

# **Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación"**

(Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)

## **Julio Alvear Téllez**

Doctor en Derecho  
Universidad Complutense  
Madrid  
Profesor de Derecho Constitucional  
Director del Departamento de Ciencias del Derecho  
Profesor Investigador del Centro Justicia Constitucional  
Universidad del Desarrollo.

## **Ignacio Covarrubias Cuevas**

Doctor en Derecho  
Universidad de los Andes  
Profesor de Derecho Constitucional  
Director del Centro Justicia Constitucional  
Universidad del Desarrollo.

**Resumen:** El presente comentario persigue, en primer término, efectuar una crítica conceptual a algunas premisas, habitualmente presentes en las legislaciones antidiscriminación o en nociones diseminadas en materia de igualdad jurídica. En segundo lugar, y a la luz de lo expuesto previamente, se llevará a cabo un examen de determinados aspectos del proyecto de ley (en adelante, el "Proyecto"<sup>1</sup>) aprobado por el Congreso, correspondiente al Boletín N° 3815-07<sup>2</sup>, que establece medidas contra la discriminación.

\*\*\*

## **I. Presupuestos lógicos del principio de *no discriminación***

Iniciamos nuestro estudio con este breve epígrafe. En razón de su aridez, aunque pasajera, y por tratarse de un comentario, nos remitimos a la indulgencia del

<sup>1</sup> Al momento de efectuarse este comentario, el aludido proyecto de ley se encontraba aún en su trámite de control preventivo obligatorio ante el Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Boletín N° 3815-07, iniciado por Mensaje del Presidente de la República, con fecha 14 de marzo de 2005.

lector, confiados en que a posteriori se constatará su importancia en orden a situar el análisis en sus términos adecuados.

La voz "*discriminar*" viene del latín *discrimen*, derivado de *discernere*, separar, diferenciar, distinguir: apreciar dos cosas como distintas o como desiguales. En general, quien raciocina necesariamente discrimina, esto es, discierne, distingue y ordena ideas, categorías o juicios fundándose en la igualdad /diversidad de situaciones que existen en la realidad. La vida humana racional consiste en discriminar y ponderar nociones abstractas y concretas de la realidad.

Nuestra Constitución Política ("CPR" o "Carta Fundamental") hace suyo lo anterior y prohíbe no cualquier discriminación, sino específicamente la discriminación *arbitraria*, esto es, la diferenciación carente de toda fundamentación racional, de base razonable en el orden de lo real. Y esto, como se verá más adelante, se debe a que el principio de igualdad no envuelve una pretensión de uniformidad, sino de distinción entre lo que es igual y lo que es diferente según un parámetro de lo que es justo. De ahí que el principio jurídico de la igualdad se exprese habitualmente bajo la fórmula "igualdad para lo igual y diferencia para lo distinto".

Desde el punto de vista lógico el llamado "*principio de no discriminación*" es falso, si con él se pretende que no se distinga entre situaciones, categorías o personas que, real o lógicamente, son distintas. Precisamente porque se piensa y actúa discriminando, distinguiendo, diferenciando entre dos cosas diferentes. La exigencia de "no discriminación" puede llegar a ser, en este sentido, contraria a los principios lógicos de no contradicción y de tercero excluido.

Por otro lado, todos los seres tenemos algo en común. Incluso entre entes tan diferentes como un hombre, un gusano o una bacteria encontramos relaciones de semejanza según la perspectiva en que nos situemos para hacer la comparación (comparación en base a la vida, a la corporeidad, etc.). Lo complejo, entonces, no está en establecer relaciones de semejanza o desemejanza, de igualdad o diferencia, sino en discernir cuál es el criterio razonable para determinar unas u otras atendido el enfoque en que nos situemos.

En todo caso y a cualquier evento, se ha de afirmar que lo común y lo distintivo cruza toda la estructura de los seres y del pensamiento humano, por lo que cualquier filosofía o planteamiento jurídico que pretenda reducir el mundo a uno de los dos extremos (diferencia total, igualdad absoluta) carece de realismo.

En este sentido, es tan absurdo imponer diferencias arbitrarias (v. gr., exigir categoría de raza para reconocer los derechos esenciales de la persona humana) como exigir la igualdad niveladora (v. gr., no reconocer a la persona el derecho de propiedad sobre los medios de producción o "todos tienen

derecho a todo"). A este propósito y dada la ideología igualitaria que hoy se promueve en el campo del derecho por parte de ciertos sectores interesados, no es difícil incluso al legislador caer en falacias de falsa analogía al asimilar forzosamente situaciones de semejanzas no relevantes o extender la elasticidad de ciertas categorías ignorando la exigencia de semejanzas relevantes. El caso característico es el denominado "matrimonio homosexual", en donde se ignora la diferenciación y complementariedad de la estructura virilidad/feminidad.

Es que el principio de no discriminación no puede operar razonablemente cuando se exige una misma medida para dos situaciones que no son análogas, imponiendo el principio lógico de identidad a ámbitos que solo son aplicables a la tautología, la definición de sí mismo o la sinonimia. El principio de no discriminación solo tiene sentido cuando exige igualdad de semejanza sobre la base de una analogía fundada en elementos lógicamente relevantes. Para ello, y como operación previa, es que debe necesariamente recurrirse a la discriminación, esto es, a la diferenciación lógica que le permita categorizar unos elementos en vez de otros.

Esta operación lógica es compleja<sup>3</sup>, pues supone no solo una pluralidad de cosas, seres o situaciones a reconocer y comparar, sino además un *tertius comparationis*, esto es, una base, medida o criterio de comparabilidad que siempre alude a un elemento potencial o actualmente existente en las situaciones a relacionar. Este criterio ha de ser racionalmente justificable, definido y permanente y su objeto es atribuir una titularidad jurídica genéricamente determinada (v. gr., sobre la base del criterio de edad y otros factores de diferenciación complementarios se atribuye la pensión de viudez). El *tertius comparationis* equivale al criterio racional elegido para fundar la igualdad o desigualdad de trato en una relación específica e importa siempre una igualdad proporcional en el marco de lo que los clásicos denominaban justicia distributiva. Es lo que permite emitir un juicio de semejanza o desemejanza concreto (*trato igual trato distinto*) de acuerdo al criterio de atribución previamente elegido.

Hay algo que frecuentemente se olvida: desde el punto de vista lógico el juicio de igualdad nunca es absoluto. Si así fuera, la igualdad se confundiría con la identidad y perdería sentido cualquier referencia de comparación real: no cabe comparar lo igual, sino lo igual en un sentido y lo distinto en otro. Por ello, el juicio de igualdad es siempre relativo: solo se refiere a un aspecto determinado –común y relevante– entre dos o más personas o situaciones, que ha sido previamente determinado como base de comparabilidad dentro de la categoría elegida.

<sup>3</sup> Para una síntesis descriptiva, pero muy bien lograda de los distintos elementos lógicos involucrados en el principio de no discriminación, VALDÉS PRIETO, Domingo (1992): *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico* (Santiago, Cono Sur), pp. 1-28.

De lo dicho es que el juicio de igualdad obliga a una abstracción necesaria y controlada de todos los demás aspectos diferenciadores que no se tomaron en cuenta. De ahí que todo juicio de igualdad exija indicar lógicamente el aspecto al que se refiere, pues aun entre dos cosas o situaciones específicamente semejantes nos encontramos con importantes diferencias individuales. En este sentido, el igualitarismo es siempre un atentado a la configuración del principio de no discriminación arbitraria en la medida en que no integra la diversidad y pluralidad legítimamente existentes entre personas, cosas y situaciones.

## **II. Significado técnico-jurídico del principio de no discriminación arbitraria**

El principio de no discriminación debe enfrentar un gran dilema a efectos de su adecuada definición. Y es que, en buena medida, como nota Diez Picazo, legislar consiste en hacer distinciones. Preguntarse en abstracto si dos personas han de ser tratadas igual no deja de ser inútil dada la casi infinita variedad de leyes que reglan o disciplinan una casi infinita multiplicidad de situaciones distintas. De ahí que la igualdad *en la ley* no tenga un contenido descriptivo, sino prescriptivo: se refiere primariamente a los criterios elegidos por la legislación (en sentido amplio) para atribuir derechos, beneficios, cargas y deberes<sup>4</sup>.

A estos efectos, ha de distinguirse (se trata de una *distinctio inadaequata*) entre el principio de igualdad *en la ley* (o en el *contenido de la ley*) del inciso primero del art. 19 N° 2 y el principio de no discriminación arbitraria consagrado en el inciso segundo del mismo artículo de la Carta Fundamental.

El principio de *igualdad en la ley* se manifiesta primariamente como un mandato de igualdad formal y material al legislador. Es un imperativo de igualdad *formal* en cuanto el legislador debe ocupar la técnica de la generalidad y la abstracción para formular el contenido definitorio o prescriptivo de sus preceptos. Tanto cuanto posible, porque hoy la legislación ha alcanzado tal nivel de diversidad en la disposición de múltiples estatutos que, para algunos, no estamos lejos de un escenario análogo al derecho estatutario del *Ancien régime*<sup>5</sup>.

En relación a la igualdad *material*, el legislador está obligado a establecer criterios razonables, fundados, no absurdos, justificables, para diferenciar o distinguir entre situaciones o grupos, a fin de distribuir al interior de ellos, en régimen de igualdad de trato, los beneficios o cargas. La igualdad en la ley no es más que el criterio de justicia distributiva de los clásicos: un criterio justo

<sup>4</sup> DIEZ PICAZO (2008): Luis, *Sistema de derechos fundamentales* (Pamplona, Thomson-Civitas, 3ª edición), pp. 202.

<sup>5</sup> Un análisis a partir de las "leyes medida" y las "leyes plan" en NIETO, Alejandro (2007): *Crítica de la razón jurídica* (Madrid, Trotta), pp. 204-206.

de atribución de derechos y deberes<sup>6</sup>. Por esa misma razón, como ha hecho ver el Tribunal Constitucional español, la igualdad o desigualdad de trato únicamente puede ser formulada respecto de una relación jurídica determinada, en relación a derechos y deberes específicos ya asignados que operan como *tertium comparationis*<sup>7</sup>.

Sobre la igualdad material, el Tribunal Constitucional chileno ha sostenido, con clarividencia, que *"las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y consecuentemente diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso, conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición"*<sup>8</sup>.

En esa línea, el principio de no discriminación arbitraria es una proyección del principio de igualdad material, aunque opere con distintivo propio, tamizado por la formulación negativa que le es inherente. Como lo ha afirmado incontestablemente la dogmática constitucional, es un mandato de prohibición o inhibición de determinados actos legislativos, administrativos, jurisdiccionales o simplemente conductuales. Por comodidad de lenguaje u omisión deliberada se acostumbra a hablar simplemente de "no discriminación", pero no hay que olvidar la referencia esencial a lo "arbitrario" para los efectos de la composición suficiente del principio.

Para que el principio de no discriminación arbitraria funcione se requiere de una operación previa de carácter normativo (en manos del constituyente o del legislador) o declarativa de carácter hermenéutico (en manos del juez): la fijación o determinación de criterios de discriminación legítimos o de no discriminación prohibidos. A este respecto, el constituyente chileno ha sido bastante dúctil y a la vez cuidadoso. Como principio normativo, la no discriminación es una categoría abierta que vincula especialmente al legislador y al administrador. Como derecho fundamental, ha entregado a la jurisdicción la calificación concreta de la conducta arbitraria en el marco de admisibilidad del recurso de protección. Lo "arbitrario" sigue siendo aquí una categoría abierta, susceptible de una taxonomía integradora, pero nunca definitiva, como lo han hecho ver nuestros tribunales superiores de justicia, dada la imaginación desbordada que puede asumir aquí el agravio constitucional.

<sup>6</sup> DIEZ PICAZO, Luis, op. cit., pp.203-204.

<sup>7</sup> STC España, 40/1989 (16 de febrero).

<sup>8</sup> STC Chile, Rol 1254/2008 (15 de octubre).

### III. La deficiente técnica de la legislación antidiscriminación y sus trampas

Al respecto, la técnica de la legislación antidiscriminación no deja de ser deficiente, en la medida en que intenta identificar y especificar con *pretensiones* de validez *universal* ciertas categorías prohibidas de discriminación en razón de atribuirle *ex ante* el carácter de arbitrario a la distinción fundada en ellas. La pretensión, sin embargo, produce efectos paradójicos, que cuestionan su conveniencia:

**i)** Al identificar y especificar legislativamente determinadas categorías, de manera apriorística, se acota innecesariamente el campo de atención prudencial con que ha de aplicarse el principio, esencialmente abierto a situaciones imposibles de prever.

Se objetará que el constitucionalismo ha hecho suya la prohibición de ciertas estratificaciones históricas (edad, sexo, raza, religión, condición, opinión política), y con ello se ha dado un gran paso adelante en el rechazo de tipos odiosos característicos. Pero lo cierto es que al ser situaciones históricas por todos repudiadas (en sus justos límites), tales categorías no han mermado ni legislativa ni judicialmente el campo de atención hacia otros tipos de infracción del principio. Salvo cuando, paradójicamente, la legislación antidiscriminación habilita al Estado para llevar adelante políticas públicas que ensalzan las categorías no históricas ("orientación sexual", "identidad de género") a costa de colocar en la penumbra otras, tanto las históricas enunciadas en la ley, como las no enunciadas por ella.

**ii)** La pretensión de *validez universal* de la mayor parte de las categorías prohibidas resulta absurda y normalmente debe ser cohibida por límites o excepciones establecidos por la misma ley, en términos tan amplios como amplia es, asimismo, la posibilidad de aplicación de la categoría. En general, se puede decir que todas las categorías de prohibición, en cuanto pretenden ser expresiones del derecho fundamental a la igualdad, suponen el límite de la concurrencia de otros derechos fundamentales así como su modulación al interior de los estatutos legales que regulan las actividades específicas, v. gr, las relaciones laborales.

Así, el derecho a la igualdad en razón de una categoría determinada ("orientación sexual") entra fácilmente en tensión con otro derecho a la igualdad amparado en otra categoría determinada ("sexo", "religión"). Sentado lo anterior, hay que recurrir al odioso y ridículo expediente hermenéutico de preferir unas categorías de igualdad sobre otras. Lo que equivale a afirmar que unos son más iguales que otros. Es lo que ha sucedido en el Reino Unido, donde la preferencia por la categoría "orientación sexual" ha preterido una a una las

otras categorías. Quienes invocan la "orientación sexual" se transforman en los nuevos privilegiados para efectos de prestaciones sociales, educación o incluso adopción de menores<sup>9</sup>.

En esta lógica de exclusión de unos y preferencia de otros, bajo criterios casi absolutos y apriorísticos, propia de las legislaciones antidiscriminación (y de discriminación positiva), el resultado, como dice Finnis, es suma cero: siempre junto "*al beneficiario de la acción corresponde, uno a uno, un perdedor*"<sup>10</sup>.

**iii)** Resulta *inadecuado*, en la perspectiva lógica, atribuir *ex ante* el carácter arbitrario a ciertas categorías de diferenciación que por su grado de abstracción solo pueden dar razón de sí *a posteriori* cuando son aplicadas en concreto a relaciones jurídicas específicas. Tales categorías resultan de este modo ilusorias, por cuanto requieren elementos adicionales de composición para emitir el juicio de igualdad. Así, por ejemplo, la categoría de edad por sí sola no sirve para determinar en concreto si en una relación específica se debe excluir siempre este criterio.

Depende de la naturaleza y finalidad de la actividad, entre otros factores. De ahí que la legislación antidiscriminación se vea en la necesidad de compensar este hiato insalvable entre lo abstracto y lo concreto recurriendo al estándar de lo "razonable", que en realidad convierte a tales categorías en criterios mucho más abiertos de lo que a primera vista se postula.

**iv)** Desde un punto de vista metodológico, siempre tenemos que elegir qué categorías de diferenciación integramos como criterio de prohibición. Paradójicamente, se quiera o no, la ley discrimina cuando establece categorías de no discriminación, o porque deja pocas o muchas afuera, o porque al especificar unas, excluye otras.

En este sentido, además de inadecuado, resulta especialmente *peligroso* para el mismo juicio de igualdad atribuir *ex ante* el carácter arbitrario a las categorías de diferenciación que no pertenecen al patrimonio del constitucionalismo clásico, y que, en consecuencia, no son compartidas por parte de la sociedad. Nos referimos a las categorías de "orientación sexual" e "identidad de género". Estas suelen ser impuestas en la legislación antidiscriminación sin el consenso cultural o valórico posible atendida la artificialidad de tales estándares. Asimismo, sin la matización aplicativa que da la experiencia social. Factores todos que sirven de base hermenéutica a las categorías tradicionales ("edad", "raza", "sexo", "condición", "religión", "opinión política"), que ganan así en equilibrio, estabilidad y razonabilidad.

<sup>9</sup> Sobre el punto, vid. el debate público de uno de los autores de este artículo, Julio Alvear T., con el embajador del Reino Unido Sr. Jon Benjamin, en "*El Mercurio*", sección opinión y cartas, A2, ediciones de los días 5, 6, 10, 11, 13, 14 y 15 de abril del 2010.

<sup>10</sup> FINNIS, John (2011): "Equality and Differences", en *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 56, p. 34.

Tal falta de sustento y de contextualización hermenéutica explica por qué las nuevas categorías se defienden a la sombra de una retórica igualitaria absolutista e impositiva (si no somos partidarios de ellas, se afirma, seremos "discriminadores" *simpliciter*) o se explotan emocionalmente a través de artificios publicitarios destinados a culpabilizar a quienes no las acepten<sup>11</sup>.

A la sombra de estas estrategias metajurídicas, las categorías de "orientación sexual" y de "identidad de género" obligan a formular en sede jurídica un juicio de igualdad que los estándares tradicionales no exigen. Fuerzan a no tomar en consideración diferencias realmente existentes y de diversidad complementaria (virilidad y femineidad, paternidad y maternidad, etc.), como si no fuese racional considerarlas.

En otras palabras y en términos lógicos, las categorías que cuestionamos imponen una exigencia bajo la lógica de la igualdad numérica donde tendría que prevalecer la igualdad de distinción. Exigen identidad donde hay diferencia razonable. Se trata de un privilegio no justificado al pretender imponer la fórmula "*igualdad para todos*", bajo ciertas categorías, en lugar de reconocer el principio de "*igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales*" (igualdad proporcional o de semejanza).

Porque, en realidad, y salvo que nos encontremos en un escenario político demagógico, hay consenso en que el principio de igualdad no se viola por otorgar un trato distinto. Lo que se prohíbe es el trato *arbitrario o injustificado*. El asunto clave es entonces determinar qué criterios de diferenciación normativa son razonables y cuáles no lo son, puesto que tan ilegítimo es *tratar de forma desigual a los iguales* como *tratar de manera igualitaria a quienes se encuentran en situación distinta*.

A este respecto, las categorías de "orientación sexual" y de "identidad de género" son peligrosas, porque abren un campo de interpretación lesivo para el juicio de igualdad proporcional (aplicable a los otros criterios), sustituyéndolo por el juicio de igualdad nivelador (aplicable en beneficio propio). Se invoca, en definitiva, la igualdad numérica para inhibir el factor de diferenciación del juicio de igualdad proporcional (*trato desigual entre quienes se hallan en situación distinta*), tan inherente a la comprensión jurídica (y no político-demagógica) del principio de no discriminación arbitraria.

**v)** El paradigma de la no discriminación no parece ser pacífico cuando se aplica a categorías que no son universales, en la medida en que pueden sentar tácitamente las bases para una nueva discriminación invertida. Clave es advertir

<sup>11</sup> Sobre la estrategia de "culpabilización" es notable la reciente entrevista de Raphaël Delavigne al galardonado filósofo y novelista germano Martin Mosebach, autor de *Das Bett, Eine lange Nacht* y de *Häresie der Formlosigkeit: Die römische Liturgie und ihr Feind*. Vid. MOSEBACH, Martin (2012): *Le sentiment de culpabilité et son usage collectif*, en *Revue Catholica*, Vol. 115, pp. 23-34.

que a este resultado se llega no tanto por mala voluntad o premeditación, sino por el impulso lógico de las consecuencias inadvertidas que se van sacando de las propias categorías. En este plano, algunas minorías pueden o suelen exasperar las categorías de prohibición que las amparan en una dinámica que suele presentarse del siguiente modo:

a) El proceso se inicia exigiendo *tolerancia*, bajo el amparo de la simple no discriminación negativa impuesta por la ley;

b) Posteriormente, se clama por una conducta positiva de *reconocimiento social*, pasando a ver de manera negativa a quien no realiza la conducta esperada por este reconocimiento.

Es recurrente incluir aquí las acusaciones simbólicas contra quienes se oponen a la agenda de las organizaciones homosexuales y transexuales. Por ejemplo, la "Federación estatal de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (FELGTB)", promovió durante el gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero, campañas de estigmatización de personajes públicos, con fotos de los dirigentes políticos de la centro-derecha y de Benedicto XVI. ¿La leyenda bajo las imágenes? Muy simple: "*trabajan contra la igualdad: ¿qué haces tú para evitarlo?*".

c) Del reconocimiento social se pasa a *la exigencia de sanción* a quienes manifiesten en el fuero externo una actitud que implique un juicio negativo sobre el valor moral de la conducta de la minoría protegida, no obstante se respete a sus integrantes en razón de su dignidad de personas.

Llegados a este punto se vulnera lisa y llanamente, so pretexto de no discriminación, la libertad de conciencia de quienes, a partir de sus propias convicciones, consideran moralmente reprochable y jurídicamente inadmisibles la conducta moral que tales minorías reivindican como buenas<sup>12</sup>.

Un ejemplo ilustrativo es el *Manifiesto* de Izquierda Unida del 17 de mayo del 2010. En este manifiesto de la izquierda española contra la discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales se exige la "*reafirmación del derecho a la propia orientación sexual-identidad de género en el ámbito laboral, con persecución efectiva y sanciones administrativas contra las situaciones discriminatorias*" (N°11). La medida propuesta debe ir acompañada de otras medidas coactivas: (a) "*protocolos de control de estereotipos y perjuicios*" en los medios de comunicación (N°13); (b) "*no concesión de subvenciones por parte del Estado a las organizaciones que incurran en homofobia y transfobia*" (N°14); además de la (c) "*obligatoriedad de una perspectiva LGTBI [lesbianas, gays, tran-*

<sup>12</sup> Sobre el concepto de libertad de conciencia, ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2010): *La libertad de conciencia y de religión. Una apelación a nuestro presente histórico*, en AYUSO, Miguel (ed.), Estado, ley y conciencia (Madrid, Marcial Pons): pp.129-143.

sexuales, bisexuales e intersexuales] en convenios colectivos y plan de igualdad de empresas" (N° 12)<sup>13</sup>.

La actual ley chilena antidiscriminación prevé onerosas multas (imposibles de ser pagadas por un particular) que podrán ser utilizadas para estos efectos bajo una hermenéutica extensiva.

d) Queda un paso más: erigir como *modelo social*, como principio político jurídico, la conducta que ha institucionalizado la minoría en su interior. Es lo que promueven, por ejemplo, los más avanzados teóricos de la ideología homosexual –*Radically Gay*– en un contexto que para ellos es una guerra cultural, o la sentencia en el caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando impone programas de "reeducación" en la "ideología de género" a todos los jueces chilenos en todos los escalafones.

Sobre el primer punto hay muchos ejemplos. Harry Hay, uno de los mayores teóricos del movimiento homosexual norteamericano y fundador de las *Hadas Radicales* (*Radical Faeries*, 1979), aplicó el método marxista a la promoción del homosexualismo como modelo de conducta, sustentando la tesis de que los homosexuales son una minoría cultural oprimida por la mayoría heterosexual opresora. En realidad, tal categoría representaría el nuevo y selecto género del androginismo natural de carácter sagrado<sup>14</sup>.

A este respecto, Michael Signorile sostiene que *"la acción más subversiva que pueden emprender los gays y lesbianas es transformar por completo la noción de familia"*<sup>15</sup>. Y Paul Varnell afirma que *"el movimiento gay, lo reconozcamos o no, no es un movimiento de derechos civiles, ni aun un movimiento de liberación sexual, sino una revolución moral dirigida a cambiar la visión moral que la gente tiene sobre la homosexualidad"*<sup>16</sup>.

Desde el punto de vista de las obligaciones del Estado, las leyes antidiscriminación suelen abrir una línea de interpretación extensiva por la que aquel queda obligado a realizar programas, políticas y acciones para equiparar a las denominadas "minorías sexuales" y, lo más grave, para promover la ideología de

<sup>13</sup> Izquierda Unida, "Por una Ley Integral contra la LGTBI-fobia. Área de Libertad de Expresión Afectivo-Sexual de Izquierda Unida". [http://izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/manifiesto.17.mayo\\_.2010.pdf](http://izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/manifiesto.17.mayo_.2010.pdf)

<sup>14</sup> BRONSKI, Michael, "The Real Harry Hay", en *The Boston Phoenix*, Oct.31-Nov.7, 2002. Más ampliamente, HAY, Harry (1996): *Radically Gay: Gay Liberation in the Words of its Founder* (Boston, Beacon Press) Sobre Hay, TIMMONS, Stuart (1990): *The Trouble with Harry Hay: Founder of the Modern Gay Movement*, (Los Angeles, Alyson Publications), y THOMPSON, Mark (2012): en (Ed.), *The Fire in Moonlight: Stories from the Radical Faeries 1975-2010* (New York, White Crane Book Lethe Press).

<sup>15</sup> Declaraciones del autor a *Magazine Out!*, diciembre/enero 1994.

<sup>16</sup> VARNELL, Paul, "Defending Our Morality", en Chicago Free Press, 16/8/2000. Para esta cita, ASDTFP (2004): *Defending a Higher Law: Why We Must Resist Same-Sex, "Marriage and the Homosexual Movement"*, (Penn., Spring Grove) pp. 8. 9 Sobre el movimiento homosexual, BULLOUGH, Vern L. (2002): *Before Stonewall: Activists for Gay and Lesbian Rights in Historical Context* (New York, Harrington Park Press).

sus teóricos. Todo lo cual se logra mediante políticas de enseñanza, de cuotas, de financiamiento, de prestaciones sociales y en general implementación de políticas públicas de favorecimiento privilegiado.

Especial atención merecen los programas de "reeducción" en las ideologías aludidas a las que se intenta someter a toda la población, especialmente a los niños. Es lo que proyectó, antes de perder el poder, el Gobierno español de Rodríguez Zapatero con la categoría de "Identidad de género". Entre otras iniciativas, Bibiana Aído, titular del Ministerio de Igualdad de dicho Gobierno, dio a conocer el 7 de abril del 2010, junto al Instituto de la Mujer y la Federación de Enseñanza UGT (socialista), la campaña educacional "*reeducando en la igualdad*", que incluía la edición de 42.000 guías para que los profesores reeduchen a los pequeños en la igualdad de género. Promovía la abolición de toda diferenciación sexual considerada peyorativamente como "estereotipo sexista" (hombre-mujer, esposa-marido, madre-padre).

Asimismo –y aunque parezca fantasía– la iniciativa comportaba la prohibición en las escuelas de los cuentos infantiles clásicos como *Blancanieves*, *la Bella Durmiente*, *la Cenicienta* o *Caperucita Roja*, así como la imposición de la "*asexualidad en los juguetes*". Se consideraba violación grave a la igualdad la publicidad de una muñeca o de un coche dirigido exclusivamente a las niñas o a los niños. A partir de ahora, ya "*no hay juegos o actividades para niñas y para niños*". Prohibido diferenciar. Ya no se puede distinguir. El plan causó un rechazo mayoritario en los medios<sup>17</sup>.

En Chile, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también impone programas de reeducación en la identidad de género, pero esta vez dirigida a los jueces. En este nivel, como se ve, es tenue la frontera que divide los programas de enseñanza o "reeducción" (que en realidad son proyectos de adoctrinamiento financiados por los contribuyentes) con el control totalitario del pensamiento. Cuando se constata que la ley antidiscriminación chilena incluye, como veremos, la categoría de "identidad de género", hay razones para temer.

**vi)** Hoy en día el término "discriminación" es puesto recurrentemente al servicio de una campaña internacional de explotación política en favor de programas conniventes con ciertas ideologías heredadas del freudomarxismo y del poses-structuralismo, en la estela de la "revolución cultural" incoada en la revolución sexual norteamericana de los sesenta y en el mayo francés de 1968.

No es solo ineptitud política, sino ignorancia, el no considerar la ideología libertaria e igualitaria que alimenta las categorías de "orientación sexual" e

<sup>17</sup> Una buena síntesis en *Bibiana Aído versus Walt Disney: Igualdad quiere vetar los cuentos clásicos*, Forum Libertas digital, 9 de abril del 2010.

"identidad de género" en el plano de su instrumentalización. Saber discernir este contexto que vuelve al derecho un instrumento de objetivos políticos ulteriores es hoy obligación de todo estudioso de la ciencia jurídica.

Al fin del día, no debatimos palabras, ni siquiera conceptos jurídicos, sino visiones de mundo que implican concepciones jurídicas que hay que tener cuidado en precisar y definir.

Cuando se estudia a los teóricos socialistas de la década de los sesenta y setenta (cuyas propuestas doctrinarias fueron progresivamente integradas a los programas de los principales partidos socialistas europeos) es sorprendente considerar cómo se adelantaron a la caída del muro de Berlín para los efectos de proyectar con ayuda del poder difuso la demolición aparentemente indolora de las estructuras que consideraban opresivas por ser típicas de la sociedad burguesa: la familia, la escuela, la Iglesia y los modos de sentir no puramente instintivos.

Al respecto, es oportuno citar algunas expresiones de estas metas que hoy cobran tanta actualidad:

*"Hay algo que podemos afirmar con seguridad: se acabó la idea tradicional de revolución y la estrategia tradicional de revolución. Estas ideas son anticuadas. Nosotros debemos alcanzar las raíces de la sociedad en los propios individuos. Hoy el cambio cualitativo, la liberación, implica cambios orgánicos de instinto y biológicos, al mismo tiempo que cambios políticos y sociales. Lo que debemos emprender es una especie de difusa y dispersa desintegración del sistema"* (Herbert Marcuse)<sup>18</sup>.

*"Todo lo que existe se pone nuevamente en tela de juicio y simultáneamente. Las izquierdas consideran que el hombre está alienado en su vida sexual, porque sus deseos reales son ahogados desde su infancia por la moral, la familia, la escuela. Ahora se trata de liberarse de todos los maestros y de todos los obstáculos a la libertad"* (Richard Gombin)<sup>19</sup>.

*"La revolución sexual, o sea la abolición de las actuales relaciones entre los sexos, acompañada de una transformación radical de las relaciones entre hijos y padres, jóvenes y adultos, debe acompañar el curso de la revolución económica, social y política ... La revolución sexual hará saltar las trabas psíquicas que aún hoy impiden la expansión ilimitada de las posibilidades revolucionarias existentes en cada ser humano ... La revolución psicosexual constituye una fuerza decisiva para lograr la revolución total"* (Pierre Fougeyrollas)<sup>20</sup>. Insistimos en que este es el contexto

<sup>18</sup> MARCUSE, Herbert (1969): *La sociedad carnívora* (Buenos Aires, Galerna, 2ª ed), pp. 77 y 91.

<sup>19</sup> GOMBIN, Richard (1971): *Les origines du gauchisme* (Paris, Seuil), p. 178.

<sup>20</sup> FOUGEYROLLAS, Pierre (1972): *Marx, Freud et la révolution totale* (Paris, Anthropos), pp. 630 y 367.

político ideológico en el que se inserta la instrumentalización de las categorías de "orientación sexual" e "ideología de género".

Enseguida se revisará de qué modo estos criterios se incorporan o no en la nueva ley que establece medidas en contra de la discriminación, sin perjuicio de otras observaciones focalizadas en determinados aspectos de la referida normativa.

#### **IV. Algunos aspectos positivos del Proyecto que morigeran la afirmación absolutista de la no discriminación**

Sin perjuicio de las observaciones críticas que se formularán más adelante, cabe mencionar algunos aspectos del Proyecto que son destacables, toda vez que morigeran –sin desterrar– aquellos aspectos negativos contenidos en el referido texto a que se hacía referencia en lo precedente.

**i)** Las categorías protegidas por motivos de no discriminación *no habilitan a ejercer un derecho a la igualdad subjetivo y autónomo*

Según el Proyecto, el artículo 2º, inciso 1º<sup>21</sup>, la discriminación arbitraria se configura a partir de aquella conducta (*distinción, exclusión o restricción*) que genere algún grado de vulneración (*privación, perturbación o amenaza*) en alguno de los derechos fundamentales o libertades (su goce y ejercicio) reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo anterior cobra pleno sentido desde que la referida disposición desconoce, en las materias que el Proyecto señala, que "la no discriminación" sea un bien en sí mismo o un principio de carácter absoluto. Admite la referida norma que una actuación motivada en las categorías protegidas –"*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*"–

<sup>21</sup> Boletín N° 3815-07, 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 orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad".

no vulneran, de suyo, el principio de igualdad, a menos que la diferencia o exclusión "*carezca de justificación razonable*".

De este modo, si la distinción o diferencia, motivada por cualquiera de las referidas categorías, es razonable y tampoco contraviene algún derecho fundamental, tal actuación será plenamente jurídica y no podrá atribuírsele el carácter de "discriminación arbitraria".

Se asume por el legislador que las características humanas representadas por las categorías protegidas (sexo, raza, estado civil, apariencia personal, opinión política, idioma, entre otras) tienen un carácter instrumental, cuyo valor estriba en la identificación con determinados contenidos normativos exigidos por los presupuestos de la justicia distributiva. La atribución de derechos y deberes, de cargas y beneficios, se encontraría determinada por una titularidad jurídica.

Es posible exigir no ser injustamente diferenciado en relación a una situación jurídica concreta, según criterios que son *comunes a todos* (edad, sexo, religión o creencia, opinión política, estado civil, etc.) o bien *distintivos de algunos* (la enfermedad, la discapacidad, la situación socioeconómica, el idioma, etc.), pero que en cualquiera de ambas situaciones se refieren a algo respecto de lo cual se tiene *derecho*, conforme al ordenamiento jurídico y a exigencias de mentada justicia distributiva.

Si la igualdad es a secas o no se vincula con alguna referencia que la identifique con un contenido normativo, no pasa de ser un concepto vacío<sup>22</sup>, como dice Westen, que como tal podría ser "llenado" con una variedad de "contenidos" sin referencia a algún valor intrínseco. Desde Aristóteles "lo igual" corresponde "lo justo", siendo éste el criterio conforme al cual debe ajustarse lo igual o desigual de una situación o relación jurídica. La misma idea se encuentra en el Derecho Romano Justiniano.<sup>23</sup>

En este contexto, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente refiere su contenido, en último término, a lo que la Constitución Política consagra como derechos o bienes reconocibles en la persona. Desde este prisma, y habida consideración de algunas prevenciones a las que nos referiremos, lo que el Proyecto consagra es el derecho a no ser injustamente turbado o privado del ejercicio de una libertad, del goce de un derecho o de la prestación de un bien o servicio a los que la Carta Fundamental ha brindado reconocimiento jurídico.

<sup>22</sup> WESTEN, Peter (1982): "The Empty Idea of Equality", en *Harvard Law Review*, Vol. 95, pp. 537-596.

<sup>23</sup> *Instituciones de Justiniano*, que definió la justicia como la disposición de dar a cada uno lo suyo, 1.1; 1.2.2.

La igualdad cuya infracción importaría una discriminación arbitraria, conforme al texto aprobado, sería aquella que, junto con no estar justificada en su razonabilidad, cause "privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales" reconocidos por la Constitución Política de la República o en virtud de ella, esto es, en tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos en vigor.

Lo anterior asume una cuestión crucial: el contenido de la igualdad viene dado por su identificación con aquellos derechos fundamentales asegurados directamente por la Constitución o reconocidos en virtud de ella. Consecuencialmente, la "distinción, exclusión o restricción" será justificada o no teniendo como punto de referencia los aludidos derechos y (también veremos) bienes fundamentales.

De este modo, dentro de la máxima de la igualdad consistente en "*tratar igual los casos iguales y tratar diferente los casos diferentes*", lo igual o diferente dependerá en buena medida de lo que se reconoce como "propio" o "suyo" de la persona o grupos de personas, y un referente inestimable de dicha pertenencia viene dado por los derechos de las personas, sus bienes básicos y las exigencias de la justicia distributiva. Estos constituyen el sustento prescriptivo en cuya virtud la igualdad cobra un valor no meramente instrumental, sino pleno de significado intrínseco.

¿Porqué es necesario que la distinción efectuada con ocasión de las categorías aludidas tenga que carecer de justificación además de ser vulneradora de los derechos fundamentales? ¿No habría bastado este último requisito en el entendido que la infracción de derechos es siempre irrazonable? De ser esto efectivo ¿qué sentido tiene exigir que el acto cuestionado junto con violentar los derechos sea además injustificado? Estas interrogantes serán abordadas inmediatamente, al referirnos al siguiente aspecto positivo del Proyecto.

**ii)** Las categorías protegidas no constituyen criterios *absolutos* por lo que éstos pueden ser justificadamente vulnerados

Los estándares protegidos consagrados en el Proyecto están afectados por un criterio de relatividad. Como se señaló, en el juicio de igualdad jurídica existen posiciones relativas, por lo que no puede ser observado sin considerar las diferencias razonables y legítimas entre las personas y las situaciones concretas en que aquellas se desenvuelven.

De ahí se sigue que la "discriminación" no sea *el* elemento *decisivo* en el juicio de igualdad. Una diferenciación fundada en la "*nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política*", entre las otras que se

reconoce, no supone incurrir en una discriminación arbitraria en los términos formulados por el artículo 2º, incisos primero y final.

Para que la actuación motivada en alguno de los criterios protegidos constituya una discriminación arbitraria aquella conducta debe, en primer lugar, carecer de "*justificación razonable*" y, en segundo término, producir una "*privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales*", conforme a lo dispuesto en artículo 2º inciso primero del Proyecto.

El primer requisito de configuración del ilícito previsto en el texto es relevante toda vez que asume derechamente que hay "distinciones, exclusiones o restricciones" que, fundadas en motivos de sexo o edad, religión, idioma u otras, son justificadas y razonables. Y no podría ser de otra manera, pues una condición básica para tratar lo igual/desigual consiste en discernir qué es lo igual y qué es lo diferente y, entre éstos, los distintos grados o tipos de diferencias o semejanzas.

En dicho proceso intelectual de discernimiento y distinción consiste la labor de distinción y "discriminación", aunque sobre éste término haya recaído –equívocamente como se ha visto– el peso de aquello que identifica como igualdad absoluta, al punto de llegar a sostener, como se ha hecho en algunas legislaciones, que toda discriminación fundada en las aludidas categorías equivale a una infracción al principio de igualdad.<sup>24</sup> Esto no sólo es absurdo, entre otros motivos por violentar el principio de identidad y de no contradicción, sino que en muchos casos parece atentar contra la misma igualdad en la que supuestamente se ve inspirada, como veremos más adelante.

Si bien muchas de las categorías protegidas constituyen aspectos –comunes y distintivos– de la personalidad, no todas son manifestaciones de características humanas cuya afectación siempre y en cualquier circunstancia debieran ser objeto de reproche, por lo que podrían ser justamente desconocidas en una situación concreta.

A modo ilustrativo: sería ridículo invocar discriminación arbitraria por motivos de "idioma" en el caso de haber sido excluido del proceso de selección en la postulación al trabajo de piloto de una línea aérea internacional. Igualmente irrisorio sería que una mujer alegara haber padecido dicha discriminación por

<sup>24</sup> Esa es la lógica dominante en ciertas "leyes antidiscriminación". Por ejemplo, bajo la Ley de Igualdad Inglesa (English Equality Act) del 2010, se considera que cualquier decisión directamente discriminadora en alguna de las categorías protegidas –religión, creencia filosófica, sexo, orientación sexual, entre otras– no puede ser legalmente justificada, con la salvedad de dos categorías –edad y discapacidad– en las que cabe una diferenciación menos favorable (discriminación) cualificada por la finalidad perseguida y la idoneidad del medio empleado para obtener dicha finalidad, Equality Act 2010, 13 (2) (age). Para un completo recuento de la legislación antidiscriminación en UK, puede consultarse HEPPLE, Bob (2011): *Equality: The New Legal Framework* (Oxford, Hart Publishing).

haber sido denegada su solicitud de ingreso, en calidad de seminarista, al noviciado de una congregación católica.

La segunda condición para incurrir en discriminación arbitraria es que la conducta que se cuestiona como antijurídica "cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución" o "en los tratados internacionales sobre derechos humanos" vigentes en nuestro país. Esta exigencia conecta con lo ya señalado en cuanto a que la igualdad no es un valor autorreferencial, sino que remite a algún bien que le brinde sustento prescriptivo.

Como ya se señaló, dicho contenido normativo viene configurado por el marco constitucional, en lo que a derechos fundamentales y bienes constitucionales se refiere. Tanto es así que el mismo inciso tercero del Proyecto en cuestión afirma que se considerarán razonables (justificadas, por tanto) aquellas "*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*" "*o en otra causa constitucionalmente legítima*".

Algunas interrogantes surgen al respecto: ¿quiere decir la disposición citada que la ley autoriza la distinción o exclusión por motivos de sexo, por ejemplo, siempre que ella tenga por fundamento el ejercicio legítimo de un derecho o de un bien fundamental? Sobre este mismo punto: ¿por qué este inciso tercero omite la exigencia de concurrir una "*justificación razonable*" en circunstancias que ésta es una condición copulativa para que la discriminación sea estimada arbitraria. Finalmente: ¿qué "*causa constitucionalmente legítima*" distinta al ejercicio regular de un derecho fundamental puede legitimar una diferenciación motivada por las categorías protegidas?

Sobre las dos primeras preguntas, habría sido redundante que en el inciso tercero del Proyecto se hubiere exigido una conducta razonablemente justificada, en circunstancias que la concurrencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental –particularmente los indicados por vía ejemplar en la aludida disposición– implica, de suyo, una razón justificada que, por tanto, legitima la diferenciación o exclusión llevada a cabo con base en las categorías protegidas.

En cuanto a la tercera interrogante, estimamos que una "*causa constitucionalmente legítima*" que autorizaría a diferenciar por los motivos legalmente protegidos no podría ser otra que aquellos bienes constitucionales configurados por "*la moralidad pública*", "*el orden público*", "*la seguridad nacional*", "*la salud o salubridad públicas*", "*la conservación del patrimonio ambiental*", en fin, todos aquellos aspectos del bien común que en la Constitución se encuentran identificados bajo las referidas denominaciones.

Para dar un par de ejemplos: un profesor que promoviera "*la identidad de género*" en un colegio de inspiración cristiana podría ser legítimamente excluido de dicha comunidad escolar por vulnerar la libertad de enseñanza para "*abrir, organizar y mantener*"<sup>25</sup> los referidos establecimientos educacionales, derecho éste que es la contracara de aquella libertad de la que gozan los padres de los mismos alumnos para "*escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos*"<sup>26</sup>.

De modo análogo, tampoco sería procedente invocar discriminación arbitraria por motivo de "*situación socioeconómica*" en razón de haber sido descalificado en un procedimiento de licitación pública convocado por un organismo público en el que se hubiera exigido un capital mínimo, entre otras condiciones, a fin de garantizar la seriedad de la oferta. Todo a fin de satisfacer el fin público que justifica la adjudicación de la construcción de una carretera concesionada, por parte de los oferentes que participan en dicho procedimiento concursal.

La consideración del factor "*socioeconómico*" estaría justificada por la "*causa constitucionalmente legítima*" representada aquí –remota y discutiblemente eso sí– por la necesidad pública de aumentar la dotación de la infraestructura nacional.<sup>27</sup>

## V. Algunos aspectos negativos de la futura ley

Si bien se trata de un texto que formalmente persigue "*instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria*"<sup>28</sup>, en realidad la futura ley introduce cierta terminología (v. gr. "*identidad de género*") y establece determinados deberes (v. gr. para el Estado) que, entre líneas y en concordancia con la historia fidedigna de su establecimiento de este Proyecto<sup>29</sup>, se develan como las verdaderas innovaciones sustantivas del texto finalmente aprobado.

i) Lo realmente novedoso en materia sustantiva está en "*la orientación sexual*" y "*la identidad de género*"

<sup>25</sup> CPR, art. 19 N° 11, inc. 1°.

<sup>26</sup> Ibid, inc. 4°.

<sup>27</sup> La problematización sobre algunos aspectos de los denominados "bienes constitucionales legítimos" en COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2011): *El bien común, el interés público o los fines constitucionalmente legítimos como justificaciones del regulador para limitar los derechos fundamentales*, en ARANCIBIA, MARTÍNEZ y ROMERO (coord.) *Litigación Pública* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters), pp. 397-433.

<sup>28</sup> Proyecto de Ley, art. 1°, inciso 1°: "*Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria*".

<sup>29</sup> En el presente número de la Revista *Actualidad Jurídica* el profesor Hugo Rosende A. lleva a cabo una interesante síntesis de ciertos aspectos de la historia fidedigna del Proyecto en cuestión.

Lo realmente distintivo del Proyecto es la consideración de la *orientación sexual* y la *identidad de género* como categorías protegidas. Todos los criterios restantes se encuentran resguardados en mayor o menor medida en distintos cuerpos normativos del ordenamiento jurídico nacional.

Los factores de "edad", "enfermedad", "nacionalidad" están regulados en diversos cuerpos normativos vigentes –el Código del Trabajo, el Código Sanitario y el DL 1.939<sup>30</sup>–. La "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas" se encuentran incorporados en virtud del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho nacional en virtud del artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental. Hay otras categorías –v. gr. "idioma", "edad"– que están bien internalizadas en la cultura jurídica chilena como diferencias razonables.

¿Qué pretensión sustantiva diversa de la "orientación sexual" o "la identidad de género" habría en incorporar categorías que ya se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico o en las que buena parte estaría de acuerdo en estimarlas como criterios según los cuales es legítimo efectuar distinciones o diferencias justificadamente razonables? Valgan aquí las consideraciones y ejemplos ya desarrollados precedentemente en este comentario.

Con todo, la historia fidedigna del Proyecto entrega un derrotero cuyo estudio permitiría abordar de un modo más categórico la interrogante formulada. Se trata del estudio del alcance de los principios contenidos en la Declaración de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de derechos humanos a la cuestiones de orientación sexual e identidad de género<sup>31</sup>, a la cual se hace referencia en la discusión legislativa.

Todas las críticas que formulamos en el acápite III de este trabajo en cuanto a las fallas de la legislación anti-discriminación y sus "trampas" se han de aplicar aquí en lo que cabe.

ii) Junto con consagrar el test de *razonabilidad*, el texto incorpora –inadvertidamente– el test de *proporcionalidad*

El artículo 2º, inciso primero, establece como test o parámetro el de *razonabilidad*, al prescribir que para los efectos de esta ley se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación

<sup>30</sup> Por ejemplo, el art. 19 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado, establece que por razones de interés nacional se prohíbe a los nacionales de países limítrofes adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados total o parcialmente en las zonas del territorio nacional actualmente declaradas fronteras, en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1967.

<sup>31</sup> Véase al respecto: [http://es.wikipedia.org/wiki/Principios\\_de\\_Yogyakarta](http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_de_Yogyakarta).

razonable y, asimismo, produzca algún grado de vulneración en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por su parte, la disposición contenida en el artículo 1°, inciso segundo, establece el deber de "*cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, [de] 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*".

Si bien la norma citada es formalmente inocua, ella indudablemente se prestará para que algunos gobiernos de signo progresista promuevan, particularmente a través de medidas administrativas de orden educacional, la agenda de la "identidad de género" bajo pretexto de introducir contenidos mínimos obligatorios en la enseñanza de los establecimientos educacionales.

Interpuestas en dicho contexto las acciones jurisdiccionales pertinentes con el objeto de impugnar aquellos actos administrativos o legislativos que violenten la libertad de conciencia o de enseñanza, es muy probable que la Administración, junto con invocar en su defensa la supuesta razonabilidad de las referidas medidas o actos, recurrirá al expediente de sostener que la adopción de aquéllas se fundamenta en la obtención de un "*objetivo constitucionalmente lícito*", frente a lo cual el tribunal que conozca del asunto se verá, en cierto modo, forzado a aplicar, además del test de razonabilidad, el denominado estándar o test de proporcionalidad.

Lo anterior se explica desde el momento en que el Proyecto envuelve tácitamente una condición de aplicación del test de proporcionalidad, al admitir que los estándares protegidos sean, con ocasión de esta ley, erigidos a una categoría de "*objetivos indubitados de políticas públicas*", supuesto a partir del cual arranca una dinámica, propia de la estructura lógica del test de proporcionalidad (y cuyo desenvolvimiento no es del caso explicar aquí), en la que el fin público invocado llevará todas las de ganar.

Este resultado es probable, entre otros motivos, porque la lucha sin cuartel ya no se libraré entre dos derechos (v. gr. la igualdad *versus* la libertad de enseñanza), sino entre un "*objetivo constitucionalmente lícito*" y un derecho (v. gr. la promoción de políticas públicas motivadas en la "identidad de género" *versus* la libertad de enseñanza), sorteando de este modo un discernimiento más complejo bajo el criterio de razonabilidad y reeditando la difundida falacia de una supuesta primacía del primero sobre el segundo.

Bajo este expediente, toda pretensión invocada (como derecho) o medida adoptada (acto administrativo) que sea fundada en la *orientación sexual* o en la

*identidad de género* irá acompañada de una fuerte presunción de identificación con un "interés público prevaleciente", replicando una lógica similar a aquella afirmada en otras latitudes en los casos en que un derecho fundamental debe ceder frente a los derechos identificados con un interés público (v. gr. *libertades preferidas*).

Esto revela el carácter artero del proyecto, al menos desde una hermenéutica extensiva. Por lo que no está demás reflexionar acerca de las herramientas jurídicas necesarias para hacer frente en el futuro a iniciativas públicas fundadas en una falaz concepción de la igualdad.

## Bibliografía

ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2010): *La libertad de conciencia y de religión. Una apelación a nuestro presente histórico*, en AYUSO, Miguel (ed.), *Estado, ley y conciencia* (Madrid, Marcial Pons), pp. 129-143.

BULLOUGH, Vern L. (2002): *Before Stonewall: Activists for Gay and Lesbian Rights in Historical Context* (New York, Harrington Park Press).

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2011): *El bien común, el interés público o los fines constitucionalmente legítimos como justificaciones del regulador para limitar los derechos fundamentales*, en ARANCIBIA, MARTÍNEZ y ROMERO (coord.) *Litigación Pública* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters), pp. 397-433.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): *La desproporción de la proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación* [aceptado para su publicación en la *Revista Chilena de Derecho*].

DIEZ PICAZO (2008): Luis, *Sistema de derechos fundamentales* (Thomson-Civitas, Pamplona, 3ª edición).

FINNIS, John (2011): "Equality and Differences", en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 56, pp. 17-44.

FOUGEYROLLAS, Pierre (1972): *Marx, Freud et la revolution totale* (París, Anthropos).

GOMBIN, Richard (1971): *Les origines du gauchisme* (Paris, Seuil).

HAY, Harry (1996): *Radically Gay: Gay Liberation in the Words of its Founder* (Boston, Beacon Press).

HEPPLER, Bob (2011): *Equality: The New Legal Framework* (Oxford, Hart Publishing).

MARCUSE, Herbert (1969): *La sociedad carnívora* (Buenos Aires, Galerna, 2ª ed).

MOSEBACH, Martin (2012): *Le sentiment de culpabilité et son usage collectif*, en *Revue Catholica*, Vol. 115, pp. 23-34.

NIETO, Alejandro (2007): *Crítica de la razón jurídica* (Trotta. Madrid).

TIMMONS, Stuart (1990): *The Trouble with Harry Hay: Founder of the Modern Gay Movement*, (Los Angeles, Alyson Publications).

THOMPSON, Mark (2012): en (Ed.), *The Fire in Moonlight: Stories from the Radical Faeries 1975-2010* (New York, White Crane Book Lethe Press).

VALDÉS PRIETO, Domingo (1992): *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico* (Santiago, Cono Sur).

WESTEN, Peter (1982): "The Empty Idea of Equality", en *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 537-596.