

Proyecto de ley, iniciado en moción de 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.

I. ANTECEDENTES GENERALES

Luego de 7 largos años de tramitación legislativa, el día 24 de julio de 2012 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

Dicho acontecimiento se vio acelerado luego de que en marzo del año 2012 se produjera la trágica muerte de Daniel Zamudio, hecho que provocó la condena de la comunidad LGTBI y de la comunidad internacional debido a que este horrible asesinato, motivado por sentimientos homófobos, se vinculó a los déficits en materia de políticas públicas dirigidas a producir un cambio social en relación al respeto de la diversidad sexual y a su desprotección legal.

No obstante el contexto social que empujó la aprobación de la ley N° 20.609, dicha norma no solo protege a las personas pertenecientes a grupos LGTBI, al consagrar como características o categorías objeto de protección a la orientación sexual y la identidad de género, sino que también tiene por finalidad proteger a otros grupos desaventajados o minorías sociales con características diversas. De esta forma la ley busca proteger de manera amplia a la sociedad de los actos u omisiones que puedan constituir discriminación arbitraria.

El avance significativo que significó la aprobación y entrada en vigencia de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, no agota los esfuerzos sociales y políticos que se deben seguir desplegando para avanzar en la erradicación de la discriminación y en la garantía del principio de igualdad.

A casi 7 años de la vigencia de la ley, esta se ha mostrado como un mecanismo aun poco efectivo para erradicar los actos y omisiones de discriminación arbitraria.

Un estudio elaborado por Fundación Iguales, dado a conocer en julio de 2018, da cuenta de la escasa aplicación práctica de la acción judicial consagrada en la ley. A partir de cifras obtenidas del Poder Judicial, el estudio muestra 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 otras¹.

Cualquier persona, viendo los datos antes expuestos, podría considerar que la escasez de causas ingresadas al sistema judicial da cuenta de que la discriminación es un fenómeno poco extendido en el país. Pero lo cierto es que algunos estudios de opinión muestran que la realidad es diferente.

A modo de ejemplo, la “Primera Consulta Ciudadana sobre la Discriminación en Chile” realizada el año 2013 por el Ministerio Secretaría General de Gobierno muestra que el 31% de los encuestados responde que ha discriminado a alguien; el 52% de los consultados se ha sentido discriminado; mostrando además que la apariencia personal destaca como el principal móvil de discriminación entre quienes dicen haber discriminado y quienes se han sentido discriminados; y ubicando a los espacios públicos (54%), entre los que se encuentran las calles, plazas o parques, como los lugares de mayor recurrencia de acontecimiento de actos de discriminación entre quienes dicen haberlo hecho, seguidos de los establecimientos educacionales (31%); y ubicando entre quienes declaran haber sido discriminados, al momento de búsqueda de empleo o al lugar de trabajo como el espacio de mayor ocurrencia de discriminación (46%) seguido de los establecimientos educacionales (36%), entre otros datos².

¹ 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/2NViT9a>

² Ministerio Secretaría General de Gobierno, *Primera Consulta Ciudadana sobre la Discriminación en Chile*, Octubre de 2013, disponible en http://decs.pjud.cl/documentos/descargas/ppt_resultados_primer_consulta_ciudadana_sobre_la_discriminacion_en_chile.pdf

Más recientemente, el Instituto Nacional de Derechos Humanos elaboró un informe denominado “Manifestaciones de Discriminación racial en Chile: un estudio de percepciones”, para el cual se realizó un estudio durante el mes de septiembre de 2017, el cual da cuenta de una situación de percepción del racismo y la discriminación en el país³.

Los datos muestran que ante la existencia del fenómeno de la discriminación, se requiere mejorar los mecanismos para su erradicación. En este sentido, la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, ha presentado problemas de configuración desde su dictación los cuales han sido destacados por la academia y la sociedad civil.

Uno de los principales déficits de la legislación nacional es la inexistencia de un ente u órgano encargado de analizar, estudiar y promover medidas antidiscriminación. La legislación actual prescinde de una institucionalidad entregando a los tribunales de justicia el conocimiento de eventuales acciones u omisiones constitutivas de discriminación arbitraria, a través de un recurso judicial. La experiencia comparada muestra que, en cambio, otros países han optado por desarrollar una institucionalidad nacional antidiscriminación, entre los que se encuentran Alemania, Francia, Países Bajos, Reino Unido y Bolivia. Para continuar avanzando en la erradicación de la discriminación se requiere que el Ejecutivo despliegue mayores esfuerzos en el fortalecimiento de nuestra institucionalidad.

II. FUNDAMENTOS Y CONTENIDOS DEL PROYECTO DE LEY

Este proyecto de ley tiene por objeto introducir modificaciones a la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, para fortalecer la prevención de la discriminación, y promover y garantizar de mejor manera el principio de igualdad,

³ INDH, *Informe Anual de la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, 2017, pp. 13-32, disponible en https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/12/01_Informe-Anual-2017.pdf

dotando de mayor eficacia a la acción de no discriminación arbitraria que consagra la ley.

Con esta finalidad, se propone realizar una serie de modificaciones a la ley actualmente vigente, las cuales apuntan a:

a) Modificar el propósito de la ley. En este aspecto se propone agregar a los propósitos de la ley la función de prevenir la discriminación arbitraria, y promover y garantizar el principio de igualdad, sumando estos al mecanismo judicial ya instaurado por la ley.

b) Mejorar la definición de discriminación arbitraria y la referencia a las categorías sospechas ajustándolas a lo establecido en los tratados internacionales. Se propone modificar la definición en los siguientes aspectos:

- Modificar el concepto legal de discriminación arbitraria agregando la categoría “preferencia”, a las ya consagradas por la ley, presente en la definición adoptada por el artículo primero de la “Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia” de la Organización de Estados Americanos, firmada por Chile el 22 de octubre de 2015.

- Modificar la definición legal contemplando que la discriminación arbitraria se considere como una ofensa autónoma, sin requerir que adicionalmente se vulnere el ejercicio de otros derechos constitucionales. De esta manera se contemplarían al menos dos hipótesis de discriminación arbitraria.

- Modificar la referencia a las categorías sospechosas, cambiando la expresión que actualmente contempla la ley para hacer el enlace entre la definición de discriminación arbitraria y las categorías sospechosas. De esta forma se propone cambiar la expresión “en particular” por la frase “en especial”, de manera de salvar las ambigüedades interpretativas que actualmente produce la redacción de la ley, entendiéndose entonces que hay discriminación arbitraria de manera singular cuando se establecen diferenciaciones fundadas en alguna de las categorías sospechosas enunciadas en la norma, exigiendo en tal caso una argumentación de mayor estándar a

la persona que, tomando en consideración alguna de las características protegidas, realiza diferencias de trato.

- Agregar la referencia a “cualquier otra condición social” en las categorías sospechosas, al igual que lo hace el artículo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera de no dar espacio para interpretar que el listado de características protegidas es taxativo y dando espacio para la protección conforme a la evolución de los tiempos.

c) Suprimir la excepción al principio de no discriminación establecido en el inciso final del artículo segundo. De esta manera se elimina uno de los déficits de la ley más destacados por la academia y la sociedad civil, que establece una consideración de razonabilidad *a priori* de las distinciones, exclusiones, preferencias o restricciones que, no obstante haberse basados en las categorías sospechosas que establece la ley, se amparan en el ejercicio de otro derecho constitucional.

d) Inversión de la carga de la prueba aportando indicios suficientes de la existencia de una acción u omisión de discriminación arbitraria. Se propone incorporar un nuevo inciso tercero al artículo décimo de la ley para consagrar un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, emulando a lo establecido en el artículo 493 del Código del Trabajo. Esta técnica se utiliza comúnmente en las legislaciones antidiscriminación de otros países, e incluso en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales del Código del Trabajo chileno, justificado en las dificultades probatorias que presentan los denunciantes de discriminación debido a las complejas formas en que se presentan los actos u omisiones discriminatorias. La ausencia de un mecanismo de estas características ha sido identificado, por la academia y la sociedad civil, como un factor de inhibición para recurrir a los tribunales.

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. De esta forma se busca generar un mecanismo de prevención de la discriminación al configurarse esta multa como un elemento disuasorio.

f) Establecimiento del deber del juez de otorgar una indemnización de perjuicios a la persona afectada por un acto u omisión de discriminación arbitraria. En la actualidad esta posibilidad no existe y quien obtiene una sentencia favorable debe iniciar un nuevo juicio para conseguir la reparación del daño sufrido. En este sentido se propone que el juez, en la misma sentencia que establece la existencia de discriminación arbitraria, ordene el pago de una indemnización que va entre las 40 y las 200 UTM, adicional a las demás medidas que la ley prescribe adoptar.

g) Suprimir la sanción contra el recurrente que es vencido en juicio. Se propone eliminar el inciso tercero del artículo duodécimo de la ley, que en la actualidad se constituye como un factor inhibitorio para las personas que son objeto de discriminación arbitraria, al temer verse condenados a una sanción si accionan judicialmente.

En virtud de los antecedentes y fundamentos antes expuestos, se somete a consideración del Congreso Nacional el siguiente proyecto de ley:

ARTÍCULO ÚNICO. – Modifícase la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, en los siguientes términos:

1) Modifícase el artículo 1° de la siguiente forma:

a) Agrégase a continuación de la expresión “fundamental” la frase “prevenir la discriminación arbitraria, promover y garantizar el principio de igualdad, así como”.

2) Modifícase el artículo 2° de la siguiente forma:

a) Agrégase en el inciso primero a continuación de la expresión “exclusión” y la coma (,) la expresión “preferencia”.

b) Sustitúyase en el inciso primero a continuación de la expresión particulares,” la conjunción “y” por “o”.

c) Sustitúyase en el inciso primero la expresión “en particular” por la frase “en especial”.

d) Sustitúyase en el inciso primero, a continuación de la expresión “apariencia personal”, la conjunción “y” por una coma (,).

e) Agrégase en el inciso primero a continuación de la expresión “discapacidad” la frase “o cualquier otra condición social.”.

f) Suprímase el inciso tercero.

3) Modifícase el artículo 10° de la siguiente forma:

a) Incorpórase el siguiente inciso tercero nuevo:

“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.”.

4) Modifícase el artículo 12° de la siguiente forma:

a) Sustitúyase en el inciso segundo la expresión “cincuenta” por la expresión “quinientas”.

b) Agrégase en el inciso segundo a continuación de la expresión “discriminatorio” y antes del punto aparte (.), 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.”.

c) Suprímase el inciso tercero.