

¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?

José Manuel Díaz de Valdés J.*

Doctor© Universidad de Oxford,
Máster Universidad de Harvard,
Máster Universidad de Cambridge,
Magíster en Derecho Público y Licenciado en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile.

RESUMEN: el artículo critica la llamada “Ley Zamudio”, cuestionando su calidad de ley general antidiscriminación. Se afirma que se trata de una ley extremadamente limitada, técnicamente defectuosa, de difícil interpretación, que omite el tratamiento de materias fundamentales del derecho antidiscriminatorio, y que se vincula fuertemente a solo un grupo discriminado. Adicionalmente, se contrasta esta ley con la normativa constitucional antidiscriminación, concluyendo que la primera brinda una protección inferior a la segunda.

I. Introducción

El 12 de julio de 2012, después de siete años de tramitación parlamentaria, se promulgó la Ley 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación (la “Ley Zamudio” o la “Ley”), la que fue presentada ante la opinión pública como la piedra angular de una nueva etapa en la lucha contra la discriminación.

La Ley, sin embargo, no puede calificarse en propiedad como una ley general antidiscriminación. Si bien cumple funciones simbólicas y hasta “pedagógicas”,¹ visibilizando el reconocimiento estatal de la diversidad y reforzando el reproche jurídico en contra de las conductas discriminatorias, la Ley adolece de importantes falencias. La más evidente de aquellas es su escaso contenido de derecho antidiscriminatorio sustantivo, al cual se dedican sólo los dos primeros artículos de la Ley.

* Agradezco los comentarios de los profesores Camila Boettiger P., Sergio Verdugo R. e Ignacio Covarrubias C., así como la colaboración de mi ayudante de investigación, señorita Beatriz Vergara M.

¹ COUSO (2012) p. 197.

Este artículo de opinión pretende identificar las principales razones por las cuales no corresponde considerar a la Ley como una norma general antidiscriminación. Para ello reflexiona acerca de las imperfecciones más evidentes del Título I (que no obstante su extrema brevedad, contiene la escasa dogmática antidiscriminatoria presente en la Ley), para luego mencionar brevemente algunos de los contenidos que la Ley debió haber tratado. A continuación, se analiza la relación especial de esta ley con uno de los grupos discriminados (minorías sexuales), para finalizar con las conclusiones correspondientes.

II. Imperfecciones Técnicas de la Ley Zamudio

1. Definición deficiente de discriminación arbitraria

El artículo 2° de la Ley presenta tres incisos. El primero señala lo siguiente:

“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 orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”

Este inciso presenta dos objetivos fundamentales: define discriminación arbitraria y crea “categorías sospechosas”. En relación al primer objetivo, la Ley incorpora una definición de discriminación arbitraria bastante curiosa, indicando un conjunto de conductas (distinciones, exclusiones y restricciones) que podrían constituir discriminación. Según el Mensaje,² las distinciones son “diferencias en base a alguna particularidad, las exclusiones “se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa”, y las restricciones son “reducciones a menores límites”. El Mensaje agregaba originalmente las “preferencias”, entendidas como “ventajas que se conceden a una persona sobre otra”. Si bien la intención del legislador pareciera ser la loable extensión del concepto de discriminación arbitraria a distintas hipótesis, hubiese sido preferible mantener la simpleza que en esta materia otorgan los conceptos de “distinción arbitraria” o “diferencia-

² Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 8.

ción arbitraria”, los cuales ya cuentan con sustento y desarrollo jurisprudencial.³ Más aún, desde la perspectiva puramente lógica, las categorías adicionales (exclusión, restricción, y también la eliminada preferencia), corresponden a la intención o a las consecuencias que puede presentar una distinción. En otras palabras, el concepto de “distinción” es el género en el cual se pueden subsumir las demás clases en cuanto especies del mismo. Adicionalmente, la creación de diversas categorías puede ser una fuente de problemas de calificación jurídica, tanto para las partes como para el juez. En síntesis, en esta ocasión menos es más: hubiera bastado con utilizar sólo la palabra “distinción”.

Una segunda curiosidad es la utilización del lenguaje del recurso de protección (artículo 20 de la Constitución Política de la República, en adelante la “Constitución”), en cuanto a que el acto discriminatorio debe ser capaz de provocar privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de derechos fundamentales. A primera vista esta innovación podría considerarse positiva en cuanto permite recoger la experiencia ya desarrollada en materia de amparo de derechos fundamentales vía recurso de protección, al menos en cuanto al tipo de conductas vulneradoras de tales derechos. Sin embargo, existe aquí un problema de fondo: la Ley vincula el concepto de no discriminación a la vulneración de otro derecho. Es decir, un acto discriminatorio sólo es impugnabile como tal si *adicionalmente* vulnera, por ejemplo, el derecho a la propiedad o el derecho a la libertad religiosa. Esta restricción, si bien existe en algunos sistemas jurídicos (e.g., Convención Europea de Derechos Humanos),⁴ no es satisfactoria por cuanto no permite sancionar actos discriminatorios que no afectan derechos adicionales. Si bien en la mayoría de los casos es posible formular un problema de discriminación como la afectación simultánea de otro derecho, no siempre es así, o la vinculación con ese derecho adicional es muy indirecta. Así, por ejemplo, si el Estado decide otorgar instrucción militar sólo a los jóvenes colorines, ello es un acto discriminatorio que no vulnera, al menos directamente, algún derecho adicional (a menos que se invoque, algo rebuscadamente, la integridad psíquica de los excluidos, su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, etc.). Desde otro punto de vista, al exigir la vulneración de un derecho adicional a la no discriminación, la infracción de este último se hace irrelevante, toda vez que la reclamación podría fundamentarse exclusivamente en el derecho adicional en cuestión.

Podría argumentarse que la no discriminación está recogida en diversos derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución (e.g., no discriminación en materia económica, igualdad ante las cargas públicas), y que la invocación

³ E.g. Tribunal Constitucional (2009) Rol N°1204; (2010) Rol N°1469; (2009) Rol N°1254; (1995) Rol N°219; (2010) Rol N°1448; (2009) Rol N°1340.

⁴ Si bien el Protocolo N°12 de Convención Europea de Derechos Humanos, en vigor desde el 2005, corrige en parte esta situación al añadir al listado original de derechos de la Convención la prohibición general de discriminación en el goce de cualquier derecho previsto por la ley.

de tales derechos “adicionales” podría bastar para los efectos de la definición de discriminación de la Ley. Esta solución, sin embargo, presenta dos problemas. El primero es que no toda discriminación queda cubierta por esos derechos “sectoriales”: sólo el artículo 19 N°2 es suficientemente genérico para otorgar una protección adecuada. El segundo es que se presenta el absurdo de que la infracción a la prohibición general de discriminación no basta por sí sola para generar discriminación para la Ley, pero sí lo haría la vulneración de una prohibición específica de discriminación. Ante dicho contrasentido, no sería de extrañar que algún juez rechace la invocación de tales prohibiciones específicas (e.g., artículo 19 N°22) como “derecho adicional” para los efectos de satisfacer la definición de discriminación arbitraria contenida en el artículo 2°. Ello por cuanto, más allá de los formalismos, aquellas prohibiciones no son sino aspectos particulares de la prohibición general de discriminación.

Ahora bien, es importante destacar que la opción que hace la Ley de exigir más que la sola vulneración al derecho a no ser discriminado no es coincidente con el texto constitucional, toda vez que limita el derecho a la igualdad ante la ley (o en la ley) consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución. En efecto, esta norma no concibe a la igualdad y la no discriminación como un derecho “dependiente” o “adosado” a otro derecho, sino como un derecho en sí. Más aún, el artículo 20, al tratar el recurso de protección, enumera expresamente al artículo 19 N°2 como uno de los derechos amparables mediante esta acción constitucional, sin necesidad de invocar para ello la vulneración de otro derecho. En otras palabras, se produce el sinsentido que si bien la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación han merecido la protección constitucional en forma autónoma, su protección legal a través de la Ley requiere la invocación adicional de la infracción a otro derecho.

Las consecuencias de esta falta de coherencia entre el texto constitucional y la Ley son inciertas. Una posibilidad es considerar la Ley derechamente inconstitucional por limitar injustificadamente la protección constitucional del artículo 19 N°2. La otra opción es reconocer a la Ley como un sistema de protección antidiscriminación paralelo al constitucional, más acotado y de menor jerarquía. De esta forma, dicha ley complementaría la norma constitucional, sin pretensión de reflejarla fielmente, ni tampoco de interpretarla,⁵ por lo cual no existiría un vicio de constitucionalidad. Esta alternativa, sin embargo, deja en evidencia la mala técnica legislativa utilizada en la Ley, cuya utilidad se ve drásticamente menoscabada. En todo caso, cualquiera sea la solución adoptada, lo que es

⁵ Véase la discusión desarrollada durante la tramitación parlamentaria de la Ley, así como durante su revisión por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que la Ley Zamudio sería una norma interpretativa de la Constitución por cuanto definía la noción constitucional de “discriminación arbitraria”, careciendo, sin embargo, de los quórum propios de las leyes interpretativas de la constitución (3/5 de los senadores y diputados en ejercicio), por lo cual adolecía de un vicio de constitucionalidad. Véase también el voto de minoría de la Ministra Marisol Peña Torres en el fallo del Tribunal Constitucional (2012) Rol N°2231.

claro es que la Ley no refleja la concepción constitucional de la igualdad y la no discriminación.

2. Ininteligible aproximación a las “categorías sospechosas”

La segunda materia fundamental tratada en el artículo 2° de la Ley son las “categorías sospechosas”. Es así como el inciso primero enumera una serie de características personales (en un sentido amplio) que no debieran servir de fundamento a distinciones legítimas. El inciso segundo agrega que dichas categorías no podrán invocarse para justificar “situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”. Finalmente, el inciso tercero señala que las distinciones basadas en estas categorías se considerarán razonables si se justifican “en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental”, enumerando algunos en que tal justificación se daría “especialmente”.

Nos encontramos frente a una redacción altamente deficiente que genera diversas confusiones y que evidencia poca claridad respecto de la intención del legislador. Para comenzar, el texto no llama literalmente a estas características “sospechosas” o “especiales” (si bien así se las denomina comúnmente en la historia fidedigna de la Ley),⁶ sino que sólo las utiliza como ejemplificaciones (¿calificadas?) de discriminación arbitraria (“*en particular cuando se funden en motivos tales como(...)*”). Más aún, la Ley no señala claramente cuál es su voluntad normativa en relación a estas características: ¿Se intenta prohibir su utilización fuera de las excepciones contempladas en el inciso 3°? ¿Es una declaración del legislador acerca de qué discriminaciones considera más graves o más urgentes de corregir?, ¿Es una orientación al juez para que sea más estricto al juzgar la razonabilidad de las diferenciaciones que se basen en estas características?, etc. A nuestro juicio, y en consideración al derecho antidiscriminatorio comparado (e.g. Unión Europea, EEUU, Inglaterra, España), estas enumeraciones normalmente no prohíben distinguir en base a estas características,⁷ pero aquellas son consideradas como particularmente “peligrosas” por el legislador, y por tanto el juez debe ser especialmente cuidadoso en el análisis de tales distinciones para asegurarse que no constituyen discriminación arbitraria. En el caso de la Ley, su historia fidedigna parece llevarnos a la misma conclusión.⁸ Sin embargo, y no obstante la mayor o menor razonabilidad de las reflexiones precedentes, lo cierto es que la Ley no resuelve en forma expresa esta materia, creando confusión y, posiblemente, infundadas expectativas. En relación a este último punto, cabe también destacar que la consagración de estas “categorías sospechosas” a nivel legislativo, y no constitucional, resta fuerza a los efectos jurídicos antes señalados.⁹

⁶ Historia de la Ley 20.609 Establece medidas contra la discriminación, pp. 319, 677, 720, 721, 800, 859, 879, etc.

⁷ Contrastar con ALVEAR y COVARRUBIAS (2012).

⁸ Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación. E.g., pp. 319, 677, 721.

⁹ En Chile podría argüirse que el sexo es una categoría sospechosa de rango constitucional a la luz

Otra evidencia de la poca claridad de la Ley es que el artículo 2° es sumamente confuso respecto al análisis de legitimidad que se debe realizar cuando se utilizan “categorías sospechosas”. Por una parte, sabemos que toda distinción debe ser razonable (si bien el test de razonabilidad en sí es bastante controversial toda vez que admite diversas formulaciones y grados de exigencia), y que en el caso de las categorías en cuestión, *probablemente* el escrutinio judicial acerca de la razonabilidad de la medida debiera ser más estricto. Sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo 2° genera toda suerte de dudas interpretativas al señalar 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 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”

Este inciso pareciera contener una “presunción de razonabilidad” cuando la distinción se justifica en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. Es decir, el legislador le estaría diciendo al juez: cuando se utilice una “categoría sospechosa”, en lugar de realizar un examen de razonabilidad (que es lo que ordena el artículo 2° inciso 1°), usted debe verificar que esa conducta no se justifique: i) por constituir el ejercicio legítimo de otro derecho, o ii) por otra “causa constitucionalmente legítima”. En la primera hipótesis, el juez ya no debe atender a la razonabilidad de la distinción en sí, sino a determinar qué es el ejercicio legítimo del *otro* derecho (el foco ya no está en la igualdad y la no discriminación). Por supuesto todo esto resulta ser tautológico si por *ejercicio legítimo* entendemos aquel que, entre otras cosas, no produce una discriminación arbitraria.¹⁰ Sin embargo, de ser así, este inciso estaría demás, lo que repugna al criterio de interpretación según el cual las normas deben interpretarse de forma que no sean redundantes y produzcan efectos. La alternativa que nos queda es que el legislador piense que, al menos en ciertas circunstancias, el ejercicio legítimo de un derecho puede incluir la creación de diferencias arbitrarias, y que en tal caso, la Ley no otorgaría protección frente a esa discriminación. En otras palabras, esta Ley estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales (los que a su vez se agruparían en dos clases: los derechos fundamentales en general, y aquellos expresamente enumerados en el inciso 3° en comento, los que justificarían la discriminación “especialmente”).

del texto del artículo 19 N°2.

¹⁰ ALVEAR y COVARRUBIAS (2012) p. 25.

Resulta evidente, sin embargo, que el legislador excede brutalmente su competencia al establecer jerarquías entre derechos constitucionales.¹¹ Aquél sólo podría recoger una jerarquía establecida por la propia Constitución. Más aún, incluso aceptando la existencia de tal jerarquía, parece indefendible ubicar a la igualdad ante la ley como un derecho inferior a todo el resto de los derechos fundamentales.

La segunda hipótesis contenida en el inciso en comentario (discriminación arbitraria justificada en “otra causa constitucionalmente legítima”) pareciera ser sorprendentemente amplia, a la vez que críptica. Nuevamente acudiendo al derecho comparado, dicha cláusula podría entenderse como una apelación a bienes jurídicos de rango constitucional, tales como el orden público, la seguridad nacional, la salubridad pública y, en definitiva, el Bien Común. Esta, sin embargo, es sólo una interpretación posible, y no distingue si debe tratarse de bienes jurídicos que el constituyente ordena promover, o sólo aquellos bienes que son constitucionalmente aceptables (“legítimos”).

En definitiva, el inciso 3° del artículo 2° confunde enormemente la labor del juez, quién se ve obligado a interpretar una norma que no ofrece ningún sentido plenamente satisfactorio, y a alejarse de su labor esencial en casos de discriminación, cual es calificar la razonabilidad de la medida (lo que en sí ya es bastante complicado). En todo caso, consideramos que la “presunción de razonabilidad” contemplada en el inciso en comentario pareciera no ser absoluta. Esto aparece con cierta claridad en la historia fidedigna de la norma, la que evidencia la eliminación de la palabra “siempre” (i.e., “se considerarán siempre razonables...”).¹² En consecuencia, la norma podría interpretarse de forma de conservar algún grado de libertad para el juez de la causa, quién podría aceptar prueba en contrario y, en definitiva, realizar un examen de razonabilidad de la distinción impugnada, cual es el núcleo de la labor del juez en casos de discriminación arbitraria.

Una curiosidad adicional de la regulación que hace la Ley de las “categorías sospechosas” se encuentra en el inciso segundo del artículo 2°, el cual dispone lo siguiente:

“Las categorías [“sospechosas”] a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.”

Esta norma escapa al ámbito de la no discriminación, y su propósito pareciera ser la limitación de los efectos que pudiera tener el reconocimiento que hace la Ley

¹¹ Véase al respecto e.g., CEA (2003) pp. 65-68; BERTELSEN (2010) p. 32-40.

¹² Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 891.

de “categorías sospechosas” sobre el resto del ordenamiento jurídico. Dejando a un lado la discusión anterior respecto de la indeterminación de las consecuencias normativas de dicho reconocimiento, el inciso en comento parece cumplir una función preventiva: cualesquiera sean esas consecuencias normativas, aquellas: i) no alcanzan a la modificación de otros cuerpos legales, y ii) no podrán invocarse en contra del orden público.¹³ La primera declaración pareciera modificar, directa o indirectamente (mediante un mandato de interpretación de esta ley), las reglas generales de solución de conflictos entre normas jurídicas, en particular los criterios de especialidad (ley especial prefiere a ley general) y temporalidad (ley posterior prefiere a ley anterior). En efecto, la Ley limita sus efectos al señalar que en caso de conflicto con otra norma legal, aun cuando aquella sea más general o anterior, la otra norma primará. Más aún, demuestra así el legislador una suerte de pudor –o derechamente temor– a los efectos de su reciente creación sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. Esta aproximación del legislador se ve confirmada en el artículo 18 de la Ley, el cual prohíbe interpretar la Ley como derogatoria o modificatoria de otras normas legales vigentes (salvo las excepciones expresas contenidas en los artículos 15 a 17 de la Ley).

La segunda declaración (primacía del orden público) es confusa por varias razones. En primer término, no hay claridad respecto de las hipótesis de hecho que estaría previendo el legislador. Tal vez la alternativa más evidente sería aquella situación donde el ejercicio de un derecho fundamental por parte de individuos pertenecientes a “categorías sospechosas” se quisiera ejercer por estos de una forma tal, o atribuyéndole un contenido al derecho tal, que entrara en conflicto con el orden público. Frente a tales situaciones, el legislador estaría diciéndole al juez que otorgue primacía “automática” al orden público. Esta interpretación, sin embargo, es cuestionable, pues si efectivamente el juez llega a la convicción que se trata de un conflicto entre el ejercicio de un derecho fundamental y el orden público, estamos frente a un problema de naturaleza constitucional que el legislador no puede resolver ex-ante mediante una regla absoluta que no considera las circunstancias del caso. Nos parece que de lo contrario el legislador se estaría inmiscuyendo en materias que escapan a su competencia, cual sería una suerte de jerarquización pétrea entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, tales como el orden público y los derechos fundamentales. Una interpretación distinta de la norma en comento sería considerarla no como una regla absoluta, sino sólo como una guía del legislador al juez, pero siempre reconociendo la autonomía de este último para apreciar las circunstancias del caso. El mérito de esta alternativa es que se adecuaría a la Constitución. Dicha interpretación, sin embargo, desconoce el tenor literal de la norma (“*en ningún caso*”).

¹³ Durante la tramitación de la Ley se incorporó como ejemplo de esta situación la invocación de la orientación sexual para realizar actos violentos, incestuosos, delictuales o que ofendan el pudor. Este ejemplo fue sumamente controversial y finalmente se eliminó. Véase la Historia de la Ley N°20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 891 y 997.

En definitiva, todo el tratamiento que hace el artículo 2° de las “categorías sospechosas” es confuso y está abierto a diversas interpretaciones, lo que augura problemas de interpretación y aplicación por parte de los tribunales de justicia.

3. El objetivo de la Ley Zamudio es demasiado limitado

El inciso primero del artículo 1° de la Ley identifica un objeto excesivamente modesto, cual es “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.” Sin menospreciar la eventual importancia de la dimensión procesal, es evidente que el objeto esencial de toda legislación general antidiscriminatoria es el combate a la discriminación arbitraria, para lo cual puede recurrir a distintos contenidos y mecanismos (tales como la creación de una acción procesal especial). Ahora bien, la extrema modestia del objeto señalado no es sino el reflejo de un problema de fondo, cual es el contenido (o más bien, falta de contenido) de esta ley. En efecto, la creación de la acción especial antidiscriminación parece ser su principal aporte (al menos es la materia más tratada en aquella) lo cual es completamente insatisfactorio para una normativa que se presenta como el primer tratamiento legislativo sistémico del problema discriminatorio. Volveremos a este punto en la Sección III, cuando nos refiramos a la ausencia en dicha ley de algunos contenidos fundamentales del derecho antidiscriminatorio.

En todo caso, cabe destacar que el limitado objetivo definido por la Ley resulta particularmente sorprendente si consideramos que su Mensaje señalaba que su propósito era otorgar “un tratamiento integral y más efectivo a la no discriminación”, lo que fue posteriormente modificado durante la tramitación de la Ley.

4. Impone al Estado un deber genérico y de contenido confuso

El inciso segundo del artículo 1° señala lo siguiente:

“Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, 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.”

A primera vista, este inciso pareciera consagrar el deber de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas antidiscriminatorias. Sin duda es un acierto del legislador el considerar la lucha contra la discriminación como una labor sistémica en la cual se integran un conjunto de políticas públicas. En este contexto, la norma en comento obligaría a los órganos

de la Administración, entre otras cosas, a desarrollar y explicitar sus políticas antidiscriminatorias. No obstante lo anterior, la redacción de este inciso es a tal punto confusa, que la existencia del deber en comento no es más que una posibilidad interpretativa de la norma. En efecto, lo que dice el inciso es que las políticas de los órganos estatales deberán enfocarse en garantizar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, y agrega entre comas "sin discriminación arbitraria". En otras palabras, "sin discriminación arbitraria" es sólo la modalidad, no el corazón de la política pública. En realidad, estas políticas no parecen sino ser el desarrollo del mandato del artículo 5° de la Constitución, i.e. el deber del Estado de promover los derechos fundamentales. Por lo mismo, podría sostenerse que el inciso en comento es sólo una repetición del precepto constitucional. Del mismo modo, si bien se agrega la expresión "sin discriminación arbitraria", la prohibición del Estado de discriminar arbitrariamente también se encuentra consagrada en diversas normas constitucionales (e.g., artículo 19 N°2, 20 y 22, artículo 109, y en forma general, artículo 1°). Más aún, la reiteración legal del precepto constitucional sería limitada e imperfecta, por cuanto la obligación se presenta sólo respecto de los órganos que integran la Administración del Estado, y no respecto de todo el aparato estatal, como es el caso del artículo 5° de la Constitución.

Ahora bien, creemos que la confusa redacción del artículo 1° inciso 2° de la Ley se debe, al menos en parte, al error conceptual explicado previamente, cual es vincular esencialmente la no discriminación con el ejercicio de derechos fundamentales "adicionales".

Finalmente, tampoco es claro si la norma en comento podría entenderse como una regla competencial. En otras palabras, ¿está la Ley otorgando competencias adicionales a los órganos de la Administración para cumplir con el deber que establece, o por el contrario, dichos órganos sólo pueden utilizar las competencias que ya les han sido conferidas previamente? Al respecto, la expresión "*dentro del ámbito de su competencia*" pareciera indicar que la Ley no intenta otorgar nuevas potestades. Sin embargo, es también posible que dicha expresión intente evitar que los órganos de la Administración, en cumplimiento de deber, invadan el ámbito de competencia de otros órganos.

III. La Ley Zamudio Carece de Elementos Fundamentales del Derecho Antidiscriminatorio

En materia de derecho antidiscriminatorio el derecho comparado puede ser de gran utilidad, particularmente porque nos permite reconocer una serie de elementos o determinaciones que resultan esenciales para sentar las bases del derecho antidiscriminatorio. Varias de estos elementos o determinaciones, sin embargo, no fueron tratados por la Ley. Mencionaremos a continuación tres ejemplos.

1. Discriminación indirecta

La Ley no distingue entre discriminación directa e indirecta. La primera es aquella en que el trato desfavorable se fundamenta, o es consecuencia, de una característica personal como la raza o el sexo.¹⁴ En contraste, la discriminación indirecta es aquella en contenida o producida por normas o tratos que formalmente se aplican a todos, pero que afectan desproporcionadamente a los miembros de un grupo desaventajado, a menos que pueda probarse que tales normas o tratos se justifican objetivamente (e.g., satisfaciendo el test de proporcionalidad).¹⁵ En otras palabras, la discriminación indirecta surge de normas que *a primera vista* parecieran no ser discriminatorias, ya que su texto no identifica expresamente un grupo perjudicado. Sin embargo, la aplicación práctica de la norma resulta en un claro perjuicio para un grupo, sin que ello sea razonable o justificable. La discriminación indirecta, por tanto, destaca los efectos tangibles de la norma por sobre los efectos esperados o declarados en su texto. Así, por ejemplo, existiría discriminación indirecta si una regla prohíbe el ingreso a la Administración Pública de personas que no alcancen 1,75 metros de estatura. Dicha regla sería aparentemente “neutral” (i.e., se aplicaría a todas las personas y grupos por igual), pero impactaría desproporcionadamente sobre las mujeres y ciertos grupos indígenas, en circunstancias que no se avizoran razones suficientes para exigir ese requisito a quienes trabajen en la Administración Pública.

Los ordenamientos jurídicos tienden a diferenciar entre ambos tipos de discriminación por varias razones. En primer lugar, la discriminación indirecta no siempre ha sido reconocida como tal, por lo que su consagración legislativa ha sido particularmente relevante en sociedades donde la jurisprudencia (y en menor medida la doctrina) ha sido renuentes a sancionar este tipo de discriminación. En segundo término, la discriminación indirecta es mucho más compleja de reconocer y sancionar, por lo que resulta muy útil al juez contar con ciertas determinaciones legales básicas que lo orienten. Así, por ejemplo, la prueba de la discriminación indirecta presenta una serie de dificultades que el legislador puede tratar: qué tipo de evidencia resulta aceptable, cómo debe configurarse la prueba estadística, cuál debe ser el grupo de referencia apropiado, cómo medir el impacto de la discriminación, etc. En tercer lugar la discriminación indirecta normalmente acepta un régimen de excepciones más amplio que la discriminación directa, y puede (aunque no necesariamente), ser objeto de escrutinio judicial menos estricto.

Como la Ley guarda silencio en esta materia, la decisión acerca de si la discriminación indirecta es o no sancionable corresponde al juez, quién, a falta

¹⁴ MCCRUDDEN (1994) p. 2-20.

¹⁵ MCCRUDDEN y PRECHAL (2009) p. 3; BARRÈRE (1997) p. 23-25. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional (2010) Rol N°1348.

de norma constitucional o legal al respecto, y frente a las complejidades involucradas en la identificación y sanción de la discriminación indirecta, es muy probable que opte por la negativa. Ahora bien, la alternativa contraria tampoco resulta muy alentadora, toda vez que un reconocimiento meramente judicial de la discriminación indirecta que no vaya acompañado de reglas claras acerca de su constatación, excepciones aceptables, etc., produciría una gran incertidumbre jurídica.

En síntesis, la naturaleza de la discriminación indirecta requiere de una regulación mínima que debe otorgar el legislador. Frente al silencio de la Ley, lo más probable es que los jueces se inhiban a este respecto y la discriminación indirecta no sea sancionable.¹⁶

2. ¿Discriminación individual o grupal?

La Ley navega confusamente entre dos aproximaciones a la igualdad y la no discriminación: la individual y la grupal. Si bien ambas no son excluyentes, el texto actual de la Ley pareciera no ser consciente de esta distinción, lo que puede provocar problemas de interpretación y aplicación.

Por una parte, y como ya hemos explicado, la Ley recoge una idea de igualdad vinculada al ejercicio de derechos fundamentales. Esta es una noción de igualdad que se centra en el individuo y en sus derechos, cuestión que queda confirmada por la definición de discriminación arbitraria en cuanto parafrasea al recurso de protección, el cual es una acción de protección de derechos individuales (si bien en ocasiones se ha utilizado para la protección de grupos, normalmente se requiere la individualización de víctimas precisas y concretas, no bastando la referencia a una colectividad). En coherencia con esta aproximación individualista, la acción de no discriminación arbitraria creada en el Título II de la Ley otorga legitimación activa al individuo afectado, o si se quiere, a cada individuo afectado, pero no a un grupo como tal (artículo 4°).

Por otra parte, la Ley demuestra una visión de igualdad y no discriminación grupal cuando se refiere a las “categorías sospechosas”. Si bien puede argumentarse que no se intenta proteger a grupos, sino que a los individuos que componen esos grupos, en realidad la Ley lo que está haciendo es identificar grupos sujetos a discriminación, presumiendo que los individuos pertenecientes a esos grupos sufren discriminación *por su pertenencia al grupo*. En otras palabras, cuando la Ley prohíbe la discriminación en base a la religión, lo que está haciendo es advertir que es justamente la pertenencia a un grupo religioso lo que gatilla la discriminación sufrida por personas concretas. Adicionalmente,

¹⁶ Aunque véase el reconocimiento de la categoría de discriminación indirecta en la sentencia del Tribunal Constitucional (2010) Rol N°1348.

la historia fidedigna de la Ley demuestra que hubo otros indicios de la visión grupal de no discriminación e igualdad. Es así como el artículo 2° original contenido en el Mensaje señalaba que:

*“El Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o **grupos** de personas”* (el destacado es nuestro).¹⁷

Este texto fue vivamente discutido durante la discusión parlamentaria de la Ley, particularmente en cuanto se vinculaba al tópico de la discriminación positiva y su regulación. Finalmente, esta misma vinculación terminó por impedir un acuerdo en esta materia y este texto se eliminó.

Ahora bien, aunque en estricto rigor la discriminación siempre afecta individuos, la noción de discriminación grupal presenta importantes consecuencias para el derecho antidiscriminatorio. Una de ellas es que la finalidad principal de las normas antidiscriminatorias se convierte en la eliminación de “castas” o categorías de “ciudadanos de segunda”. Otro ejemplo es que las normas antidiscriminatorias enfatizan la protección del grupo como tal, permitiendo cierta laxitud en la selección de los individuos protegidos (por ejemplo, la norma incorpora personas que no debieran estar protegidas, o excluye individuos que sí debieran estarlo). Una tercera ilustración es que las acciones antidiscriminatorias no sólo pueden ser presentadas por el individuo directamente afectado, sino por cualquier otro miembro del grupo discriminado.¹⁸

En definitiva, la incorporación ambigua y tímida de una aproximación grupal hacia la igualdad y la no discriminación resulta insatisfactoria, por cuanto nuevamente evita zanjar cuestiones profundamente controversiales. Nuevamente queda en manos del juez la decisión de si el legislador tuvo una voluntad normativa suficiente en esta materia como para aceptar, e imponer, las consecuencias de una visión grupal de la discriminación.

3. Discriminación de particulares

La discriminación ejercida por particulares sobre particulares es un tema complejo que requiere un tratamiento legislativo sofisticado. Si bien la Ley establece una determinación clave, al señalar expresamente en su artículo 2° que la discriminación arbitraria comprende la discriminación realizada por particulares, aquello dista mucho de ser suficiente.

¹⁷ Historia de la Ley 20.609 Establece medidas contra la discriminación, p. 12.

¹⁸ Ver voto de minoría del Ministro José Antonio Viera Gallo-Quesney en sentencia del Tribunal Constitucional (2012) Rol N°2231.

La doctrina de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales, i.e., la vigencia de los derechos fundamentales y su exigencia compulsiva en las relaciones entre particulares, ha sido un gran avance que ha permeado nuestro Derecho Constitucional. Sin embargo, es un tremendo error concebir esta doctrina como un principio simple cuya aplicación no causa conflicto. Si bien no es el objeto de este artículo, es posible sintetizar tales problemas como colisiones con otros derechos fundamentales, y en ocasiones, también con el principio de autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1° de la Constitución).

Si bien el derecho a no ser discriminado ha servido de “punta de lanza” en el proceso de dar vigencia a la doctrina de la horizontalidad de los derechos fundamentales, los problemas antes mencionados nos obligan a reflexionar acerca de los límites de tal doctrina, y cómo articularla con otros bienes y derechos constitucionales. Por ejemplo: ¿Es posible que un particular invoque la discriminación existente en una sociedad como razón suficiente para discriminar (ejemplo: no contrato promotoras obesas porque le dan una mala imagen a mi producto en una sociedad que valora la esbeltez)? ¿Es posible (y deseable) estructurar una regla general al respecto y las excepciones correspondientes?, ¿Puede el Estado, para combatir la discriminación, inmiscuirse en temas netamente familiares normalmente resguardados por el derecho a la privacidad y la protección constitucional de la familia?

Lo anterior se relaciona a otro tema fundamental, cual es la identificación de las fuentes de la discriminación. En términos simples, la discriminación puede provenir de diversas fuentes, tales como perjuicios, estereotipos, convenciones sociales y preferencias. Ahora bien, ¿son todas ellas igualmente reprobables en el ámbito de las relaciones privadas? ¿Hasta qué punto puede la ley imponer preferencias a los particulares con el objetivo de eliminar la discriminación?

Si bien los problemas mencionados arriba son muy complejos y no cabría esperar que se solucionasen por la vía de la mera regulación legal, ello no significa que el legislador no pueda otorgar guías al respecto, tal y como ha intentado hacerlo, si bien tímidamente, la doctrina.¹⁹

4. Otros

Existen otros ejemplos de cuestiones que una ley general antidiscriminación debe incluir, pero que la Ley omitió. Es el caso de la intención de quién realiza una discriminación arbitraria. Como la Ley no distingue al respecto, cabe inferir que la intención no es relevante para la calificación de una distinción como discriminación arbitraria. A primera vista, esta aproximación parece ser

¹⁹ E.g. ATRIA (1997) pp. 122-126.

correcta en cuanto garantiza una mayor protección del derecho a la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, la cuestión no es tan simple: la intención discriminatoria puede ser relevante para los efectos de establecer los efectos y las sanciones de la discriminación. También puede servir para establecer patrones de discriminación o discriminaciones sistemáticas, las cuales suelen requerir un tratamiento legislativo diverso. En el caso de la discriminación en las relaciones entre particulares, la intención puede ser relevante para establecer la causa detrás de la discriminación, lo que a su vez puede afectar la legitimidad de la acción. En definitiva, no se trata de exigir la intención como un elemento integrante de la discriminación arbitraria (cuestión más común respecto de la discriminación directa que indirecta), sino de hilar más fino y reglar su impacto sobre la calificación y consecuencias de la discriminación.

Una ilustración final de la injustificable exigüidad de la Ley se refiere al tratamiento de las discriminaciones múltiples o interseccionales. Al respecto, cabe hacer dos reflexiones. En primer término, las personas no son reducibles a una sola característica: la ley no puede aproximarse a las personas como si éstas fueren sólo mujeres, o indígenas, o jóvenes, etc. En segundo término, las discriminaciones no son compartimientos estancos. Ambas reflexiones nos llevan a enfrentar la realidad de que existen muchas personas que sufren discriminación simultáneamente por varias características o "membresías" a diversos grupos.²⁰ Imaginemos el caso de una mujer indígena, pobre y discapacitada. Si bien es imposible que las leyes antidiscriminación regulen todas las combinaciones posibles de discriminación, la doctrina actual les pide que al menos reconozcan el problema, y contemplen ciertas definiciones fundamentales en la materia. Por ejemplo, el mandato al Estado para implementar políticas antidiscriminatorias puede incorporar la exigencia adicional de considerar expresamente la situación de las personas afectas a multidiscriminación. Esto es importante porque en muchos casos las políticas antidiscriminatorias ignoran a estos grupos y no responden a sus necesidades. Tal vez el ejemplo más claro ha sido el de las mujeres negras en Estados Unidos, quienes han reclamado que las políticas antidiscriminatorias raciales están diseñadas pensando en el hombre negro, mientras que las políticas antidiscriminatorias sexuales se dirigen a la mujer blanca.²¹ Como consecuencia de lo anterior, se produce la paradoja que un subgrupo particularmente desaventajado dentro de dos grupos discriminados (negros y mujeres), se ve omitido, y en ocasiones perjudicado, por las políticas antidiscriminatorias.

En síntesis, la Ley no es una ley general antidiscriminación porque resuelve poco, deja preguntas y discusiones fundamentales sin zanjar, y le endosa al juez la responsabilidad de desarrollar una dogmática antidiscriminatoria en que la contribución del legislador era fundamental.

²⁰ Véase GARCÍA (2007), SIMIEN (2007), CRENSHAW (1989), JORDAN-ZACHERY (2007).

²¹ E.g., CRENSHAW (1989).

IV. La Ley Zamudio se Vincula Fuertemente a uno de los Grupos Discriminados

Toda ley general antidiscriminación intenta enfrentar el problema considerando la situación de, sino todos, los principales grupos discriminados en la sociedad de que se trate. En Chile, sin embargo, la Ley se encuentra fundamentalmente dirigida a mejorar la situación de sólo un grupo discriminado, cuales son las minorías sexuales. Ello es evidente en el mismo nombre que coloquialmente se ha dado a la Ley (Ley Zamudio), haciendo directa referencia al joven homosexual que fue golpeado hasta la muerte poco tiempo antes de la promulgación de la Ley. En efecto, este crimen parece haber sido determinante en la aceleración del proceso legislativo y la final aprobación de la Ley. No obstante lo anterior, la situación especial de las minorías sexuales en relación a esta ley venía de antes. Si se analiza la historia fidedigna, es claro que la situación de las minorías sexuales fue la principal preocupación del legislativo.²² Del mismo modo, si bien participaron en la discusión parlamentaria representantes y agentes de otros grupos discriminados, las minorías sexuales fueron, con diferencias, las más activas.

La vinculación entre la Ley y las minorías sexuales se hace evidente cuando consideramos que una de las pocas novedades sustanciales de la nueva ley (descartando la creación de una acción antidiscriminación y la modificación puntual de otras normas legales), es la incorporación, dentro de las "categorías sospechosas", de la identidad de género y la orientación sexual.²³ Obviando las limitaciones a tal enunciación, recogidas en los incisos segundo y tercero del artículo 2° (comentadas previamente), no cabe dudar de la importancia de esta innovación. Más allá del efecto simbólico, se trata de la primera consagración legal de categorías que han sido muy controvertidas.²⁴

Que uno o varios grupos hayan ejercido un lobby más exitoso sobre la discusión de la Ley no es un problema en sí. Lo que sí debiera preocuparnos es que legislar sobre la generalidad de las discriminaciones exige analizar en detalle la situación de, a lo menos, los principales grupos discriminados del país. Resulta por tanto asombroso e inaceptable que los indígenas y las mujeres no hayan sido objeto de mayor atención (así como sorprende que tales grupos tampoco parecieran haber desplegado un lobby de mayor relevancia al respecto). Otros grupos que debieron haber sido tomados en cuenta son las minorías religiosas y los discapacitados. Si bien ambos gozan de normas antidiscriminatorias especiales, resulta evidente que una norma general antidiscriminación podría haber aprovechado tal experiencia, complementándola en lo necesario, y permitiendo

²² E.g., pp. 543, 588.

²³ ALVEAR y COVARRUBIAS (2012), pp. 26-27.

²⁴ Cf. COUSO (2012). Véase también el caso *Atala vs Chile* (2012) y la sentencia de la Corte Suprema (2004) Rol N°1193.

su extensión crítica a la situación de otros grupos. También debió haberse considerado la discriminación sufrida por los pobres, que es tal vez la más grave, urgente y descuidada de las formas de discriminación que sufre nuestro país.

En definitiva, la excesiva identificación de la ley *general* antidiscriminación con un solo grupo discriminado, es un contrasentido. Adicionalmente, relegar de la discusión legislativa de la Ley a los principales grupos discriminados es una nueva y particularmente dolorosa forma de discriminación para tales grupos, comprometiendo seriamente el prestigio de la Ley, así como su impacto más allá de las minorías sexuales.

V. Conclusiones

1. La Ley no es una ley general antidiscriminación. Se trata de una norma liviana, sin contenido dogmático suficiente. Más aún, el escaso derecho antidiscriminatorio que contiene es confuso y limitado, y en ocasiones adopta posturas derechamente perjudiciales.
2. La Ley no otorga la orientación necesaria a los jueces respecto de cómo deben aplicar el derecho antidiscriminatorio. Esto es particularmente grave si consideramos que la nueva acción antidiscriminación es de conocimiento de jueces ordinarios de primera instancia, quienes no cuentan con la experiencia que el recurso de protección, en materia de no discriminación, ha otorgado a los Tribunales Superiores de Justicia.
3. La Ley transforma la no discriminación en un derecho de segundo orden. Aquel sólo puede invocarse asociado a otro derecho, y en caso de conflicto debe ceder frente a otros derechos.
4. El tratamiento que hace la Ley de las "categorías sospechosas" es particularmente confuso, al punto que los jueces pueden verse obligados a retornar al más tradicional examen de razonabilidad, siendo más exigentes (tal vez) en su aplicación cuando la discriminación se fundamenta en alguna de aquellas categorías.
5. La Ley no trata, o regula en forma insuficiente, elementos fundamentales del derecho antidiscriminatorio, tales como la discriminación indirecta, grupal, la ejercida por particulares, y la multidiscriminación.
6. La Ley se ha identificado excesivamente con un solo grupo discriminado (minorías sexuales), lo que no corresponde a una ley general antidiscriminación.

7. Las numerosas deficiencias de la Ley nos permiten concluir que la Constitución continúa siendo la principal norma antidiscriminatoria, no sólo por jerarquía, sino principalmente por su contenido. En el mejor escenario, la Ley constituiría un sistema de protección antidiscriminación paralelo al constitucional, más acotado y de menor jerarquía. En el peor, la ley adolecería de importantes vicios de constitucionalidad.

VI. Bibliografía

1. Libros

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo II.

MCCRUIDDEN, Christopher and PRECHAL, Sacha (2009): *The concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach* (European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2,).

MCCRUIDDEN, Christopher (1994): *Equality in Law between men and women in the European Community: United Kingdom* (London, Martinus Nijhoff publishers).

BARRÈRE UNZUETA, María de los Ángeles (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres* (Madrid, Civitas).

ATRIA, Fernando (1997): *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales).

BERTELSEN SIMONETTI, Soledad (2010): *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales* (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 42).

2. Artículos de revista

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): "Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación"", en *Actualidad jurídica*, N°26: pp. 9-30.

SIMIEN, Evelyn (2007): "Doing Intersectionality Research: From Conceptual Issues to practical examples", en *Politics and Gender*, Volume 3: pp. 264-271.

JORDAN-ZACHERY, Julia (2007): "Am I a Black Woman or a Woman Who is Black? A Few Thoughts on the Meaning of Intersectionality", en *Politics and Gender*, Volume 3: pp. 254-263.

GARCÍA, Lisa (2007): "Intersections of Inequality Understanding Marginalization and Privilege in the Post-Civil Rights Era", en *Politics and Gender*, Volume 3: p. 235.

CRENSHAW, Kimberle (1989): "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", en *University of Chicago Legal forum* 1989: pp. 139-267.

COUSO, Javier (2012): "Acerca de la pertenencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile", en *Derecho Público Iberoamericano*, N°1: pp. 193-199.

3. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2009): Rol N°1204-2008, 28 de mayo de 2009.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N°1469, 4 de noviembre de 2010

Tribunal Constitucional (2009): Rol N°1254, 29 de julio de 2009.

Tribunal Constitucional (1995): Rol N°219, 31 de julio de 1995.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N°1448, 7 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional (2009) Rol N°1340, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2012): Rol N°2231, 28 de junio de 2012.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N°1348, 27 de abril de 2010.

Corte Suprema (2004): Rol N°1193-2004, 31 de mayo de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, 24 de febrero de 2012.

4. Otros:

Protocolo N°12, Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de Noviembre de 2000.
Texto oficial disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm>

Historia de la Ley 20.609 Establece medidas contra la discriminación, Diario Oficial, 24 de Julio de 2012.