

CUATRO AÑOS DE LA LEY ZAMUDIO: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU JURISPRUDENCIA*

FOUR YEARS OF THE ZAMUDIO LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS CASE-LAW

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.**
Universidad del Desarrollo
jdiazvaldes@udd.cl

RESUMEN: Este trabajo analiza críticamente la jurisprudencia emanada de la acción especial antidiscriminación creada por la ley N° 20.609, identificando las tendencias y desviaciones relevantes. La primera sección se focaliza en cuestiones de fondo o dogmáticas, examinando particularmente cómo los tribunales han comprendido y aplicado la noción de discriminación arbitraria. También se analiza la utilización que han hecho del derecho internacional, su aproximación a los conflictos de derechos y la eventual exigencia de un comparador. La segunda sección examina las contribuciones de la jurisprudencia sobre ciertos aspectos procesales de la acción antidiscriminación, en particular en materia de prueba, sanciones, test de arbitrariedad, legitimación pasiva y caducidad.

ABSTRACT: This work analyses the case-law arising from the special antidiscrimination remedy created by law N° 20.609, identifying main trends and relevant deviances. The first section deals with dogmatic or substantive issues, particularly how the courts have construed and applied the notion of arbitrary discrimination. It also discusses the courts' recourse to international law, their approach towards conflicts of rights and their potential requirement of a comparator. The second section examines the contributions of this case-law on procedural issues, such as proof, punishments, arbitrariness test, standing and lapsing.

PALABRAS CLAVE: Discriminación - Igualdad - Ley Zamudio.

KEYWORDS: Discrimination - Equality - Zamudio Law.

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de julio de 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, también conocida como “Ley Zamudio”.

* Trabajo recibido el 5 de abril de 2017 y aprobado el 23 de agosto de 2017.

** Doctor en Derecho (Universidad de Oxford). Magíster en Derecho (Universidad de Harvard, Universidad de Cambridge y PUC). Director del Centro de Justicia Constitucional de la UDD. Agradezco los comentarios de Sergio Verdugo R. y Bárbara Ivanschitz B., así como la labor de investigación de mis ayudantes, señores Álvaro Torres B. y Nicolás Rodríguez R.

Curiosamente, ya desde antes de su publicación, y con mayor fuerza después de entrar en vigor, se especulaba acerca de sus importantes deficiencias. En particular, se cuestionaba su falta de densidad doctrinaria, así como ciertas debilidades e inconsistencias de la acción procesal específica que creaba¹.

El presente artículo analiza críticamente la jurisprudencia emanada de los tribunales ordinarios de justicia con ocasión del conocimiento de la acción especial de no discriminación creada por la Ley Zamudio. En efecto, esta norma establece en su artículo 3° que los afectados por una discriminación arbitraria pueden recurrir ante el juez de letras respectivo, agregando en su artículo 13 la posibilidad de apelar ante la Corte de Apelaciones correspondiente. En consecuencia, para la preparación de este trabajo se han analizado las sentencias dictadas en el período que va desde la publicación de esta ley y hasta el mes de mayo de 2016. Cabe aclarar que si bien algunas de estas causas, en forma excepcional, han sido vistas por la Corte Suprema (*e. g.*, vía casación en el fondo), sus sentencias no se han considerado en este trabajo, toda vez que ninguna de las dictadas en el período analizado contienen elementos relevantes para el estudio de la acción en cuestión².

El objetivo general de este trabajo es apreciar cómo la jurisprudencia está aplicando la Ley Zamudio, identificando tendencias y desviaciones relevantes. En particular deseamos observar cómo los tribunales están interpretando y aplicando el escaso y confuso contenido dogmático de la ley, y si los jueces han avanzado en la definición de elementos procedimentales de la acción de no discriminación. Siguiendo esta lógica, la estructura de este artículo comienza analizando los aportes jurisprudenciales en materias de fondo o sustantivas del derecho antidiscriminatorio, para luego examinar su contribución en aspectos propiamente procedimentales.

Dado que las manifiestas imperfecciones de la Ley Zamudio hacen imprescindible su profunda reforma, consideramos que un estudio acerca de su aplicación real por parte de los tribunales será una contribución útil para tal proceso.

¹ *E. g.*, ALVEAR y COVARRUBIAS (2012); VIAL (2013); ROSALES (2014), pp. 255-296; RODRÍGUEZ (2013); DÍAZ (2013), pp. 635-668; DÍAZ DE VALDÉS (2013).

² Sentencias Corte Suprema roles N°s. 3709-2015, de 13 de mayo de 2015; 4999-2015, de 21 de octubre de 2015; 18453-2015, de 2 de marzo de 2016; 16940-2016, de 6 de julio de 2016; 21702-2016, de 25 de mayo de 2016.

II. ELEMENTOS SUSTANTIVOS

1. *Noción de discriminación arbitraria*

La doctrina y la jurisprudencia previas a la Ley Zamudio se habían ceñido, en general, a la noción de que una discriminación arbitraria es aquella distinción que no es razonable, que es caprichosa o que carece de justificación suficiente³. La Ley Zamudio, sin embargo, se apartó parcialmente de esta tradición al definirla en su artículo 2° como *“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”*.

Esta definición presenta tres problemas principales: i) el término “distinción” es suficiente y capaz de subsumir a los demás; ii) sólo existe discriminación si la diferencia afecta simultáneamente a la igualdad y a otro derecho fundamental adicional, y iii) no queda claro si la utilización de “motivos especiales” son meros ejemplos de discriminación, un requisito de ésta, o dan lugar a una clase especial y más grave de la misma (las denominadas “categorías sospechosas”)⁴.

a) Reacción de la jurisprudencia a los problemas de la definición legal de discriminación arbitraria

En relación con la primera dificultad antes planteada –la diferenciación entre distinción, exclusión y restricción–, la jurisprudencia revisada no le reconoce mayor relevancia. Si bien diversos fallos hacen referencia a la historia fidedigna de la Ley Zamudio para ofrecer definiciones de aquellos términos (e incluso de

³ E. g., Sentencias Tribunal Constitucional roles N°s. 811-07, de 31 de enero de 2008; 280-98, de 20 de octubre de 1998; 807-07, de 4 de octubre de 2007; EVANS (1999), p. 125; CEA (2012), p. 138; SILVA (2006), pp. 123 y 124; DÍAZ (2013), pp. 640-641; ATRIA (1997), pp. 92 y 182; ZÚÑIGA (2002), pp. 240 y 241. Véase también NOGUEIRA (2006), pp. 806-812.

⁴ DÍAZ DE VALDÉS (2013), pp. 280 y ss.

“preferencias”, palabra que finalmente se eliminó del actual artículo 2°)⁵, estas nociones no son específicamente aplicadas o cotejadas con los elementos propios del caso en cuestión. En la práctica, pareciera ser que se mantiene el asentado criterio jurisprudencial y doctrinario nacional, en cuanto a que la existencia de una distinción, entendida fundamentalmente como una diferencia de trato, es suficiente.

La segunda dificultad antes señalada –necesidad de la afectación de un derecho adicional a la igualdad para que exista discriminación– no parece haber sido objeto de una consideración o problematización directa por parte de la jurisprudencia estudiada. Una excepción parcial a lo anterior es un fallo de 2015, el que simplemente ignoró el requisito legal en cuestión. Efectivamente, la sentencia consideró que existía discriminación arbitraria *“ya que ha realizado una distinción o exclusión carente de justificación razonable, que ha causado en forma evidente una privación y perturbación en el ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República”*⁶. En otras palabras, no se requeriría la vulneración de otro derecho: bastaría la afectación de la sola igualdad para que procediera la acción especial antidiscriminación.

En contraste con la escasez jurisprudencial precedente, sí existen diversos pronunciamientos respecto de la tercera dificultad, esto es, la significancia de la utilización de “motivos especiales”. No obstante que en diversas ocasiones los tribunales no requieren la singularización y prueba de alguno de los factores establecidos en el artículo 2° antes citado, y que en un porcentaje relevante de casos el demandante ni siquiera invoca alguno de ellos⁷, existen diversos ejemplos en que los jueces exigen su concurrencia. Así, como un fallo de 2013 declaró que la discriminación *“debe basarse en cierto criterio de distinción, exclusión, restricción o preferencia, criterios que constituyen condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad, como son la raza o etnia (...)”*, agregando que *“resulta un presupuesto insoslayable de la acción en estudio que la distinción, exclusión, restricción o preferencia hecha por una persona o institución se funde en alguna de las categorías*

⁵ 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10794-2014, de 9 de febrero de 2015 (cons. 13°); 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 10°); 3° Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 9°).

⁶ 27° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 1654-2015, de 7 de diciembre de 2015 (cons. 13°).

⁷ E. g., 1° Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 3133-2012, de 19 de marzo de 2013; Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, rol N° 318-2012, de 5 de diciembre de 2013.

*que establece esta ley u otra*⁸. El juez utilizó este argumento para desestimar la acción, ya que el demandante no había invocado ninguna de estas categorías como fundamento de la discriminación que alegaba (se trataba de un postulante a una beca de magíster de Conicyt, que alegaba haber sido excluido de la misma por la exigencia pública que hizo a la institución de fijar una fecha para la entrega de los resultados de las postulaciones).

Esta interpretación es francamente errada por diversos motivos. En primer término, no todo criterio señalado en el artículo 2° es capaz de imprimir “un grado de identidad”. Obviando a estos efectos lo controversial de esta noción, resulta evidente que algunos de los factores nombrados no la causan. Es el caso de la afiliación sindical o del estado civil. En segundo lugar, ni el texto de la Ley Zamudio ni la Constitución Política de la República (la “Constitución”) exigen que la discriminación se produzca en base a la pertenencia a un grupo. Tal interpretación sería peligrosa, por cuanto excluiría de protección a una persona que sufre discriminación en razón de otros factores, como lo alega el demandante en el caso en cuestión. Imaginemos que a una persona no la dejan entrar a una discoteca porque le dio una mala impresión al guardia que controla la entrada. Como no existe un grupo de “los que les dan mala impresión a los guardias de discoteca”, la persona no tendría posibilidad de obtener protección frente a esta evidente discriminación. En otras palabras, la discriminación puede sufrirse como individuo o en cuanto miembro de un grupo, y ambas deben ser igualmente prohibidas.

Lamentablemente, la noción de que la invocación y prueba de una de las categorías individualizadas en el artículo 2° de la Ley Zamudio sería esencial para configurar una discriminación arbitraria, ha continuado apareciendo –si bien esporádicamente– en la jurisprudencia posterior. Es así como la Corte de Apelaciones de Coyhaique declaró, en el año 2013, que era obligación del demandante probar la “*causal de la discriminación invocada*”, cuestión que sería “*indispensable comprobar en este tipo de procedimientos*”⁹, lo que será determinante para el rechazo de la acción. En forma similar, una sentencia de 2014 señaló que “*sólo se puede dar lugar a una demanda por no discriminación arbitraria, cuando precisamente haya una discriminación efectuada a una persona, en virtud de deter-*

⁸ 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 12°).

⁹ Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol N° 149-2013, de 26 de diciembre de 2013 (cons. 5°).

*minados criterios tales como lo de raza o etnia, la nacionalidad (...)*¹⁰. Del mismo modo, una sentencia del mismo año –confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago¹¹– señaló que es necesario “probar la categoría sospechosa de la decisión del ente administrativo”¹², es decir, que la diferencia de trato se basó en alguna de los factores establecidos en el artículo 2° de la Ley Zamudio. En la misma línea, un fallo del año 2015 declaró que, para obtener la protección de dicha ley, “*es menester que dicho acto arbitrario tenga por específico fundamento una diferenciación o discriminación fundada en alguno de los motivos contemplados en la ley (...)*”¹³. Si bien en este caso el demandante perdió la causa por falta de pruebas, la aseveración anterior no es feliz. Posteriormente, un fallo de julio de 2015 –confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁴– reprendió al demandante por no señalar el “*motivo de la supuesta discriminación*”, agregando que la enumeración del artículo 2° de la Ley Zamudio “*está orientada a ciertas condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad, erigiéndose como los factores que determinan un trato discriminatorio*”¹⁵. Se repiten, por tanto, las erróneas exigencias de identidad grupal y de los factores que la crean. Finalmente, una sentencia de marzo de 2016 también consideró necesario que la desigualdad denunciada “*se funde en ciertos motivos o criterios especiales que se indican como ‘categorías sospechosas’*”¹⁶.

En ocasiones, si bien el tribunal no fija una postura expresa sobre el punto en comento, en su argumentación, en el orden de sus razonamientos, y en el lenguaje del fallo, se aprecia que se considera a la categoría o rasgo en cuestión como fundamental para establecer la existencia de discriminación. Es el caso de un fallo de 2014, el cual da a entender que la acción debe ser rechazada por cuanto no le queda claro al juez que la diferencia de trato invocada “*se deba a motivos del sexo de dicha accionante, eso es, a su condición de mujer o a su situación*”

¹⁰ 2° Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 1303-2014, de 24 de noviembre de 2014 (cons. 16°).

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2466-2015, de 6 de agosto de 2015. Esta sentencia agregó a la apelada que la prueba era “insuficiente para establecer que el término anticipado de las contratas se produjo como consecuencia de una discriminación por motivación política” (cons. 1°).

¹² 26° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 7698, de 16 de diciembre de 2014 (cons. 3°).

¹³ Juzgado de Letras de Illapel rol N° 213-2014, de 9 de marzo de 2015 (cons. 5°).

¹⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1499-2015, de 13 de octubre de 2015.

¹⁵ 3° Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 10°).

¹⁶ 3° Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 14°).

*socioeconómica*¹⁷. De esta forma, el énfasis no se pone en la diferencia de trato en sí, o en su eventual justificación, sino que en el vínculo entre aquella y uno de los factores enunciados en el artículo 2° de la Ley Zamudio.

Cabe también destacar que algunos fallos han reconocido que el listado de factores contenido en el artículo 2° de la Ley Zamudio no es taxativo, por lo que sería posible sustentar la existencia de discriminación sobre la base de otras características¹⁸.

En cuanto a la naturaleza de los factores en cuestión, existe la duda de si el legislador creó o no categorías sospechosas, entendidas como aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria¹⁹. El principal efecto de estas categorías es que su utilización debe hacer sospechar al juez de que se encuentra frente a una discriminación arbitraria, y, por tanto, debe exigir una justificación particularmente convincente de que ello no es así.

Ahora bien, la Ley Zamudio omite hablar expresamente de categorías sospechosas, prohibidas, especiales, etc. (como sí se hizo durante la historia fidedigna de esta ley)²⁰, y en su texto las características o rasgos listados parecieran constituir meras ilustraciones de discriminaciones arbitrarias (dice “en particular”), sin ninguna gravedad especial. Peor aún, ni en este artículo ni en ninguna otra parte de la Ley Zamudio se consagran las consecuencias de la utilización de estas calificaciones. Y, para colmo, los incisos siguientes al transcrito limitan expresamente los efectos de emplear tales categorías para discriminar, señalando que tales distinciones serán razonables si se justifican “*en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental*” (artículo 2° inciso 3°), y que “*no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público*” (artículo 2° inciso 2°). En términos simples, la Ley Zamudio establece que el derecho a no ser discriminado, aun cuando se utilice el listado

¹⁷ 1^{er} Juzgado Civil de Viña del Mar, rol N° 808-2013, de 29 de abril de 2014 (cons. 9°).

¹⁸ 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10794-2014, de 9 de febrero de 2015 (cons. 10°); 3^{er} Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons.10°).

¹⁹ Algunas definiciones en BESSON (2012), pp. 165-166; GERARDS (2013), p. 116; FISHKIN (1987), p. 237; COURTIS (2010), p. 115; DÍAZ (2013), p. 643.

²⁰ Historia de la Ley N° 20.609 Establece medidas contra la discriminación, pp. 319, 677, 720, 721, 800, 859, 879, etc. Cfr. DÍAZ (2013), p. 651.

de características antes transcrito, cede frente a cualquier otro derecho y frente a cualquier otra ley o al orden público²¹.

En definitiva, no está claro si la Ley Zamudio creó o no categorías sospechosas propiamente tales. Al respecto, la jurisprudencia analizada no profundiza en el contenido y los efectos de esta noción, pero ocasionalmente se refiere al listado de factores del artículo 2° como “categorías sospechosas”²². También existen fallos que mencionan a algunos de tales factores bajo esta denominación, como es el caso de la ideología u opinión política²³, el estado civil y la filiación²⁴. Similarmente, se ha señalado que la identidad de género sería un “*factor prohibido de discriminación arbitraria*”²⁵. Si bien, en estricto rigor, las categorías sospechosas no son prohibidas (siempre existe la posibilidad de que se justifique adecuadamente su utilización), no es infrecuente que se las domine bajo esa nomenclatura.

Finalmente, resulta interesante observar que diversos fallos demuestran un intento de los jueces por identificar “requisitos” concurrentes y necesarios para que exista discriminación arbitraria, los cuales se extraen invariablemente de la definición de aquélla entregada por la Ley Zamudio. Tales requisitos serían²⁶: i) una distinción, exclusión o restricción; ii) que cause privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales (consagrados en la Constitución o en tratados internacionales ratificados y vigentes)²⁷, iii) efectuada por el Estado o los particulares, iv) que carece de justificación razonable. Algunas

²¹ Estas limitaciones son reales y se aplican. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2435-13, de 10 de abril de 2014, en particular el considerando 19°.

²² 3° Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 14°).

²³ 26° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 7698-2014, de 16 de diciembre de 2014 (cons. 7°). En forma algo más indirecta en el fallo del 3° Juzgado Civil de Temuco, rol N° 3262-2014, de 26 de noviembre de 2014 (cons. 20°).

²⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1009-2014, de 24 de octubre de 2014 (cons. 6°).

²⁵ Juzgado de Letras de Colina, rol N° 1165-2015, de 22 de enero de 2016 (cons. 11°).

²⁶ *E. g.*, 1° Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 4435-2013, de 9 de junio de 2014 (cons. 12°); 23° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 4968-2013, de 30 de enero de 2014 (cons. 11°); 3° Juzgado Civil de Temuco, rol N° 1279-2014, de 18 de octubre de 2014 (cons. 5°); 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 5°); 3° Juzgado Civil de Temuco, rol N° 3262-2014, de 26 de noviembre de 2014 (cons. 14°); 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2013 (cons. 7°); 3° Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 9°); 3° Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 14°).

²⁷ El fallo del Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016, precisa que no bastaría una “alusión genérica a los derechos que alega conculcados, sin explicar cómo es que estos hechos pudieran haberle causado una vulneración en su ejercicio legítimo” (cons. 20°).

sentencias mezclan algunos de estos elementos, o utilizan un lenguaje ligeramente diverso, pero la sustancia se mantiene. Como ya mencionamos, existen fallos que parecieran exigir, adicionalmente, que el fundamento de la acción discriminatoria sean la raza, el sexo, la religión, etc.²⁸, y la arbitrariedad (la que en estos casos se presenta como algo distinto a la ausencia de una justificación razonable)²⁹.

b) Adiciones o desviaciones de las nociones tradicional y legal de discriminación arbitraria

Ocasionalmente, es posible observar ciertas innovaciones en la jurisprudencia emanada de la Ley Zamudio, referidas a la noción de discriminación arbitraria, que son más bien desafortunadas. Así, por ejemplo, existe una de 2014 que afirma que la discriminación supone la ejecución de “*actos positivos que menoscaben al sujeto pasivo o víctima de tales hechos*”³⁰. De esta forma, pareciera que el fallo estuviese excluyendo a las omisiones de la definición de discriminación arbitraria, cuestión que, si bien no fue determinante en el caso en cuestión (se trataba de hechos positivos, los cuales lograron acreditarse), es claramente errónea. En efecto, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, como todo derecho fundamental, puede ser afectado tanto por actos como por omisiones, tal y como reconoce nuestro recurso de protección (artículo 20 de la Constitución). Supongamos que el Departamento de Extranjería y Migración entrega gratuitamente a todos los inmigrantes una batería de vacunas, pero evita —omite— hacerlo en un caso en particular sin razón suficiente. Aquello no constituye un “acto positivo”, pero evidentemente es una discriminación. Por lo mismo, una interpretación judicial como la señalada no sólo restringe indebidamente la definición legal de discriminación arbitraria, sino también el entendimiento constitucional del mismo derecho, consagrado en el artículo 19 N° 2 y garantizado por el artículo 20.

Otra adición que puede ser peligrosa la encontramos en una sentencia del año 2013, la que parece entender a la discriminación arbitraria como una “*conducta tendiente a provocar estas distinciones a priori, con una actitud reiterada en el tiempo*”

²⁸ 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 5°); 3er Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 14°).

²⁹ 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2013 (cons. 7°); 3er Juzgado Civil de Temuco, rol N° 3262-2014, de 26 de noviembre de 2014 (cons. 14°).

³⁰ 1er Juzgado de Letras de San Fernando, rol N° 514-2013, de 16 de septiembre de 2014 (cons. 10°).

*destinada a ejercer actos u omisiones de carácter discriminatorio*³¹. Observamos dos problemas en esta cita. El primero es que se refiere a una “actitud reiterada en el tiempo”. Si bien la repetición de una conducta puede ser considerada por el juez como un elemento contextual, aquélla en sí misma no es un elemento esencial para que exista discriminación, tal y como queda en evidencia en la definición legal antes transcrita. Una visión distinta no sólo aumentaría las dificultades propias de la prueba de la discriminación, sino que además podría dejar en la impunidad graves actos de discriminación por el solo hecho de ser “solitarios” o “únicos” y no repetidos en el tiempo. En segundo lugar, si bien el considerando no es totalmente claro, podría inferirse que se está refiriendo a la motivación tras el acto discriminatorio. Si bien este elemento puede ser importante en ciertos ámbitos (*e. g.*, para determinar la sanción aplicable a quien comete un acto discriminatorio), aquél no forma parte de la definición de discriminación arbitraria. En otras palabras, el legislador no le pide al juez que determine si hubo o no intención de discriminar, ni menos cuál es la fuente o causa de la voluntad, conciente o inconsciente, de discriminar³².

La eventual exigencia de una cierta intención para configurar la discriminación ha aparecido en otros fallos más recientes³³. Es así como una sentencia de 2014, refiriéndose a la votación de una asamblea de bomberos en contra de la reincorporación de un voluntario, señala que “*no se posible atribuir una intención negativa a aquellos votos en contra de la incorporación, salvo prueba de ello, lo que no ocurre en al especie*”³⁴. Así, el tribunal no sólo requeriría una intencionalidad tras el acto diferenciador, sino que además aquélla debería ser probada por el denunciante. Más tarde, un fallo del año 2015 –confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago³⁵– declaró expresamente que “*es necesario que el actuar que se imputa al Servicio Electoral sea intencional o culposamente discriminatorio*”³⁶. Curiosamente, este fallo pareciera agregar una alternativa a la exigencia de intención, cual sería la presencia de culpa. Podría incluso entenderse que refleja la clásica

³¹ 22° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 20750-2015, de 25 de junio de 2013 (cons. 13°).

³² Sobre las causas de discriminación, véase POST (2000); RÉAUME (2003); ALEXANDER (1992).

³³ Existe un caso más antiguo que requiere cierto “conocimiento” de la calidad del afectado, pero no queda claro que esto pueda igualarse a la exigencia de intención propiamente tal. Véase la sentencia del 1^{er} Juzgado Civil de Rancagua, rol N° 9091-2013, de 25 de noviembre de 2013 (cons. 8°).

³⁴ 2° Juzgado Civil de San Miguel, rol N° 5560-2014, de 26 de agosto de 2014 (cons. 16°).

³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4266-2015, de 3 junio de 2015.

³⁶ 2° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10796-2013, de 27 de febrero de 2015 (cons. 13°).

división entre actos dolosos y culposos, siendo cualquiera de ellos suficientes para constituir una discriminación. De más está decir que la sentencia no explica por qué utiliza estas categorías, o cuál sería el resultado práctico de distinguir entre actos “intencionales” o “culposos”. Cabe aclarar, sin embargo, que esta dañina declaración no produjo mayores efectos en el caso concreto. El tribunal descartó la existencia de discriminación arbitraria basado en el hecho de que el Servicio Electoral, al inscribir al candidato con su nombre de nacimiento (masculino), y no con su nombre en actual uso (femenino), estaba cumpliendo la ley y manteniendo el nombre señalado por el candidato en los documentos acompañados a la solicitud de inscripción. Estas consideraciones bastaron al tribunal para excluir la existencia de capricho o irracionalidad, y por tanto no hubo necesidad de entrar de determinar la existencia de intención o culpa.

Posteriormente, una sentencia del año 2015 –confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción³⁷– reprendió al demandante, señalando que al no singularizar el “motivo” (*i. e.* factor o característica que sirve de base a la discriminación), le impidió “*determinar si el hecho denunciado tiene o no motivación discriminatoria*”³⁸. Como es evidente, este fallo no sólo es problemático por el requerimiento de intención, sino que además la vincula indisolublemente a las categorías o elementos mencionados en el artículo 2° de la Ley Zamudio, cuya presencia y prueba, como ya señalamos, no pueden considerarse como indispensables para la existencia de una discriminación arbitraria.

Ahora bien, existe otro grupo de sentencias que se apartan levemente tanto de la noción tradicional de discriminación arbitraria como de la definición de la Ley Zamudio. Así, por ejemplo, un fallo de 2016 la entiende como aquella que “*no tiene fundamento, es desproporcionada, o tienen una clara distorsión de fines*”³⁹. Algo similar puede encontrarse en la primera sentencia “condenatoria” dictada a propósito de la acción especial creada por la Ley Zamudio, del año 2012. Este fallo citó la historia oficial de dicha ley para señalar que la arbitrariedad no exige ilegalidad, “*sino que la falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación*

³⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1499-2015, de 13 de octubre de 2015.

³⁸ 3er Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 10°).

³⁹ 18° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 15208-2015, de 10 de junio de 2016 (cons. 7°).

*de fin*⁴⁰, argumento que se repitió posteriormente en diversas sentencias⁴¹. Si bien la falta de fundamento, así como la distorsión o desviación de fines, podrían subsumirse en la noción de ausencia de “justificación razonable” (el test de racionalidad podría recoger ambos elementos), la “desproporción” o “falta de proporcionalidad” evidencian un concepto más complejo⁴². Una posibilidad es que igualmente pueda recogerse en la noción tradicional de razonabilidad, en cuanto lo entendamos como la consabida “debida proporción” entre la distinción de trato realizada y los fines que se buscan con aquélla. Sin embargo, si consideramos este requerimiento como algo similar al test de proporcionalidad, es claro que aquél implica algo sustancialmente diferente a la racionalidad, con una estructura de análisis propia y distinta, y con un resultado notoriamente menos deferente hacia quien hace la distinción. Volveremos a este punto más adelante.

Un caso similar lo encontramos en una sentencia de 2015. En ella la Corte de Apelaciones de Santiago decidió seguir algunos fallos del Tribunal Constitucional en que se desdibuja parcialmente la definición estándar de discriminación arbitraria⁴³. Es así como se señala que la diferencia examinada no responde “*a un propósito de hostilidad en contra de determinada persona o grupo de personas, o importe favor indebido o privilegio personal o de grupo*”, a lo que se agrega que las diferencias deben ser “*objetivas y no basarse en el libre arbitrio*”⁴⁴. Lo anterior nos parece un desacierto. El propósito de hostilidad nuevamente pareciera conducirnos hacia la idea de intención, o de los motivos que causan la discriminación, cuestión que ya abordamos, y cuya inclusión en la definición de discriminación resulta superflua o derechamente negativa. En términos simples, no es necesario que se quiera dañar a alguien a través de un acto para que éste se considere discriminatorio, ya que el énfasis debe ponerse en el impacto sobre la víctima (efecto discriminatorio), y no sobre la intención del victimario. En cuanto a la exigencia de que las diferencias deban ser objetivas (la noción de “libre arbitrio”, en tanto, nos

⁴⁰ 3° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 17314-2012, de 5 de diciembre de 2012 (cons. 16°).

⁴¹ 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 10°); 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2014 (cons. 12°); 10° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10527-2014, de 19 de agosto de 2015 (cons. 15°).

⁴² Una explicación más detallada puede encontrarse en ENTEICHE (2015), pp. 19 y ss. Sobre el test de proporcionalidad, véase COVARRUBIAS (2012), pp. 447-480; BARAK (2012), pp. 131-145.

⁴³ Sobre la noción de igualdad en la jurisprudencia del TC, véase CORREA (2011), pp. 96-125; DÍAZ DE VALDÉS (2015), pp. 317-372.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4266-2015, de 3 de junio de 2015 (cons. 3°).

parece perfectamente subsumible en la definición tradicional en cuanto elemento de la racionalidad), aquello es una emulación de derecho extranjero (España) o internacional, que no pareciera tener un mayor impacto conceptual o práctico⁴⁵.

Finalmente, existen dos precisiones de la jurisprudencia que es interesante comentar brevemente. La primera la encontramos en una sentencia de 2013, la que señala que la discriminación es una “*diferenciación en el trato otorgado a dos o más personas o grupos de personas*”⁴⁶. Podría entenderse que se estaría abriendo cierto espacio a la igualdad entre grupos, cuestión relevante, ya que las concepciones más tradicionales de igualdad, entre las que se incluye a la igualdad de derechos a que hace referencia el artículo 2° de la Ley Zamudio, están focalizadas en los individuos más que en los grupos⁴⁷. Cabe recordar a este respecto que nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 2, reconoce expresamente que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”, lo que daría cierto sustento normativo a la idea de igualdad entre grupos, la que a su vez podría ser recogida directamente por la jurisprudencia sin necesidad de una base textual en la Ley Zamudio (la que, sin embargo, sí pareciera contener un cierto *ethos* grupal, evidenciado en la deficiente consagración de categorías sospechosas).

Una segunda precisión dice relación con un fallo del año 2015 ya mencionado, el cual señala que “*discriminar significa conferir un trato de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquel con el que se compara*”⁴⁸. Esto no es completamente exacto. En efecto, discriminar consiste en dar un trato diferente sin razón suficiente. La diferencia de trato no siempre será evidentemente negativa; aquello puede ser controversial y depender del sujeto que lo está evaluando. Por lo mismo, para que exista discriminación basta la diferencia arbitraria en el trato, y no que éste sea manifiestamente inferior. Así, por ejemplo, si una municipalidad ubica a todos los niños vulnerables de un determinado barrio en un mismo colegio, pero decide unilateralmente enviar a uno de ellos a otro colegio, el cual goza de una reputación académica equivalente (o incluso superior), aquello podría constituir discriminación desde el punto de vista del afectado. Independientemente de

⁴⁵ Ver Informe de Armonización sobre Proyecto de Ley que Establece Medidas contra la Discriminación (Boletín 3815-07) (2007), de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe, pp. 6 y ss.

⁴⁶ 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 10°).

⁴⁷ Sobre igualdad entre individuos y grupos, ver RAE (1981), capítulo II. Sobre distintas nociones de igualdad constitucional, véase también MCCRUDDEN y PRESCHAL (2009).

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4266-2015, de 3 de junio de 2015 (cons. 3°).

que la municipalidad pueda o no justificar racionalmente su decisión (y excluir la arbitrariedad), el punto aquí es que, para el afectado, lo importante es que ha sido tratado en forma diferente, aunque a ojos de terceros ese trato pueda ser mejor del que han recibido los otros sujetos que se encuentran en la misma situación⁴⁹.

2. Otros tópicos sustanciales específicos

a) Derecho Internacional

Un aspecto interesante a revisar es el impacto del derecho internacional, fundamentalmente de los derechos humanos, en la jurisprudencia de la Ley Zamudio. Ello por cuanto se trata de una materia –antidiscriminación– en que la doctrina nacional tiende a mirar a aquel derecho como referente⁵⁰.

Al respecto, constatamos que la invocación al derecho internacional es sólo ocasional. Más aún, cuando se lo menciona, normalmente es como un elemento meramente referencial, o a lo más complementario de la normativa nacional relevante⁵¹. Incluso, existen casos en que el juez no da ninguna atención al derecho internacional invocado por las partes⁵².

En algunas sentencias, sin embargo, se aprecia un rol más robusto el derecho internacional. Por ejemplo, en el fallo de 2014 se utilizan tratados internacionales⁵³, así como recomendaciones y convenios de la OIT⁵⁴. Ellos, en palabras del tribunal, “*permiten configurar en el ámbito del derecho de los derechos fundamentales vigente en*

⁴⁹ Véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), demanda N° 57325/00, de 13 de noviembre de 2007.

⁵⁰ E. g., DÍAZ (2013); FARÍAS (2014); VIAL (2013); ZÚÑIGA (2002).

⁵¹ E. g., 3^{er} Juzgado Civil de Santiago, rol N° 17314-2012, de 5 de diciembre de 2012 (cons. 12°); 1^{er} Juzgado Civil de Temuco, rol N° 6545-2013, de 15 de mayo de 2015 (cons. 10°); 1^{er} Juzgado Civil de Concepción, rol N° 8228-2013, de 26 de junio de 2014 (cons. 5°); Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1009-2014, de 24 de octubre de 2014 (cons. 7°); 2° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10796-2013, de 27 de febrero de 2015 (cons. 10°); 3^{er} Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 13°); 27° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 1654-2015, de 7 de diciembre de 2015 (cons. 9°); 1^{er} Juzgado Civil de Chillán, rol N° 1901-2014, de 1 de agosto de 2014 (cons. 9°); 1^{er} Juzgado Civil de Temuco, rol N° 5230-2015, de 22 de diciembre de 2015 (cons. 10°).

⁵² 1^{er} Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 4435-2013, de 9 de junio de 2014.

⁵³ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

⁵⁴ Convenio sobre Protección a la Maternidad del año 2000, no ratificado por Chile; Recomendación N° 4 del Convenio sobre Protección a la Maternidad del año 1994, y Convenio sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación ratificado por Chile en 1971.

el mundo, y el aplicable a nuestro país, el reconocimiento de una desigualdad de hecho respecto de las mujeres embarazadas o en estado puerperal (...)”, agregando que a la demandante “no se [le] respetó su derecho consagrado en tratados internacionales, de haberse restituido en su cargo”⁵⁵. En otras palabras, el tribunal recurre al derecho internacional no sólo para identificar el “estado actual” del derecho genérico de la mujer a no ser discriminada por su situación de embarazo, particularmente en el ámbito laboral, sino que lo usa como fuente para determinar el derecho preciso que se habría vulnerado en este caso (restitución en el cargo). Cabe señalar que la sentencia pareciera utilizar el derecho internacional en forma directa, y no a través del tradicional reenvío del artículo 5° de la Constitución⁵⁶, como se aprecia en otras sentencias analizadas⁵⁷. En todo caso, cabe preguntarse si la naturaleza del asunto podría haber incentivado al tribunal a recurrir al derecho internacional, dada la ausencia de normas constitucionales específicas y expresas de protección a la mujer embarazada.

Otro caso relevante lo constituye una sentencia de 2016, en que el juez recurre al derecho internacional para determinar la existencia de un derecho a la identidad de género. Aquél quedaría comprendido en el derecho a la identidad contemplado en el artículo 8° de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, y por tanto gozaría de reconocimiento en Chile en virtud del artículo 5° de la Constitución. Más aún, en una argumentación algo rebuscada, se invocan los Principios de Yogyakarta, a los que se califica de “*soft law*”, que si bien carece de “*efectos jurídicos vinculantes*”, sería “*jurídicamente relevante*”. Dicha afirmación se sustenta con una cita a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que carece de toda pertinencia. Aquélla señala que los “*Jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones (de la comisión Europea)*”⁵⁸. Más allá de la confusa y lógicamente deficiente fundamentación, lo importante es que el tribunal recurre al derecho internacional para establecer la existencia de

⁵⁵ 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2014 (cons. 11°).

⁵⁶ Nos referimos a que normalmente los tribunales, para invocar tratados internacionales de derechos humanos, recurren al artículo 5° de la Constitución, el cual reconoce a los derechos fundamentales contenidos en tales tratados el carácter de límite a la soberanía. En otras palabras, se recurre a tales tratados no por el valor que se les reconoce a los mismos, sino en virtud de la invocación que a ellos hace el artículo 5°.

⁵⁷ E. g., 2° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10796-2013, de 27 de febrero de 2015, (cons. 9°); 3er Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 11°); 27° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 1654-2015, de 7 de diciembre de 2015 (cons. 9°).

⁵⁸ Juzgado de Letras de Colina, rol N° 1165-2015, de 22 de enero de 2016 (cons. 10°).

un derecho en el ordenamiento jurídico chileno. Cabe también señalar que, en este caso, podría haber bastado con recurrir al texto de la Ley Zamudio, el cual consagra la identidad de género dentro de las supuestas “categorías sospechosas” que mal configuró. Si bien el tribunal invoca esta norma a continuación, nos parece que el ejercicio anterior tenía por objeto reafirmar el carácter de derecho fundamental de la decisión acerca de la identidad de género, cuestión más amplia que su mera consagración como categoría “sospechosa”. En todo caso, y no obstante todo lo anterior, el tribunal rechazó la acción de no discriminación, por no haberse acreditado que el menor en cuestión tenía una identidad de género distinta a su sexo biológico.

En suma, salvo en ciertos casos aislados, el derecho internacional no demuestra demasiada influencia en la jurisprudencia de la Ley Zamudio.

b) Conflicto de derechos y el “ejercicio legítimo”

Uno de los principales problemas de la Ley Zamudio es que estableció una extrañísima norma acerca de conflictos de derechos. En efecto, en su artículo 2º, inciso tercero, dispuso lo siguiente: “*Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima*”.

Como hemos señalado en otro trabajo⁵⁹, pareciera ser que estamos frente a una jerarquía de derechos, ya que si la discriminación se produce a consecuencia del ejercicio de otro derecho, aquélla no será arbitraria sino razonable y permitida por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente cedería frente a la invocación de cualquier otro derecho fundamental. Tal jerarquización excedería las competencias del legislador, el cual no puede crear rígidas priorizaciones entre derechos de rango constitucional⁶⁰.

Dado el desacierto anterior, era previsible que los denunciados por una acción especial de no discriminación invocaran, como práctica habitual para justificar

⁵⁹ DÍAZ DE VALDÉS (2013), p. 284. Véase también HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2014), pp. 242-243; DÍAZ (2013), pp. 655-658.

⁶⁰ Véanse las prevenciones de los ministros Peña, Aróstica, Romero, Brahm y Letelier, así como la de los ministros García y Hernández, en Tribunal Constitucional, rol N° 2787-2015, de 2 de abril de 2015.

la diferencia de trato formulada, el ejercicio de otro derecho fundamental. Sin embargo, contrariamente a lo esperado, son muy pocos los casos en que el denunciado intenta justificar su conducta sobre la base de estar ejerciendo legítimamente otro derecho. Es cierto que un número relevante de las acciones intentadas se formularon en contra de organismos públicos, los que difícilmente podrían haber invocado derechos fundamentales para justificar sus actos. No obstante lo anterior, en la práctica sí existieron casos en que el Estado recurrió a dicha defensa⁶¹. Es más, la presencia de esta justificación entre denunciados privados sube sólo levemente en relación al nivel general (que incluye tanto a privados como a organismos estatales).

Un caso interesante lo constituye la sentencia de 2015. Una persona parapléjica denunció que la aerolínea Lan Chile no la dejó subir al avión para el que había comprado boleto, no obstante haber manifestado con antelación su condición y habersele asegurado que no había inconvenientes. Si bien la empresa no invocó en su defensa el derecho a la libre iniciativa económica consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, es el mismo juez el que lo trae a colación, señalando que su ejercicio se somete “*al mandato de la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y a los principios que gobiernan nuestro Derecho, entre ellos, la igualdad ante la ley*”⁶². Podría inferirse, por tanto, que para el tribunal el ejercicio legítimo del artículo 19 N° 21 —aquel que podría justificar la diferencia en cuestión— supone el respeto a la igualdad ante la ley. No obstante los méritos de este razonamiento, aquél es evidentemente tautológico, y va contra el texto expreso de la Ley Zamudio antes transcrito. En efecto, si el ejercicio legítimo de un derecho supone la no discriminación arbitraria, entonces no se entiende cuándo aquél podría utilizarse para justificar una diferencia que estaría afectando el derecho a la no discriminación.

Una interpretación diferente del “ejercicio legítimo” la encontramos con ocasión de la negativa de un colegio a reincorporar a una alumna, quien había sido voluntariamente retirada del colegio por cambio de ciudad. El obstáculo fue que la madre de la menor, al momento del retorno, se hallaba en situación de convivencia con otra persona, cuestión incompatible con la orientación católica

⁶¹ 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 29374-2012, de 13 de enero de 2014; 30° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 6720-2015, 8 de marzo de 2016. En la sentencia del 1er Juzgado Civil de Chillán, rol N° 1901-2014, de 1 de agosto de 2014 (cons. 21°), se da a entender que el Estado podría haber invocado derechos constitucionales, pero no lo hizo.

⁶² 1er Juzgado Civil de Temuco, rol N° 6545-2013, de 15 de mayo de 2015 (cons. 13°).

del colegio. Este último invocó la libertad de enseñanza y la libertad de culto. El fallo de primera instancia estimó que *“entre derechos de igual categoría como los de libertad de enseñanza y de educación, prima éste cuando se trata especialmente de un menor, quedando supeditado el legítimo ejercicio de aquél al desarrollo de éste”*⁶³. Dicho fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción, la que decide rechazar *“la alegación de una causal de justificación por parte de la institución denunciada consistente en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos a la libertad de culto y de enseñanza, pues como ya se afirmó en la ponderación de derechos y principios se ha hecho prevalecer el derecho de educación de la menor, dada la escasa afectación de los primeros, de modo que su ejercicio no ha sido legítimo en la especie”*⁶⁴.

Como se puede apreciar, tanto el juez de primera instancia como la Corte de Apelaciones de Concepción realizan una ponderación de derechos, lo cual nos merece las siguientes observaciones. En primer lugar, en ambos casos el balance o ponderación se hace en forma deficiente, sin mayor rigor metodológico. Es así como el tribunal de primera instancia omite referirse a argumentos, estructura de análisis, explicación de las consideraciones que tuvo en cuenta, explicación del contexto, etc. La Corte, en tanto, sólo señala que debía aplicarse un test de proporcionalidad, pero éste se identifica y aplica de forma paupérrima⁶⁵, reduciéndolo a una suerte de comparación entre niveles de afectación de derechos⁶⁶. En segundo término, ambos tribunales omiten incluir en la ponderación, al menos en forma explícita, el derecho a la no discriminación, elemento central de la acción deducida. En tercer lugar, y lo más importante para nuestro análisis, el balance o ponderación se gatilla como una forma de determinar si ha sido legítimo el ejercicio del derecho invocado por el denunciante para validar la diferencia de trato en que ha incurrido. En otras palabras, frente a la defensa del denunciado en cuanto a que estaría ejerciendo legítimamente su libertad de culto y de enseñanza, se le contesta que no se trataría de un ejercicio legítimo, porque aquél afectaría desproporcionadamente el derecho de educación de la niña.

Ahora bien, las consideraciones segunda y tercera precedentes están relacionadas. Recordemos que la Ley Zamudio adopta una noción no autónoma del

⁶³ 1^{er} Juzgado Civil de Concepción, rol N° 8228-2013, de 26 de junio de 2014 (cons. 10°).

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N°1009-2014, de 24 de octubre de 2014 (cons. 7°).

⁶⁵ Véase COVARRUBIAS (2012), pp. 471 y ss.

⁶⁶ Véase la crítica a este fallo de HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2014), pp. 242-244.

derecho a la no discriminación arbitraria (requiere la afectación adicional de otro derecho fundamental), y que además lo sitúa como jerárquicamente inferior a otros derechos. Por tanto, si se sigue el tenor literal de la norma, los tribunales no podrían realizar una ponderación directa entre la no discriminación y otro derecho, y en ese contexto tiene sentido que se realice a través del “derecho adicional” exigido por dicha ley para que exista discriminación (en este caso, el derecho a la educación). Lo particular es que aquello se hace para enervar la defensa de “ejercicio legítimo de un derecho”.

c) Comparador

Uno de los debates tradicionales en materia de igualdad y no discriminación es la necesidad del comparador, entendiendo por tal la persona o grupo que, estando en una situación similar a la víctima de discriminación, ha sido tratada de una forma diferente a aquélla⁶⁷. Normalmente la existencia de un comparador es evidente, pero no siempre es así (*e. g.*, mujer embarazada en un ambiente laboral donde no hay más mujeres). Más aún, en ciertas ocasiones el comparador aparece sólo indirecta o incluso implícitamente invocado en las argumentaciones sobre discriminación arbitraria.

Analizando la jurisprudencia de Ley Zamudio, es posible afirmar que la importancia del comparador es altamente variable para los tribunales. En ciertos casos se esfuerzan más allá de lo enteramente razonable en la identificación de un comparador, mientras que en otros simplemente lo ignoran. A continuación veremos algunos casos interesantes en que sí se utilizó, en forma expresa, la noción de comparador.

En un fallo de 2013, ya antes señalado, se resolvió la denuncia de un postulante a una Beca Conicyt para estudios de posgrado en el extranjero, quien alegaba haber sido discriminado en el proceso al declararse su postulación “fuera de bases”. Conicyt le informó que se debía a que el programa académico al que postulaba estaba excluido según las bases, mientras que él lo atribuía a una suerte de sanción por la presión pública que ejerció para que se entregaran los resultados de la beca. El tribunal declaró que “*Se dice que el punto de partida para hablar de discriminación es una diferenciación en el trato otorgado a dos o más personas o grupos de personas, ya que la igualdad es un concepto esencialmente relacional y no*

⁶⁷ Véase, por ejemplo, GOLDBERG (2011), pp. 729-812; EPSTEIN y MASTERS (2011).

*se entiende si es que no se aplica a la comparación entre sujetos*⁶⁸. A continuación, el tribunal rechaza la razón entregada por Conicyt, toda vez que otra postulante había logrado la beca para estudiar en ese mismo programa académico que, para el demandado, había quedado “fuera de bases”. No obstante que en definitiva el fallo rechaza la denuncia (por el ya comentado error de interpretar el listado de criterios enumerados en la ley, tales como raza y nacionalidad, como exhaustivo e imprescindible para la ocurrencia de una discriminación), su texto demuestra que la existencia de un comparador (otro estudiante postulando al mismo programa académico) puede ser determinante.

Posteriormente, una sentencia de 2014, confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta⁶⁹, resuelve el caso de la directora de un jardín infantil estatal, cuyo nombramiento es revocado durante su período de posnatal y licencia médica por enfermedad de hijo menor de un año. La Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas argumentó que no se trataba de un nombramiento como titular en el cargo de directora, ya que dicha posición no existía como tal para ese jardín (sólo se contemplaban dos cargos de educadora de párvulos), y que el referido nombramiento se trataba sólo de un “acto transitorio para el buen funcionamiento del servicio”. El tribunal rechazó la defensa de la denunciada, y para ello fue crucial que *“el único punto de comparación posible ha sido la anterior directora, que en idéntica situación jurídica que la actora, esto es siendo ambas mujeres contratadas en el mismo grado, con idénticas remuneraciones, para trabajar como educadores de párvulos, la delegación de funciones entregada en la difunta señora Eleanor Olivares Juárez, duró 20 años, lo que puede decirse con certeza que no constituye una designación eventual y transitoria, como afirma el fisco de Chile y su designación como directora cesó sólo con su fallecimiento. De modo que es dable esperar por la actora idéntica situación”*⁷⁰. Sin perjuicio de simpatizar con la denunciante, quien ganará el juicio, consideramos que en este caso el tribunal de alguna forma fuerza el punto del comparador. Ello no sólo porque únicamente una persona había ejercido el mismo cargo de la víctima, sino porque se deduce de la estabilidad en el empleo de aquélla una suerte de regla general aplicable a la denunciante. Al respecto, consideramos que bastaba con la línea principal de

⁶⁸ 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 10°).

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol N° 824-2014, de 28 de julio de 2014.

⁷⁰ 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2013 (cons. 10°). Véase también el considerando 11°.

argumentación, esto es, la ilegitimidad de la revocación del nombramiento en razón del embarazo de la madre, tal y como lo destaca particularmente la sentencia de segunda instancia. Recordemos a este respecto que los casos de discriminación por embarazo son particularmente complejos en cuanto a la disponibilidad de un comparador adecuado.

En un fallo de 2014, los padres de un menor denunciaron al colegio en razón de la exigencia de cortarse el pelo. El tribunal, sin embargo, consideró que no había diferencia de trato respecto de los otros estudiantes “*pues no se probó que sólo a él se le haya pedido el corte de pelo*”⁷¹. Es cierto que el tribunal apela también a la falta de daño relevante (en definitiva no se le canceló la matrícula al niño), y por tanto es difícil saber la importancia real que tuvo para el tribunal la ausencia de la prueba antes señalada. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de que el fallo pueda ser correcto, la frase transcrita es desafortunada. En primer término, en materia de prueba, no parece correcto solicitar, en el contexto de un juicio por discriminación, acreditar por parte de la víctima que su situación es única y que nadie más ha sufrido la misma discriminación. Más aún, en rigor eso no es relevante; basta que el trato que haya sufrido ella (y las otras eventuales víctimas) cumpla con los requisitos generales. Así, por ejemplo, si un restaurante rechaza a todos –o a varios– clientes que se presentan a la hora de almuerzo por ser católicos, ha discriminado a cada uno de ellos, siendo irrelevante si se trata de un caso o de diez, o qué proporción del total de clientes representan, o si a todos los clientes se les exigió no ser católicos para ingresar. En segundo lugar, se trasunta la gran importancia otorgada por el tribunal al comparador, ya que el trato diferente sólo se configura en la medida en que la conducta se compara a la dirigida a los demás sujetos situados en la misma situación (los demás estudiantes del colegio).

Una situación interesante se observa en una sentencia de 2015. Éste es uno de los pocos casos en que se falló a favor de personas desvinculadas por razones políticas tras un cambio de gobierno. En efecto, el tribunal decidió que si bien es legítimo poner término en cualquier momento a un cargo “a contrata”, no basta justificar dicha decisión en “necesidades del servicio”, sin precisar las razones de por qué los servicios del trabajador ya no son necesarios⁷². En este contexto, la sentencia señala que existiría una vulneración del artículo 19 N° 2 (igualdad en y ante la ley), “*pues el trato desigual a la (sic) que fue sometido en relación a otros*

⁷¹ Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, rol N° 79-2014, de 13 de octubre de 2014 (cons. 11°).

⁷² 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10794-2014, de 9 de febrero de 2015 (cons. 18°).

empleados que, desempeñándose en cargos a contrata, permanecen en ellos hasta el término legal o hasta que sus servicios dejan de ser necesarios por razones efectivas y que se explicitan, importa una discriminación de carácter arbitraria". Nuevamente, aparece la relevancia que puede adquirir el comparador.

Un ejemplo reciente lo encontramos una sentencia de 2015, confirmada en lo relevante por la Corte de Apelaciones de Concepción⁷³. Este fallo rechaza la denuncia de un profesor de educación física en contra del alcalde, quien lo habría desvinculado del cargo en razón de la acumulación de licencias médicas, aplicando la autoridad una normativa que se habría comprometido a no emplear. Sin perjuicio de que la sentencia contiene una serie de problemas, algunos de los cuales ya comentados, en materia de comparador señala que *"el actor debía haber efectuado un juicio comparativo entre la situación que dice afectarlo y situaciones idénticas o similares que hayan afectado a otras personas y respecto de las cuales se haya actuado distinto"*⁷⁴. Si bien la denuncia se rechaza concurrentemente por varias causales, la cita deja de manifiesto que la identificación de un comparador hubiese sido de utilidad para el denunciante.

Finalmente, cabe señalar que en ciertas ocasiones es el denunciado quien intentará ofrecer comparaciones, pero en un sentido distinto al comparador tratado en esta sección, ya que su objetivo será desvirtuar la credibilidad de la acusación de discriminación. Esto se observa en un fallo de 2016, el cual resolvió el reclamo en contra de una compañía de bomberos que no habría reincorporado a un voluntario en razón de su etnia y situación socioeconómica. Si bien la denuncia se rechaza principalmente por la falta de prueba de los actos discriminatorios, el tribunal parece descartar la discriminación racial, debido a que la denunciada probó que estaba integrada por otras personas de ascendencia mapuche⁷⁵. De esta forma, el denunciado evidenciaba que personas en la misma situación (postulantes de ascendencia mapuche) habían sido efectivamente incorporadas, y que por tanto la fuente de la diferencia no estaba en la etnia. Evidentemente, el valor de esta argumentación es relativo, ya que el solo hecho de que una persona o institución no discrimine en ciertos casos no asegura que no lo hará en otros.

⁷³ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1499-2015, de 13 de octubre de 2015.

⁷⁴ 3^{er} Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 11°).

⁷⁵ Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, rol N° 145-2015, de 29 de febrero de 2016 (cons. 10°).

III. ELEMENTOS PROCESALES

1. Prueba

Uno de los aspectos más problemáticos en los juicios de discriminación lo constituye la prueba, principalmente por cuanto la acreditación de un hecho discriminatorio puede ser muy difícil (en ocasiones son sólo dichos o expresiones sin mayor materialidad)⁷⁶. En efecto, la jurisprudencia analizada demuestra que en un gran número de casos los tribunales rechazan la denuncia de discriminación por no haberse acreditado suficientemente los hechos⁷⁷.

Un aspecto preocupante adicional que hemos podido detectar es la confusión existente en varios tribunales respecto de lo que debe probarse. Las pruebas deben acreditar hechos, y en casos de discriminación el hecho central es la diferencia de trato sufrida por la supuesta víctima. Adicionalmente podrá ofrecerse por la parte, o requerirse por el tribunal, prueba respecto de la vinculación entre tal diferencia y alguna característica de la persona discriminada⁷⁸, o del impacto que ello tuvo en otro derecho fundamental de la víctima⁷⁹, u otra circunstancia relevante⁸⁰. Sin embargo, la calificación de la conducta como discriminación arbitraria responde a una calificación jurídica –de derecho– que no puede ser objeto de prueba en cuanto tal⁸¹. No obstante lo anterior, diversas sentencias analizadas afirman que debe probarse la existencia de una discriminación arbitraria, o de un acto o conducta

⁷⁶ *E. g.*, 1^{er} Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 4435-2014, de 9 de junio de 2014.

⁷⁷ Véase MUÑOZ (2015), pp. 159.

⁷⁸ *E. g.*, orientación sexual o identidad de género (1^{er} Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 6332-2013, de 8 de mayo de 2014 (cons. 7°); Juzgado de Letras de Illapel, rol N° 213-2014, de 9 de marzo de 2015 (cons. 8°); opinión política (10° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10527-2014, de 19 de agosto de 2015 (cons. 14°)); 26° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 7698-2014, de 16 de diciembre de 2014 (cons. 3°); cf. 1^{er} Juzgado de Letras de Coyhaique, rol N° 1325-2013, de 16 de octubre de 2013 (cons. 9°)), religión (2° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5882-2013, de 11 de marzo de 2014 (cons. 6°)); discapacidad (3^{er} Juzgado Civil de Temuco, rol N° 1279-2014, de 18 de octubre de 2014 (cons. 9°)).

⁷⁹ *E. g.*, 1^{er} Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 6332-2013, de 8 de mayo de 2014 (cons. 7°); Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, rol N° 79-2014, de 13 de octubre de 2014 (cons. 8° y 11°); Juzgado de Letras de Colina, rol N° 1165-2015, de 22 de enero de 2016.

⁸⁰ En ocasiones se solicitan probar cuestiones derechamente no requeridas por la ley. Así, por ejemplo, en la sentencia del 2° Juzgado Civil de San Miguel, rol N° 5560-2014, de 26 de agosto de 2014 (cons. 16°), se recrimina al denunciante no haber probado la “intención negativa” tras el acto diferenciador. Véase también el caso del 1^{er} Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 4435-2013, de 9 de junio de 2014.

⁸¹ Cf. 4° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10146-204, de 30 de marzo de 2015 (cons. 5°). Véase también MUÑOZ (2015), p. 150.

de discriminación arbitraria⁸², incluso fijándolo como punto de prueba o hecho sustancial, pertinente y controvertido⁸³. Si bien en algunos casos los tribunales parecen referirse sólo al elemento fáctico involucrado, en ocasiones no es así y, en todo caso, el lenguaje sigue siendo confuso e inadecuado.

El tópico antes señalado se relaciona estrechamente con la definición acerca de quién debe probar qué. La regla constante seguida por la jurisprudencia revisada es que corresponde al denunciante acreditar los hechos que fundamentan su reclamo, siguiendo así la regla general del artículo 1698 del Código Civil⁸⁴.

No obstante lo anterior, existen ciertos fallos que se han apartado parcialmente de esta regla. Es así como uno de los fallos ya comentados señala que “*como se lee en la página 577 de la historia de la ley N° 20.609 [Ley Zamudio], establecida la existencia de un hecho discriminatorio que vulnera los derechos fundamentales referidos en el artículo segundo, no puede objetivamente existir un acto de discriminación sancionado, sino que se produce un traslado de la carga probatoria, correspondiendo al denunciado el acreditar la racionalidad o fundamentación de su actuar*”⁸⁵. Creemos que este fallo es errado. En primer término, es necesario aclarar que la página de la historia oficial de la norma, singularizada en la transcripción precedente, no se refiere a esta materia. En segundo lugar, si bien esta innovación en materia probatoria sí aparece tratada en otras partes de aquella historia oficial⁸⁶, su lec-

⁸² Cf. 1^{er} Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 6332-2013, de 8 de mayo de 2014 (cons. 7°); Juzgado de Letras de Illapel, rol N° 213-2014, de 9 de marzo de 2015 (cons. 8°); Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol N° 444-2014, de 12 de junio de 2014 (cons. 3°). Cf. 18° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 15208-2015, de 10 de junio de 2016 (cons. 7°).

⁸³ Un buen ejemplo es el fallo del 26° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 7698-2014, de 16 de diciembre de 2014, donde el único punto de prueba fue el siguiente: “efectividad de haber sido discriminatorios los actos administrativos que pusieron término a las contrataciones de los demandantes”. Véase también: 2° Juzgado de Letras de Talagante, rol N° 896-2013, de 20 de diciembre de 2013 (cons. 3°); Juzgado de Letras de Constitución, rol N° 41-2013, de 23 de abril de 2014 (cons. 3°); Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3547-2014, de 5 de noviembre de 2014 (cons. 4°); Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, rol N° 79-2014, de 13 de octubre de 2014; 3^{er} Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 7°); 1^{er} Juzgado Civil de Temuco, rol N° 5230-2015, de 22 de diciembre de 2015 (cons. 7°).

⁸⁴ *E. g.*, 1^{er} Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 6332-2013, de 8 de mayo de 2014 (cons. 7°); Juzgado de Letras de Illapel, rol N° 213-2014, de 9 de marzo de 2015 (cons. 8°); Juzgado de Letras de Constitución, rol N° 41-2013, de 23 de abril de 2014 (cons. 8°); 1^{er} Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 4435-2013, de 9 de junio de 2014 (cons. 12°). Véase también a MUÑOZ (2015), p. 159.

⁸⁵ 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2013 (cons. 12°).

⁸⁶ Véase la Historia Oficial de la ley N° 20.609, pp. 337, 338, 517, 518, 520, 527, 898, 913, 1003.

tura demuestra claramente que aquélla jamás fue aprobada⁸⁷. En tercer lugar, se trataría de una modificación de las normas legales que regulan la prueba, y por tanto debe constar en texto legal expreso, cuestión que no concurre en la especie.

En un fallo posterior, de año 2015, aparece la expresión “prueba dinámica”. Se trata de un caso presentado por los padres de un niño que no quedó en el colegio al que había postulado. El juez reconoció que a todos los postulantes se les había sometido a las mismas pruebas y exigencias, por lo que “*no se vislumbra en un primer análisis la discriminación arbitraria*”. Sin embargo, agrega a continuación que “*no obstante, precisamente, y teniendo en especial consideración, la carga dinámica de la prueba, y encontrándose en poder de la entidad privada de educación recurrida, todos los antecedente, documentación, instrumentos de medición, es decir, las pruebas que podían acreditar que los criterios usados fueron objetivos y universales, no los aportaron a la causa (...). Este secretismo (...) es constitutivo de arbitrariedad, por cuanto no permite a un observador imparcial externo concluir que el puntaje global obtenido por el menor y sus padres fue objetivo, por ende es arbitrario, y su ubicación en lista de espera, discriminatoria*”⁸⁸. Cabe apreciar que la prueba dinámica es “*una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo*”⁸⁹. En otras palabras, esta institución permite al juez decidir, considerando las condiciones específicas de la situación sometida a su conocimiento –en particular, quién tiene más posibilidad de aportar prueba– qué parte del proceso debe probar qué cosa⁹⁰. En este caso, el juez ocupa una lógica afín a la noción de prueba dinámica, en cuanto reprende al demandado por no aportar las pruebas que, obrando en su poder, podrían haber demostrado la racionalidad o justificación de su actuar. Sin embargo, nos parece que esta suerte de analogía se extiende en demasía al convertirla en una especie de presunción judicial: el secretismo constituiría *per se* arbitrariedad. Es así como la Corte de Apelaciones de Temuco, si bien confirmó esta sentencia, eliminó expresamente la frase que hacía referencia a la prueba dinámica⁹¹.

⁸⁷ Véase en este punto ROSALES (2014), pp. 268-269.

⁸⁸ 1^{er} Juzgado Civil de Temuco, rol N° 5230-2015, de 22 de diciembre de 2015 (cons. 11°).

⁸⁹ COULON (2013), pp. 45.

⁹⁰ Véase TAVOLARI (2012), pp. 355-361; PALOMO (2013), pp. 447-464. En relación a la aplicación de esta institución a la Ley Zamudio, véase ROSALES (2014), pp. 270-272.

⁹¹ Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 79-2014, de 22 de febrero de 2016.

Una cosa distinta es exigir derechamente que, una vez probado el hecho que constituye la diferencia de trato que se denuncia como discriminatoria, el denunciado justifique su actuación como razonable⁹², lo que a su vez puede requerir la prueba de ciertos elementos de hecho. En forma similar, un fallo de 2014, luego de dar por acreditado que la diferencia de trato se habría producido en razón de ideología u opinión política, pareciera exigir al denunciado la acreditación de la racionalidad de su actuar⁹³. De modo análogo, la sentencia de segunda instancia revisada en el párrafo precedente señala que, dado que la demandada había invocado la excepción del artículo 2° inciso tercero de la Ley Zamudio (el legítimo ejercicio de la libertad de enseñanza), le correspondía acreditar “*la razonabilidad, objetividad y transparencia del proceso de selección implementado*”⁹⁴.

Ahora bien, la impresión que queda de todo lo anterior es que, en la práctica judicial chilena, la exigencia de prueba hacia los denunciantes es alta—requiriéndose además bastante precisión⁹⁵—, y que, cuando la carga de la prueba recae en los demandados, aquélla se centra en la justificación de la diferencia de trato realizada.

En cuanto a los medios de prueba, los casos analizados demuestran una abundante utilización de testigos. En muchas ocasiones esta prueba no es de la mejor calidad (testigos de oídas, relacionados con las partes, etc.), y se ve arrastrada por la confusión antes señalada entre el hecho de la diferencia de trato y su calificación jurídica como discriminatoria. Adicionalmente, existe al menos un caso en que se ha señalado expresamente que un testigo directo no es suficiente prueba⁹⁶. Finalmente, en cuanto a las medidas para mejor resolver, aquéllas son prácticamente inexistentes. Destaca a este respecto una causa fallada el 2015⁹⁷, donde el tribunal solicitó un informe médico (referente a salud mental), el cual, sin embargo, no fue evacuado en tiempo y forma, debiendo el tribunal prescindir de él.

⁹² E. g., 1^{er} Juzgado Civil de Chillán, rol N° 1901-2014, de 1 de agosto de 2014 (cons. 19°-21°).

⁹³ 3^{er} Juzgado Civil de Temuco, rol N° 3262-2014, de 26 de noviembre de 2014 (cons. 14°, 20° y 21°).

⁹⁴ Considerando 14°. Véase también el fallo del Juzgado de Letras de Colina, rol N° 1165-2015, de 22 de enero de 2016, en el que se fijó como hecho sustancial, pertinente y controvertido que la decisión del denunciado se fundara en el ejercicio de la libertad de enseñanza.

⁹⁵ E. g., Juzgado de Letras de Illapel, rol N° 213-2014, de 9 de marzo de 2015 (cons. 9°); Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, rol N° 517-2014, de 25 de mayo de 2015 (cons. 7° y 8°); Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3547-2014, de 5 de noviembre de 2014 (cons. 26°).

⁹⁶ Juzgado de Letras de Ancud, rol N° 526-2014, de 17 de agosto de 2015 (cons. 9°, 11° y 12°).

⁹⁷ Juzgado de Letras de Illapel, rol N° 213-2014, de 9 de marzo de 2015.

2. Sanciones

Esta materia está regulada en el artículo 12 de la Ley Zamudio, el que señala que el tribunal en su sentencia debe declarar si hubo o no discriminación arbitraria. En el primer caso, el acto debe ser dejado sin efecto, agregando que “*el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio (...). Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*”.

De la revisión de la jurisprudencia realizada, aparece como evidente que los tribunales no siempre imponen una multa al responsable del acto arbitrario. Los motivos pueden ser fuente de especulación: los jueces podrían considerar que el texto legal transcrito es permisivo y no imperativo, o lo considerarían innecesario o incluso injusto en el caso concreto, o derechamente desconocerían la norma. Cualquiera sea la razón, esta conducta se aparta del claro tenor literal de la Ley Zamudio, así como de su historia fidedigna⁹⁸. En todo caso, en las ocasiones en que sí se imponen multas, se observa una severa carencia en cuanto a los elementos o consideraciones que utiliza el juez para modular su monto, los cuales deberían quedar expresados en la sentencia⁹⁹.

Un punto que ha sido objeto de controversia es la pertinencia de aplicar la sanción antes señalada a organismos públicos. Como se trata de una multa a beneficio fiscal, para algunos no tendría sentido imponerla, ya que el dinero saldría de las arcas fiscales para entrar a las mismas arcas fiscales. Así lo señaló un fallo del año 2013, en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas de la II Región: “*carece de lógica el imponer una carga pecuniaria al demandado, que se encuentra destinada a su propio patrimonio*”¹⁰⁰. En contraposición, encontramos al menos una sentencia en que se impuso la multa a un organismo público¹⁰¹. También existe un caso en que no se demandó al organismo público

⁹⁸ Véase ROSALES (2014), pp. 276-277.

⁹⁹ Una excepción parcial puede encontrarse en el 1^{er} Juzgado de Letras de San Fernando, rol N° 514-2013, de 16 de septiembre de 2014, donde se morigeró la multa a 10 UTM en razón “*de que los actos de discriminación arbitraria se desarrollaron en un corto período de tiempo*” (cons. 18°).

¹⁰⁰ 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2013 (cons. 13°). Véase también el fallo del 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10794-2014, de 9 de febrero de 2015.

¹⁰¹ 1^{er} Juzgado Civil de Chillán, rol N° 1901-2014, de 1 de agosto de 2014.

propiamente tal, sino que a una persona determinada dentro del mismo, y se le impuso una multa¹⁰².

Ahora bien, el artículo 12 de la Ley Zamudio agrega que “*Si la sentencia estableciera que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal*”. En la práctica, esta sanción es derechamente excepcional¹⁰³.

Otro asunto que ha aparecido con cierta frecuencia es la exigencia de los denunciados de una indemnización de perjuicios. Si bien esto fue discutido durante la tramitación de la Ley Zamudio, finalmente su texto no contempló la posibilidad de conceder perjuicios a los denunciados¹⁰⁴. Al respecto, un fallo de 2013 declaró que “*Es absolutamente clara la ley en señalar que las posibilidades que tiene la judicatura, en relación al artículo 12 de la misma, se encuentran totalmente acotadas, y más aun, en el orden patrimonial, limitadas a la interposición de una multa a beneficio fiscal, con lo que se evita la proliferación de este tipo de juicios con fines meramente lucrativos o especulativos (...) excluyendo del todo la posibilidad de indemnizar civilmente por esta vía las pretensiones de las partes*”¹⁰⁵. Esta línea ha sido una constante en diversos fallos posteriores¹⁰⁶, varios de los cuales han destacado la necesidad de tramitar la indemnización de perjuicios en un juicio distinto, de lato conocimiento¹⁰⁷.

Tal vez el único caso que se aparta de lo anterior es un fallo de 2014¹⁰⁸. Aquí el juez toma en consideración la indemnización de perjuicios solicitada por la denunciante, analizando si concurren o no los requisitos establecidos en el Código Civil para la responsabilidad extracontractual. Si bien el tribunal rechazó la pretensión, al considerar que no existía vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y los perjuicios alegados, el solo hecho de realizar el análisis señalado abre

¹⁰² 1^{er} Juzgado de Letras de San Fernando, rol N° 514-2013, de 16 de septiembre de 2014.

¹⁰³ 4° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10146-204, de 30 de marzo de 2015; 3^{er} Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015.

¹⁰⁴ Véase el análisis crítico de ROSALES (2014), pp. 275-279.

¹⁰⁵ 22° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 20750-2012, de 25 de junio de 2013 (cons. 22°).

¹⁰⁶ E. g., Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 668-2014, de 10 de noviembre de 2014; 2° Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 1303-2014, de 24 de noviembre de 2014 (cons. 16°).

¹⁰⁷ Cfr. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol N° 1098-2013, de 9 de enero de 2014 (cons. 4°); 1^{er} Juzgado de Letras de San Fernando, rol N° 514-2013, de 16 de septiembre de 2014 (cons. 17°).

¹⁰⁸ Juzgado de Letras de Río Bueno, rol N° 52-2014 de 15 de septiembre de 2014.

la puerta a considerar que, en otros casos, sí podría concederse la indemnización si se lograsen acreditar los requisitos correspondientes.

En cuanto a las providencias que podrían adoptar los tribunales para *restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*, cabe destacar la extrema autolimitación de los jueces. Sólo en forma muy excepcional se ha ejercido esta potestad. Por ejemplo, previa petición de parte, se ha ordenado instruir un sumario administrativo “*a fin de determinar la participación y responsabilidades funcionarias, que pudieran concurrir en el acto discriminatorio*”¹⁰⁹. También se ha condenado al pago de remuneraciones, hasta el fin del contrato a plazo, de personas desvinculadas arbitrariamente¹¹⁰, cuestión que se podría asemejar a una indemnización parcial de perjuicios.

El tema precedente cobra especial relevancia si se considera que el mandato legal de dejar sin efecto el acto discriminatorio no siempre produce los efectos esperados. En ciertas ocasiones, tal reversión puede ser simplemente imposible. En otras puede ser irrelevante o extemporánea. Por lo mismo, urge que los tribunales tomen conciencia de la amplitud de facultades que la Ley Zamudio ha puesto en sus manos. La preocupación no puede ser sólo el cese de la discriminación, sino la protección integral del afectado. En ciertas ocasiones, ésta exigirá, en la medida de lo posible, un retorno al estado previo al acto discriminatorio o a su más cercano equivalente. En otras situaciones se requerirá ciertos mandatos directos del tribunal acerca del futuro tratamiento de la víctima o de sus similares.

Finalmente, cabe destacar que, en forma muy ocasional, las sentencias emiten mandatos de carácter general y no sólo aplicables a la víctima. Así, por ejemplo, en una causa fallada en 2014, una abogada no vidente demandó al Servicio de Salud de Ñuble por un cambio de destinación que la privaba de ciertas facilidades que le permitían desarrollar su trabajo, en particular una asistente. El tribunal falló a favor de la denunciante, ordenando contratar la asistente, y agregando que “*en lo sucesivo, cuando realice una destinación o contratación de una persona con discapacidad, [el Servicio deberá] realizar en forma previa, los ajustes necesarios, es decir, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para*

¹⁰⁹ 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2013.

¹¹⁰ 3er Juzgado Civil de Temuco, rol N° 3262-2014, de 26 de noviembre de 2014; 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10794-2014, de 9 de febrero de 2015.

*garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*¹¹¹.

3. Test de arbitrariedad

Gran parte de la jurisprudencia revisada adhiere a la noción de discriminación arbitraria tradicional en nuestro sistema, en cuanto aquella que no es razonable, que es caprichosa o carece de justificación suficiente (en ocasiones se habla simplemente de “racional” o “conforme a la razón”)¹¹². Lo anterior redundaría en la exigencia de fundamento¹¹³. De esta forma, podemos afirmar que el test adecuado para determinar la existencia de arbitrariedad es la racionalidad o razonabilidad¹¹⁴. Simplemente a modo ejemplar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que una discriminación arbitraria supone que “*carezca de justificación razonable, esto es, que la misma no contenga un fundamento, explicación o antecedente en que se exprese la causa o el motivo de algo que se está resolviendo y que la misma sea incomprensible para su receptor*”¹¹⁵. Agrega luego: “*pudiendo estarse de acuerdo o no con sus fundamentos, pero no siendo la misma irreflexiva o infundada*”¹¹⁶, recordando entonces que, en el test de racionalidad, el juez se limita a controlar que la decisión tenga un sustento racional, aunque la víctima no esté de acuerdo o considere que existe una alternativa mejor.

No obstante lo anterior, algunos fallos parecieran confundir la falta de arbitrariedad con la legalidad, es decir, el solo hecho de contar la conducta impugnada con un fundamento legal sería suficiente para excluir la arbitrariedad¹¹⁷. En otras

¹¹¹ 1^{er} Juzgado Civil de Chillán, rol N° 1901-2014, de 1 de agosto de 2014.

¹¹² E. g., 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 29374-2012, de 13 de enero de 2014; 2° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10796-2013, de 27 de febrero de 2015 (cons. 13°-14°); 22° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 20750-2012, de 25 de junio de 2013 (cons. 15°). Cf. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3547-2014, de 5 de noviembre de 2014 (cons. 27°).

¹¹³ 1^{er} Juzgado Civil de Rancagua, rol N° 9091-2013, de 25 de noviembre de 2013 (cons. 4°); 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, rol N° 5451-2013, de 30 de junio de 2013 (cons. 6°, 7° y 12°); 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10794-2014, de 9 de febrero de 2015 (cons. 19°). Contrastar este último con el fallo del 10° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10527-2014, de 19 de agosto de 2015.

¹¹⁴ Véase DÍAZ DE VALDÉS (2016), pp. 245-248.

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 2476-2014, de 6 de marzo de 2015 (cons. 2°).

¹¹⁶ Cons. 6°.

¹¹⁷ E. g., 2° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 10796-2013, de 27 de febrero de 2015 (cons. 13°). Cf. 3^{er} Juzgado Civil de Temuco, rol N° 3262-2014, de 26 de noviembre de 2014 (cons. 21°). Contrastar

ocasiones, el riesgo de arbitrariedad pareciera conjurarse en razón del seguimiento de normas o políticas internas (tales como reglamentos, estatutos, protocolos o procedimientos) de grupos intermedios y organismos públicos¹¹⁸. Así, por ejemplo, en una sentencia se exculpa al Banco del Estado por no haber concedido un crédito al denunciante, toda vez que se habían seguido las políticas objetivas que el banco tenía al respecto¹¹⁹. Evidentemente, esta noción de arbitrariedad conlleva del peligro de que los tribunales se abstengan de entrar a conocer si la facultad reglamentaria o la norma estatutaria es en sí misma razonable, o si su aplicación al caso concreto lo ha sido¹²⁰.

Complementando lo anterior, cabe destacar la importancia del tema procedimental. En efecto, el seguimiento sólo parcial de las normas, políticas y procedimientos internos se ha considerado en sí mismo una arbitrariedad¹²¹. Algo similar ocurriría cuando *“las prerrogativas legales de la autoridad son llevadas a la práctica sin estar antecedidas por un procedimiento racional y justo, [en cuyo caso] el resultado es la comisión de un acto arbitrario”*¹²².

Ahora bien, como mencionamos previamente, existe un grupo de fallos que incorporan elementos que se alejan sustancialmente del test de racionalidad o razonabilidad, tales como la noción de proporcionalidad. Es el caso de la primera sentencia “condenatoria” de la Ley Zamudio¹²³, la cual citó la historia oficial de dicha ley para señalar que la arbitrariedad no exige ilegalidad, *“sino que la falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación de fin”*. Cabe destacar, sin embargo, que el tribunal no realiza un examen de proporcionalidad en este caso, sino más bien de racionalidad, si bien algo confuso en cuanto se centra en derribar la “presunción de razonabilidad” que presenta el artículo 2° inciso 3 de la Ley

con sentencia 2° Juzgado Civil de Valparaíso, rol N° 1352-2014, de 2 de diciembre de 2014 (cons. 14°). Cf. MUÑOZ (2015), pp. 153-154.

¹¹⁸ 2° Juzgado de Letras de Talagante, rol N° 896-2013, de 20 de diciembre de 2013 (cons. 18°-21°). Cf. Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, rol N° 145-2015, de 29 de febrero de 2016 (cons. 10°); 30° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 6720-2015, de 8 de marzo de 2016 (cons. 12°).

¹¹⁹ 7° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 29374-2012, de 13 de enero de 2014 (cons. 7°).

¹²⁰ Cf. 3er Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 19°). Véase también la deferencia hacia la interpretación de tales instrumentos por parte de organismos internos del cuerpo intermedio en el fallo del 1er Juzgado de Letras de Osorno, rol N° 3015-2014, de 22 de octubre de 2015.

¹²¹ 1er Juzgado Civil de Temuco, rol N° 6545-2013, de 15 de mayo de 2015 (cons. 11°).

¹²² 2° Juzgado Civil de Valparaíso, rol N° 1352-2014, de 2 de diciembre de 2014 (cons. 14°).

¹²³ 3er Juzgado Civil de Santiago, rol N° 17314-2012, de 5 de diciembre de 2012.

Zamudio, aplicable cuando el denunciado invoca el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. En todo caso, la afirmación antes transcrita, que vincula la arbitrariedad a la proporcionalidad, se repitió en forma sustancialmente idéntica en diversos fallos posteriores¹²⁴.

Otra sentencia interesante, dictada en 2013, señaló que *“la doctrina señala que no sólo debemos realizar un ‘test de razonabilidad’, sino que, si la situación lo amerita, deberá adecuarse a criterios doctrinarios de ‘proporcionalidad’ (es decir, que los actos o normas impugnados se encuadren dentro del espíritu general de la legislación, y con los principios y valores de la sociedad) o de ‘adecuación’ (cuando una distinción razonable pudiere ser discriminatoria en atención a otros factores de carácter político, histórico o cultural)”*¹²⁵. A primera vista, llama la atención las singulares nociones que el tribunal ofrece de la proporcionalidad y la adecuación. Más importante aún, ninguna de tales nociones son aplicadas por el tribunal, quien a continuación de enunciarlas pasa a calificar directamente la conducta impugnada y sólo declara que realizó *“un examen de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación”*, sin entregar más antecedentes de cómo lo hizo a la luz de las características del caso.

En el año 2014, un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción declaró que la diferencia impugnada era arbitraria *“toda vez que no obedece a una justificación racional. En efecto, no es racional una decisión que no es capaz de superar un test de proporcionalidad a la luz de los principios fundamentales en juego”*¹²⁶. Llama la atención la confusión entre racionalidad y proporcionalidad, ya que se trata de exámenes sustancialmente diferentes. En la práctica, la Corte de Apelaciones se alejó de la racionalidad, utilizando una versión rudimentaria de un examen de proporcionalidad. En concreto, la Corte decidió que debía *“realizar una ponderación de los derechos o principios fundamentales en conflicto”*, entendiendo por tal un balance bastante elemental entre la afectación que sufrirían los derechos invocados por cada parte en caso de dársele el favor a cualquiera de ellas.

En definitiva, parece claro que la utilización de la proporcionalidad como test de arbitrariedad es muy ocasional, bastante confusa, y más bien retórica que

¹²⁴ Véase *supra*, nota 42.

¹²⁵ 22° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 20750-2012, de 25 de junio de 2013 (cons. 19°).

¹²⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1009-2014, de 24 de octubre de 2014 (cons. 5°).

efectiva. Lo anterior no hace sino reforzar el postulado de que, en materia de no discriminación, el test adecuado es la racionalidad y no la proporcionalidad¹²⁷.

4. *Legitimación pasiva*

En general, no ha existido mayor dificultad a este respecto, y la acción podría dirigirse en contra de personas naturales y jurídicas. Sin embargo, una sentencia de 2015 declaró que esta acción sólo podía entablarse en contra de personas naturales. La única argumentación ofrecida fue que el artículo 12 de la Ley Zamudio, al establecer que la sanción que se impone en caso de declararse la existencia de discriminación arbitraria se aplica a “las personas directamente responsables”, sólo comprendería a personas naturales¹²⁸.

En cuanto a actos discriminatorios ejecutados en el ejercicio de un cargo, existen dos fallos relevantes. El primero es del año 2014, donde el tribunal declaró que si bien la acción de había dirigido en contra del Director del Servicio de Salud de Ñuble en cuanto persona natural y en contra del servicio, la acción impugnada respondía al ejercicio de las funciones como director, y por tanto sólo correspondía juzgar la conducta del servicio y no de la persona natural que oficiaba de director¹²⁹. Algo similar se resolvió en otra causa del mismo año, donde el término de la situación a contrata de las denunciadas es atribuida al Ministerio del Interior y a la Subdere “y no a las personas que sirven tales cargos”¹³⁰.

Finalmente, es interesante una sentencia del año 2016. Se trata de una denuncia contra la Tercera Compañía de Bomberos de Lautaro, por rechazar la reincorporación de un voluntario. El tribunal señaló que “efectivamente existe falta de legitimación pasiva de la demandada, por carecer de personalidad jurídica, ya que la Tercera Compañía de Bomberos de Lautaro es sólo una unidad perteneciente al Cuerpo de Bomberos de Lautaro, el que sí tiene personalidad jurídica”¹³¹. Si bien el fallo desestimó la acción por un conjunto de razones, la sentencia hace evidente un problema procesal relevante, y de paso excluye que agrupaciones sin personalidad jurídica puedan ser denunciadas.

¹²⁷ DÍAZ DE VALDÉS (2016), p. 245. Pero véase NOGUEIRA (2006), pp. 810 y ss.; NOGUEIRA (1997), pp. 171-174; MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2011).

¹²⁸ 1^{er} Juzgado Civil de Valdivia, rol N° 1509-2015, de 21 de agosto de 2015 (cons. 4° y 5°).

¹²⁹ 1^{er} Juzgado Civil de Chillán, rol N° 1901-2014, de 1 de agosto de 2014 (cons. 14°).

¹³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3547-2014, de 5 de noviembre de 2014 (cons. 15°).

¹³¹ Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, rol N° 145-2015, de 29 de febrero de 2016 (cons. 9°).

5. Caducidad

El artículo 5° de la Ley Zamudio señala que “*La acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción y omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión*”.

Se ha discutido si para interrumpir el plazo de caducidad de la acción se requiere solamente la interposición de la demanda, o también su notificación al demandado. Al respecto, existen dos pronunciamientos, ambos del año 2014¹³², que se inclinan por la primera opción. Ello por razones de historia legislativa, la naturaleza garantista de la acción (no se trata de un procedimiento contencioso ordinario), la utilización del vocablo “deducida”, y por cuanto “esta interpretación resulta más acorde al espíritu y propósito de esta ley”¹³³.

IV. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia emanada de la Ley Zamudio, al intentar aplicar una ley mal diseñada y carente de densidad conceptual, tiende más a la aplicación del “sentido común” del juez de letras que a la sofisticación dogmática.

2. Los tribunales se encuentran firmemente anclados en la noción tradicional de discriminación arbitraria, *i. e.*, aquella carente de razón, propia del capricho o sin justificación.

3. Los jueces tienden a seguir con docilidad los preceptos de la Ley Zamudio (*e. g.*, exigiendo la vulneración de un derecho adicional a la igualdad), y evitando en lo posible escollos menores (*e. g.*, la categorización entre distinciones, exclusiones y restricciones) y mayores (*e. g.*, determinación del ejercicio legítimo de un derecho que excluye la arbitrariedad).

4. Existe una deficiente conceptualización y aplicación de las categorías sospechosas, de sus efectos, y de su importancia para configurar una discriminación.

5. Se aprecian ciertas desviaciones preocupantes, tales como la exigencia de probar intención, la asimilación de la arbitrariedad a la mera ilegalidad o al no

¹³² 3er Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 y 27° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 1654-2015, de 7 de diciembre de 2015.

¹³³ 3er Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 7°).

seguimiento de normas internas, y la sustitución del test de racionalidad por una proporcionalidad mal entendida y peor aplicada.

6. La dificultad de aportar prueba suficiente ha sido un problema severo que lleva a cuestionar la posible morigeración de las reglas generales en esta materia. También es preocupante que múltiples fallos confundan la necesidad de acreditar la diferencia de trato (hecho) con su carácter de discriminatorio (calificación jurídica que corresponde al juez).

7. En términos generales, se aprecia el impacto negativo sobre los tribunales del pobre y confuso contenido dogmático de la Ley Zamudio. En contraste, se observa que los jueces han avanzado en la definición de elementos procesales de esta acción (*e. g.*, carga de la prueba, caducidad, legitimación pasiva).

8. Algunos de los problemas detectados podrían vincularse a que los jueces de primera instancia carecen de experiencia en materia de acciones cautelares. Es imperioso capacitarlos en esta área, así como en derecho antidiscriminatorio.

9. Es indispensable reformar la Ley Zamudio, teniendo a la vista las dificultades y falencias evidenciadas por la práctica judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXANDER, Larry (1992): "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", en *University of Pennsylvania Law Review* (vol. 141), pp. 149-219.
- ALVEAR, Julio y COVARRUBIAS, Ignacio (2012): "Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "Antidiscriminación"", en *Actualidad Jurídica* (Año 13, N° 26), pp. 9-30.
- ATRIA, Fernando (1997): *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional* (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales).
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BESSON, Samantha (2012): "Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe", en *The American Journal of Comparative Law* (Vol. 60), pp. 147-180.
- CEA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, 2ª edición (Santiago, Universidad Católica de Chile), tomo II.

- CORREA, Jorge (2011): “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, en AA.VV., *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 96-126.
- COULON, María de los Ángeles (2013): *La carga dinámica de la prueba y sus límites* (Santiago, LegalPublishing).
- COURTIS, Christian (2010): “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado* (Nº 24), pp. 105-141.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39, Nº 2), pp. 447-480.
- DÍAZ, Iván (2013): “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 40, Nº 2), pp. 635-668.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2013): “¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?”, en *Actualidad Jurídica* (año 14, Nº 28), pp. 279-297.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2015): “Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 21, Nº 2), pp. 317-372.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2016): “La gratuidad discriminatoria”, en AA.VV., *Sentencias Destacadas 2015* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 235-261.
- ENTEICHE, Nicolás (2015): *La Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la proporcionalidad de las sanciones administrativas: Un análisis práctico*. Actividad formativa equivalente a tesis de posgrado, Universidad de Chile.
- EPSTEIN, Paul y MASTERS, Dee (2011): “Direct Discrimination: A Practical Guide to Comparators”, [fecha de consulta: 17 de octubre de 2016]. [Disponible en: www.cloisters.com/seminar-downloads/comparators-in-direct-discrimination-cases-9-9-11-final.pdf].
- EVANS, Enrique (1999): *Los derechos constitucionales*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- FARÍAS, Javiera (2014): “Los efectos procesales de la corrección política en el ordenamiento jurídico chileno con ocasión de la ley Nº 20.609”, en *Ars Boni et Aequi* (Vol. 11, Nº 1), pp. 67- 99.
- FISHKIN, James (1987): “Liberty Versus Equal Opportunities”, en AA.VV., *Equal Opportunity* (Oxford, Basil Blackwell), pp. 32-48.

- GERARDS, Janneke (2013): “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, en *Human Rights Law Review* (vol. 13, N°1), pp. 99-124.
- GOLDBERG, Suzanne (2011): “Discrimination by Comparison”, en *The Yale Law Journal* (vol. 120, N° 4), pp. 728-812.
- HENRÍQUEZ, Miriam y NUÑEZ, José Ignacio (2014): “Ley Zamudio: ¿Ponderación o subsunción? Comentario a la sentencia rol N° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción”, en *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile* (N° 6), pp. 239-244.
- MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco (2011): “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (Año 9, N° 1), pp. 199-226.
- MUÑOZ, Fernando (2015): “Estándares conceptuales, cargas procesales y reparación en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia* (vol. 27, N° 2), pp. 145-167.
- MCCRUDDEN, Christopher y PRECHAL, Sacha (2009): “The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach”, [fecha de consulta: 4 de octubre de 2016]. [Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en>].
- NOGUEIRA, Humberto (1997): “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (N° 18), pp. 167-184.
- NOGUEIRA, Humberto (2006): “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (N° 10), pp. 799-831.
- PALOMO, Diego (2013): “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?”, en *Revista Ius et Praxis* (año 19, N° 2), pp. 447-464.
- POST, Robert (2000): “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en *California Law Review* (vol. 88), pp. 1-40.
- RAE, Douglas (1981): *Equalities* (Cambridge, Harvard University Press).
- RÉAUME, Denise (2003): “Discrimination and Dignity”, en *Lousiana Law Review* (vol. 63), pp. 645-695.
- RODRÍGUEZ, Pablo (2013): “Sobre discriminación arbitraria”, en *Actualidad Jurídica* (Año 14, N° 28), pp. 187-205.

- ROSALES, Cecilia (2014): “Acción de no discriminación arbitraria”, en AA.VV., en *Acciones protectoras de derechos fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 255-296.
- SILVA, Alejandro (2006): *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo XI.
- TAVOLARI, Raúl (2012): “¿Confianza o desconfianza en los jueces?: Un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile* (Nº 22), pp. 355-362.
- VIAL, Tomás (2013): “La Nueva Ley Antidiscriminación: Propuestas para avanzar en su Perfeccionamiento”, en AA.VV., *Anuario de Derechos Humanos* Nº 9 (Santiago, Universidad de Chile), pp. 183-191.
- ZÚÑIGA, Francisco (2002): “Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional”, en AA.VV., *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 20 (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso), pp. 237-260.

JURISPRUDENCIA CITADA

- (1998): Tribunal Constitucional, 20 octubre 1998, rol Nº 280-98.
- (2007): Tribunal Constitucional, 4 octubre 2007, rol Nº 807-07.
- D. H. y otros contra la República de Chequia* (2007): Corte Europea de Derechos Humanos (Gran Sala), 13 noviembre 2007.
- (2008): Tribunal Constitucional, 31 enero 2008, rol Nº 811-07.
- Zapata con Sociedad Comercial Marín* (2012): 3^{er} Juzgado Civil de Santiago, 5 diciembre 2012, rol Nº 17314-2012.
- Pizarro con Servicio Nacional de la Mujer* (2012): 1^{er} Juzgado de Letras de La Serena, 19 marzo 2013, rol Nº 3133-2012.
- Ortiz con Sabas Chaguán y otros* (2012): 22^o Juzgado Civil de Santiago, 25 junio 2013, rol Nº 20750-2012.
- Morandé con Conicyt* (2012): 15^o Juzgado Civil de Santiago, 18 julio 2013, rol Nº 26206-2012.
- Martínez con Lemus* (2013): 1^{er} Juzgado de Letras de Coyhaique, 16 octubre 2013, rol Nº 1325-2013.

- Osorio con Jeldres* (2013): 1^{er} Juzgado Civil de Rancagua, 25 noviembre 2013, rol N° 9091-2013.
- Easton con Federación de Rodeo Chileno* (2013): Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, 5 diciembre 2013, rol N° 318-2012.
- González con Tobar* (2013): 2° Juzgado de Letras de Talagante, 20 diciembre 2013, rol N° 896-2013.
- Martínez con Servicio de Salud de Puerto Aysén* (2013): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 26 diciembre 2013, rol N° 149-2013.
- Majmud con Ministerio de Obras Públicas* (2014): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 enero 2014, rol N° 1098-2013.
- Pascual con Banco del Estado de Chile* (2014): 7° Juzgado Civil de Santiago, 13 enero 2014, rol N° 29374-2012.
- Carmona con Vargas* (2014): 23^{er} Juzgado Civil de Santiago, 30 enero 2014, rol N° 4968-2013.
- Contreras con Sociedad Educacional Chañares S.A.* (2013): 2° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, 11 marzo 2014, rol N° 5882-2013.
- (2014): Tribunal Constitucional, 10 abril 2014, rol N° 2435-13.
- Fuentes con Lastra* (2014): Juzgado de Letras de Constitución, 23 abril 2014, rol N° 41-2013.
- Retamal con Terminal de Buses Viña del Mar S.A.* (2013): 1^{er} Juzgado Civil de Viña del Mar, 29 abril 2014, rol N° 808-2013.
- Peña con Tamayo* (2013): 1^{er} Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, 8 mayo 2014, rol N° 6332-2013,
- Rojas con Instituto Profesional Providencia* (2014): 1^{er} Juzgado de Letras de La Serena, 9 junio 2014, rol N° 4435-2013.
- Peña con Tamayo* (2014): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 junio 2014, rol N° 444-2014.
- Catalá con Colegio Santísima Trinidad* (2013): 1^{er} Juzgado Civil de Concepción, 26 junio 2014, rol N° 8228-2013.
- Majmud con Ministerio de Obras Públicas* (2014): 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, 30 junio 2014, rol N° 5451-2013.
- Majmud con Ministerio de Obras Públicas* (2014): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 28 julio 2014, rol N° 824-2014.
- Riesco con Paul* (2014): 1^{er} Juzgado Civil de Chillán, 1 de agosto 2014, rol N° 1901-2014.

- Suárez con Cuerpo de Bomberos* (2014): 2° Juzgado Civil de San Miguel, 26 agosto 2014, rol N° 5560-2014.
- Obando con Comercial Socopea S.A.* (2014): Juzgado de Letras de Río Bueno, 15 septiembre 2014, rol N° 52-2014.
- Carvajal con Duarte* (2013): 1^{er} Juzgado de Letras de San Fernando, 16 septiembre 2014, rol N° 514-2013.
- Castillo con Establecimiento Educacional* (2014): Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, 13 octubre 2014, rol N° 79-2014.
- Fuentealba con Aqueveque* (2014): 3^{er} Juzgado Civil de Temuco, 18 octubre 2014, rol N° 1279-2014.
- Torres con Colegio de la Santísima Trinidad* (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 24 octubre 2014, rol N° 1009-2014.
- Suárez Montoya con Ministro del Interior* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 noviembre 2014, rol N° 3547-2014.
- Ojeda con Mallat* (2014): Corte de Apelaciones de La Serena, 10 noviembre 2014, rol N° 668-2014.
- Ojeda con Servicio de Cooperación Técnica* (2014): 2° Juzgado de Letras de La Serena, 24 noviembre 2014, rol N° 1303-2014.
- García con Sotomayor* (2014): 3^{er} Juzgado Civil de Temuco, 26 de noviembre de 2014 rol N° 3262-2014.
- Díaz con Armada de Chile* (2014): 2° Juzgado Civil de Valparaíso, 2 diciembre 2014, rol N° 1352-2014.
- Cardemil con López de Maturana* (2014): 26° Juzgado Civil de Santiago, 16 diciembre 2014, rol N° 7698-2014.
- Pírez con Sotomayor* (2015): 7° Juzgado Civil de Santiago, 9 febrero 2015, rol N° 10794-2014.
- Verbal con Servicio de Registro Electoral de Chile* (2015): 2° Juzgado Civil de Santiago, 27 febrero 2015, rol N° 10796-2013.
- Díaz con Armada de Chile* (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 marzo 2015, rol N° 2476-2014.
- Espinoza con Dijon Sucursal Illapel* (2015): Juzgado de Letras de Illapel, 9 marzo 2015, rol 213-2014.
- Munnier con Amarales* (2015): 4° Juzgado Civil de Santiago, 30 marzo 2015, rol N° 10146-204.
- (2015): Tribunal Constitucional, 2 abril de 2015, rol N° 2787-2015.

- García, Sotomayor y otro* (2015): Corte Suprema, 13 mayo 2015, rol N° 3709-2015.
- Leal con Lan Airlines S.A.* (2015): 1^{er} Juzgado Civil de Temuco, 15 mayo 2015, rol N° 6545-2013.
- Atinao con Van Lanckeren* (2015): Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, 25 mayo 2015, rol N° 517-2014.
- Verbal con Registro Electoral* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 junio 2015, rol N° 4266-2015.
- Giacaman con Municipalidad de Concepción* (2015): 3^{er} Juzgado Civil de Concepción, 13 julio 2015, rol N° 407-2015.
- Promedon Chile S.A. con Díaz Castaño Rodrigo José* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 agosto 2015, rol N° 2466-2015.
- Velásquez con Ilustre Municipalidad de Ancud* (2015): Juzgado de Letras de Ancud, 17 agosto 2015, rol N° 526-2014.
- Letelier con Amarales* (2015): 10^o Juzgado Civil de Santiago, 19 agosto 2015, rol N° 10527-2014.
- Soto con Línea de Microbuses N° 4* (2015): 1^{er} Juzgado Civil de Valdivia, 21 agosto 2015, rol N° 1509-2015.
- Giacamán con Municipalidad de Concepción* (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 octubre 2015, rol N° 1499-2015.
- Díaz Barra, Charles Humberto con Armada de Chile* (2015): Corte Suprema, 21 octubre 2015, rol N° 4999-205.
- Claro con Asociación de Rodeo Chileno* (2015): 1^{er} Juzgado de Letras de Osorno, 22 octubre 2015, rol N° 3015-2014.
- Moris con Centro Educacional Moro* (2015): 27^o Juzgado Civil de Santiago, 7 diciembre 2015, rol N° 1654-2015.
- Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco* (2015): 1^{er} Juzgado Civil de Temuco, 22 diciembre 2015, rol N° 5230-2015.
- Escalona con Colegio Pumahue de Chicureo* (2015): Juzgado de Letras de Colina, 22 enero 2016, rol N° 1165-2015.
- Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco* (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, 22 febrero 2016, rol N° 79-2014.
- Castro con Tercera Compañía de Bomberos de Lautaro* (2015): Juzgado de Letras y Familia de Lautaro, 29 febrero 2016, rol N° 145-2015.
- Cardemil Herrera, Alberto Eugenio y otros con López de Maturana, Luna Gladys* (2015): Corte Suprema, 2 marzo 2016, rol N° 18453-2015.

Díaz con Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. (2016): 30° Juzgado Civil de Santiago, 8 marzo 2016, rol N° 6720-2015.

Llarlluri con Universidad de La Serena (2016): 3^{er} Juzgado de Letras de La Serena, 31 marzo 2016, rol N° 5058-2015.

Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco (2016): Corte Suprema, 25 mayo 2016, rol N° 21702-2016.

De Souza Lima con Colegio Internacional (2016): 18° Juzgado Civil de Santiago, 10 junio 2016, rol N° 15208-2015.

Leal con Lan Airlines S.A. (2016): Corte Suprema, 6 julio 2016, rol N° 16940-2016.



II. JURISPRUDENCIA COMENTADA

UNIVERSIDAD DE TALCA

SERGIO ARRAU Y CARLOS ELTON BARRERA ARQUITECTO
CARLOS VALDITTESO INGENIERO ASESOR
EMPRESA CONSTRUCTORA BRAVO E IZQUIERDO

Campus Santiago, Universidad de Talca,
donde se ubica el Centro de Estudios Constitucionales de Chile

