

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA Y FORTALECE LA LEY N° 20.609, QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.

Boletín N° 12.748-17

I. ORIGEN Y TRAMITACIÓN DEL PROYECTO

El proyecto, iniciado en Moción de los Senadores Insulza, Muñoz, Elizalde, Guillier y Latorre fue ingresado el día 3 de julio del año 2019 y se encuentra actualmente en estudio por la Comisión de Derechos Humanos del Senado.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

La moción en estudio señala que, desde la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, su aplicación ha sido escasa, siendo “un mecanismo poco efectivo para erradicar los actos y omisiones de discriminación arbitraria”¹. Así, el proyecto cita un estudio elaborado por la Fundación Iguales en el año 2018, en el que se señala que “desde la entrada en vigencia y hasta el 31 de diciembre de 2017, se ingresaron 319 demandas de las cuales solo 90 tienen sentencia. De estas últimas, 24 (27%) dicen relación a discapacidad, 15 (17%) a enfermedad, 11 (12%) a diversidad sexual —6 de ellas a orientación sexual y 5 a identidad de género—, 10 a ideología u opinión política y 30 (33%) se dividen en temas variados como nacionalidad (1), situación socioeconómica (1), sexo (2), estado civil (1) y apariencia (3), entre otras”².

Bajo este supuesto, y considerando las cifras sobre discriminación en nuestro país, los autores del proyecto argumentan que existen una serie de desincentivos a accionar en la ley, los que se pretenden subsanar por medio de este proyecto de ley.

¹ Boletín N° 12.748-17

² Valentina Pozo, *Discapacidad, enfermedad, orientación sexual e identidad de género y opinión política concentran el mayor número de sentencias por ley antidiscriminación*, Fundación Iguales, 12 de julio de 2018, disponible en <http://bit.ly/2NVt9a>

III. CONTENIDO DEL PROYECTO

El proyecto consta de un **artículo único** que introduce una serie de modificaciones a la Ley Nº 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

En primer lugar, modifica el **Art. 1º** para incorporar como propósito de la ley *“prevenir la discriminación arbitraria, promover y garantizar el principio de igualdad”*.

En segundo lugar, introduce una serie de modificaciones al **Art. 2º**, el cual define la discriminación arbitraria como *“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 y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”*.

Así, el proyecto agrega a las acciones que constituyen discriminación, la *“preferencia”* en razón de las categorías que la ley establece. A continuación, modifica el vocablo *“y”* por *“o”* en la frase *“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”*, de manera que los requisitos pasan de ser copulativos a alternativos. En esa misma frase, reemplaza la expresión *“en particular”* por *“en especial”* antes de enumerar las categorías que la ley comprende como motivos de discriminación arbitraria. El proyecto también agrega como otra categoría de discriminación *“cualquier otra condición social”*, de manera que se amplía el catálogo de las mismas, permitiendo configurar más conductas como discriminación arbitraria.

El proyecto elimina el inciso 3º de este artículo que señala *“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”.

En tercer lugar, el proyecto modifica el **Art. 10** del proyecto, referido a los medios de prueba que se admiten. Dicho artículo señala que *“Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.*

El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.

El proyecto agrega un nuevo inciso 3º del siguiente tenor: *“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”.* De esta forma, el proyecto invierte la carga de la prueba, imponiéndosela a la parte demandada.

En cuarto lugar, el proyecto modifica el **Art. 12** referido a la sentencia y sus requisitos, aumentando el monto máximo de la multa de 50 a 500 UTM, e incorpora la obligación del tribunal de ordenar el pago de una indemnización de perjuicios, la que no podrá ser inferior a 40 ni superior a 200 UTM.

Finalmente, se suprime el inciso tercero de este artículo, el cual establece que *“Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal”.*

IV. COMENTARIOS

La igualdad en y ante la ley consisten en garantías básicas de todo Estado de Derecho, por cuanto significan un reconocimiento de la dignidad inherente de todo ser humano, sin distinción. La doctrina constitucional la trata con especial importancia, por cuanto se estima que ésta se irradia a los demás derechos fundamentales, permitiendo a todas las personas su ejercicio legítimo, sin ser sujetos de distinciones o discriminaciones caprichosas y carentes de fundamentos. Es por lo

anterior, que la Constitución Política de la República consagra este como un derecho fundamental en términos categóricos, señalando que “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados” y prohibiendo a la ley y a la autoridad establecer diferencias arbitrarias.

Este es un derecho reconocido además en múltiples instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otras.

El constitucionalista José Luis Cea Egaña define como arbitrario “el acto o proceder contrario a la justicia o a la razón, infundado o desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado. El capricho, la inquina o el favoritismo es el móvil de tal conducta y, como tal, inconciliable con la lógica y la racionalidad que siempre han de caracterizar al Derecho”³. A contrario sensu, es posible concluir que nuestro ordenamiento jurídico o constitucional no apunta hacia el igualitarismo, sino que a una isonomía racional, en virtud de la cual todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias o condiciones sean tratadas de la misma forma, admitiéndose distinciones legítimas cuando éstas se encuentren debidamente justificadas.

La Corte Suprema recoge y reafirma estos planteamientos, señalando que “(...) por *discriminación arbitraria* ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias”⁴.

Como correlato práctico de lo anterior, la Constitución otorga a la igualdad ante la ley y el derecho a no sufrir discriminaciones arbitrarias un resguardo especial mediante la acción de protección. Cabe

³ Cea (2012): Derecho Constitucional Chileno, Tomo II.

⁴ Considerando 4º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 12 de julio de 1991, reproducida en LXXXVIII **Revista de Derecho y Jurisprudencia** 2ª P., S. V, p. 182.

destacar el carácter desformalizado de esta acción, la cual no cuenta con grandes restricciones ni formalidades para ser interpuesta, promoviendo el acceso a la justicia sin obstáculos para quienes sufren una situación tan grave como lo es la vulneración de un derecho fundamental.

La Ley Nº 20.609 viene a actuar como complemento al ordenamiento constitucional, estableciendo una acción específica, con un procedimiento propio para hacer frente a las situaciones de discriminación arbitraria. Sin embargo, los autores del proyecto estiman que esta acción no ha sido eficaz al cumplir su cometido, por lo que proponen las modificaciones que ya se detallaron.

Sobre estas modificaciones, resulta pertinente hacer ciertos comentarios.

En primer lugar, el cambio en el propósito de la ley sí cumple un rol importante en su fortalecimiento, por cuanto explicita dentro de sus objetivos la prevención de la discriminación arbitraria, así como la garantía del principio de igualdad. Esto adquiere especial relevancia en relación al inciso 2º del Artículo 1º, el cual consagra el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

Esto implica un cambio fundamental en el foco de la normativa, de manera tal que se le da prioridad a un criterio de prevención, antes que a la sanción de conductas discriminatorias. Ese es un objetivo hacia el cual se debe avanzar, de manera tal que se produzcan cada vez menos situaciones de discriminación que sea necesario sancionar.

En segundo lugar, sobre los cambios al Artículo 2º del proyecto, es necesario hacer algunas precisiones. El término de “preferencia” utilizado como causal de discriminación es un concepto sumamente indeterminado, que no se encuentra asentado en la jurisprudencia nacional, a diferencia del concepto de discriminación arbitraria que se ha uniformado en los tribunales de justicia a propósito del recurso de protección. Esto tendría como consecuencia que existan líneas jurisprudenciales contradictorias en los tribunales ordinarios, por lo que sería conveniente mantener la redacción actual de esta frase. Además, el hecho de establecer preferencias, en concreto, podría incluso subsumirse dentro del término de distinción, por cuanto implica necesariamente una diferenciación de una persona en desmedro de otra.

En este mismo artículo, el cambio de la expresión “y” por “o” no es menor, ya que amplía el ámbito de aplicación de esta acción especial a dos hipótesis: por un lado que exista una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, sin necesidad de que tenga algún efecto determinado; y por otro, que dicha discriminación arbitraria tenga como efecto la 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.

El hecho de que se incorpore la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales no es casual, sino que responde a un criterio de gravedad que el legislador le asigna a las conductas sancionadas. Considerando que esta ley, además de ordenar la cesación del acto discriminatorio o la realización de la acción omitida **establece sanciones para quien incurra en estas conductas**, la exclusión de la vulneración de derechos fundamentales como requisito de procedencia de la acción le quita la debida proporcionalidad a la misma.

Llevando esto aún más lejos, al dar tal laxitud a la norma, se podría llegar al extremo de que surjan problemas de inadmisibilidad de la acción. Hoy, el Art. 6º de la ley señala las causales de inadmisibilidad de la acción, siendo uno de ellos que ésta carezca de fundamentos (literal d). Frente a este nivel de flexibilización de la norma – que tendrá como consecuencia una mayor judicialización – los criterios para determinar la admisibilidad de estas acciones serán más estrictos. De esta forma, al efectuar el análisis de admisibilidad, se estará imponiendo un filtro mayor a estas acciones, incluso conduciendo al juez a prejuzgar si los fundamentos otorgados por el recurrente son suficientes para justificar su acción y la aplicación de este procedimiento.

Es por ello que en situaciones de discriminación arbitraria, sin que necesariamente se produzca la vulneración de otro derecho fundamental, y lo que se pretende es la cesación del acto discriminatorio, resulta más conveniente y eficaz la interposición de una acción de protección por vulneración del Art. 19 Nº 2 de la Constitución.

La modificación a las llamadas “categorías sospechosas” mediante el cambio de la expresión “en particular” por “en especial” y la incorporación de “cualquier otra condición social” cambian radicalmente el sentido de la enumeración que hace este artículo, convirtiendo estas categorías en meros ejemplos de discriminación. Primero, cabe precisar que la expresión “en particular”, según

su sentido natural y obvio, no entrega un carácter de taxatividad a las categorías señaladas, sino que implica que éstas son aquellas por las cuales es más común que ocurran situaciones de discriminación. Con esto, en cierta forma, se constriñe al juez a dar mayor consideración a estas categorías para determinar si existe o no un acto u omisión discriminatorios, lo que no ocurriría si esas categorías se enuncian de manera meramente ejemplificatoria. De esta forma, la modificación podría generar un efecto contrario a aquel que se busca, debilitando las categorías ya existentes por considerarlas meros ejemplos al momento de aplicar la ley.

El inciso tercero de este artículo – que el proyecto propone suprimir – es una norma fundamental para diferenciar cuándo nos enfrentamos a una discriminación arbitraria y cuándo a una mera distinción legítima. Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia han sido tajantes en señalar que nuestro ordenamiento prohíbe las discriminaciones arbitrarias, pero no por ello debe entenderse que impide todo tipo de distinción.

La Corte Suprema ha señalado: *“La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, **por lo que es natural que en una serie de ámbitos la ley puede hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional.**”*⁵

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago también se ha pronunciado en esta línea: *“La igualdad ante la ley no impide que ésta pueda contemplar circunstancias especiales para ciertos sectores de la ciudadanía y otorgar tratamientos diferentes a los que disfrutaban otros que se encuentran en situación jurídica distinta, siempre que la norma jurídica tenga un carácter general para el sector o grupo de ciudadanos o personas a que se refiere y no parezca que se haya dictado con el fin de perjudicar o favorecer a una persona determinada”*⁶.

⁵ Considerando 14º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 15 de junio de 1985, reproducida en LXXXV **Revista de Derecho y Jurisprudencia** 2ª P., S. V, p. 106.

⁶ Considerando 5º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 29 de abril de 1988 (Rol N° 106-88).

El inciso al que se refiere el proyecto adopta los resguardos suficientes, por cuando habla del “ejercicio **legítimo**” de los derechos que allí se enumeran, impidiendo que se disfrace una discriminación arbitraria bajo pretexto de un abuso de estos derechos. Además, la calificación de estas circunstancias corresponderá siempre al juez de la causa, entregando la ley simplemente el imperativo de hacer el análisis de las mismas.

En tercer lugar, la modificación del Artículo 10 también merece de un profundo análisis. La tendencia internacional en materia de discriminación arbitraria ha sido la de “invertir” la carga de la prueba en estas causas, poniendo en tela de juicio el principio general en virtud del cual quien alegue un hecho deberá probarlo. Esto también ha sido planteado por una línea de la doctrina procesal, que establece el concepto de la “carga dinámica de la prueba”, es decir trasladar la verificación de los hechos en razón de la situación favorable en la cual se halla la parte para acreditar la realidad de los mismos, por cuanto dispone de los medios y argumentos que resultan aptos para demostrarlos. Cabe señalar que esta no es una postura pacífica, por cuanto se podría entender que consiste en un prejuzgamiento de los hechos constatados en la acción deducida, previo al periodo probatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, comprendiendo que en muchos casos quienes sufren de discriminación se encuentran en una situación desventajosa al momento de probar la ocurrencia de la misma, la flexibilización de la carga de la prueba no puede tener como consecuencia la indefensión del recurrido. Por lo anterior, resulta necesario que la norma propuesta por el proyecto de ley establezca requisitos estrictos al momento de determinar cuándo se entiende que existen indicios suficientes para llevar a cabo esta excepción en materia de prueba. Además, existen ciertos aspectos de carácter procesal que es necesario analizar.

En materia procesal es necesario considerar la oportunidad en que esta inversión debe tener lugar. Al ser una excepción a la regla general en materia de prueba correspondería que esto quedara de manifiesto en la resolución que recibe la causa a prueba, es decir, antes de iniciado el periodo probatorio. Esta sería la única forma en que el recurrido podría defenderse ya sea reponiendo en contra de esta resolución, o bien, rindiendo prueba en contrario. Es necesario que este aspecto se explicita, de manera que el recurrido no quede en indefensión.

A propósito de los recursos que proceden en contra de la resolución que recibe la causa a prueba también surgen problemas de índole práctico. La ley señala que contra esta resolución procede recurso de reposición, con apelación en subsidio y que la apelación se concede en el solo efecto devolutivo. Esto significa que, mientras no se resuelve la apelación, el procedimiento seguirá su curso. Considerando, a modo ejemplar, que en la Corte de Apelaciones de Santiago existe una demora aproximada de 10 meses a un año en resolver los recursos que no gozan de preferencia en la tabla, es probable que transcurra todo el periodo probatorio y se dicte sentencia sin que se haya resuelto la apelación contra la interlocutoria de prueba. Por lo anterior, si el recurrido apela, en la vista de la causa se tendrá que conocer de dos apelaciones: una por la sentencia y otra por la inversión de la carga de la prueba.

Como solución a este problema se puede plantear que las apelaciones en este procedimiento se concedan en ambos efectos, y que se agreguen con preferencia a la tabla de las Cortes de Apelaciones, lo que en la práctica puede llevar a que los alegatos se desarrollen en pocos días o semanas.

Otro aspecto a considerar son los requisitos para considerar los indicios como suficientes. Una alternativa, concordante con las normas procesales civiles, sería tomar la normativa relativa a las presunciones judiciales. Así, el Código Civil, en su Art. 1712 señala que éstas deberán ser **graves, precisas y concordantes**. El Código de Procedimiento Civil es más laxo en este sentido, señalando que una presunción judicial podrá constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de **gravedad y precisión suficientes** para formar su convencimiento. De esta forma, se elimina la arbitrariedad del tribunal al momento de valorar las pruebas aportadas en el juicio.

Se debe ser extremadamente delicado con la implementación de este tipo de normas, por cuanto la ley ya es bastante flexible al regular la prueba en este procedimiento. Así, se admiten todos los medios de prueba obtenidos lícitamente, que se hubieren ofrecido de forma oportuna y que sean aptos para producir fe; y se señala que el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Cabe recordar que la sana crítica le da un gran campo de flexibilidad al juez, por cuanto debe resolver de conformidad a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines.

Para finalizar, se analizarán dos aspectos fundamentales de las modificaciones al Artículo 12. En primer lugar, la obligación de establecer una indemnización de perjuicios rompe con la lógica del

derecho de daños en materia civil, además de generar problemas de índole procesal. Para que una indemnización de perjuicios sea procedente, es necesario que se acredite un daño, ya sea patrimonial o moral. Dado que la ley no comprende dentro de sus requisitos, ni en el periodo probatorio un trámite que dé lugar a comprobar la ocurrencia de estos perjuicios, la indemnización por los mismos se hace improcedente, pudiendo incluso configurarse una hipótesis de enriquecimiento sin causa por parte del recurrente. Esto se debe a que el proyecto establece la procedencia de esta indemnización de manera obligatoria para el tribunal, independiente de si se ocasionaron perjuicios o no. Adicionalmente, cabe recordar que la fijación del monto de los perjuicios corresponde de manera exclusiva al juez, de conformidad a lo solicitado por las partes en la demanda, de manera que no es procedente incorporar esta figura en la ley.

Desde el punto de vista procesal, esta norma establece a priori el vicio de *“ultra petita”*, es decir que el tribunal concede más de lo pedido por las partes. Al no establecerse como un requisito de la acción el señalar los perjuicios ocasionados y no exigirse su prueba, el tribunal se estaría pronunciando sobre aspectos que exceden de la competencia conferida por las partes, y como consecuencia, la sentencia sería objeto de un recurso de casación en la forma (Art. 768 N° 4º del Código de Procedimiento Civil).

Si lo que se quiere es facilitar la acción de indemnización de perjuicios, se podría replicar el procedimiento establecido en la Ley N° 20.169 que regula la competencia desleal, que permite ejercer conjuntamente las acciones de cesación del acto de competencia desleal, la declaratoria del mismo **y la acción de indemnización de perjuicios de conformidad las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.** De esta forma se admite, en un único procedimiento, el ejercicio de ambas acciones, respetando la normativa propia de cada una de ellas.

Otro aspecto a considerar es el inciso tercero de este artículo, que el proyecto propone eliminar. Efectivamente esta multa a beneficio fiscal constituye un desincentivo para intentar la acción, además de innovar radicalmente en materia procesal. No obstante, su eliminación tampoco es aconsejable, por cuanto debe existir un justo equilibrio entre el acceso a la justicia y la disuación de un litigante que pone en movimiento el aparato jurisdiccional sin motivos suficientes. Es por ello que esta norma debiese adecuarse a la normativa procesal relativa a las costas (Título XIV del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil).