchas veces sutiles, rara vez, la persona discriminada tendrá un elemento de prueba directa de la experiencia sufrida. La restricción de ingreso a un establecimiento comercial rara vez se indicará que esta tiene a su base un motivo discriminatorio, no existirá un documento, o una notificación al público general. Así los justiciables tendrán la tarea de contar con medios probatorios, que en ausencia de testigos, no es fácil obtener. El éxito en la causa del 20 Juzgado Civil, Zapata contra Motel Marín, a mi juicio descansa sobre la presencia de testigos que pudieron dar cuenta del trato a las dos mujeres que solicitaban una habitación en el motel.

La incorporación de un nuevo inciso al actual artículo 10 respecto de los “indicios suficientes”⁴ es valiosa y permite a las personas afectadas contar con una herramienta procesal, ya utilizada en el derecho; en la tutela de protección de derechos fundamentales en materia laboral, y que no reduce la carga de la prueba para probar un hecho lesivo sino que traslada al demandado la obligación de explicar las razones de su conducta o decisión.

En materia de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que en caso de actos violentos como la tortura, el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas para alcanzar la verdad y establecer si hay o no motivos discriminatorios a la base de la violencia que experimentó el denunciante:

“196. [...] Esta obligación implica que cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia por motivos discriminatorios, el Estado debe hacer lo que sea razonable de acuerdo con las circunstancias, en aras de recolectar y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia motivada por discriminación. La falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios, puede constituir en sí misma una forma de discriminación, contraria a la prohibición establecida en el artículo 1.1 de la Convención.”⁵ [referencias omitidas]

⁴ “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.”.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, sentencia 12 de marzo de 2020, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

En este caso, la Corte da un paso más señalando que quienes investigan “deben diseñar métodos para identificar indicios de si la violencia sexual y tortura fue cometida con base en prejuicios hacia las orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género no normativas.”⁶

Así los indicios son herramientas procesales importantes para la indagación de actos lesivos, que sin ellos, las investigaciones penales u otras se vuelven ejercicios meramente formales. En este sentido, el deber de debida diligencia que impone el derecho internacional de los derechos humanos establece con claridad que no basta con la existencia de una norma o un remedio procesal sino que ésta sea idónea y que la actuación de quienes investigan o juzgan, no sea simplemente el cumplimiento de una cadena de actos rituales que no conducirán a mayores resultados.

Si la prueba indiciaria es además un elemento importante en juicios penales, en este caso no es la atribución de una condena sino, que habiéndolos, la demandada deba concurrir a dar razones de su conducta.

Santiago, 10 de agosto 2020

⁶ Ibid. párr. 244.