

Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile*

Critical Reflections about Equality as Non Discrimination in Chile

Estefanía ESPARZA REYES**

RESUMEN: Actualmente, no se discute la vigencia o validez del principio/derecho a la igualdad o, más concretamente, a no ser discriminado. Los desacuerdos parecen centrarse en el alcance de la protección del mismo, especialmente entre privados, y, todavía más específicamente, en los límites de las acciones afirmativas. El panorama en Chile, por su parte, es bastante diferente, pues, si bien es posible afirmar que existen normas expresas e, incluso, instituciones propias del Derecho antidiscriminatorio, la carta fundamental no menciona la discriminación, razón por la cual la protección constitucional se ha llevado a cabo desde el derecho a la igualdad. Sostengo que la ausencia de cláusulas constitucionales de prohibición de discriminación, entendidas como un elemento que considera la pertenencia a ciertos grupos sociales, así como la conceptualización de la discriminación desde la arbitrariedad, generan la convivencia, de manera simultánea, de concepciones diferentes sobre la discriminación, hecho que aleja a Chile del tratamiento comparado habitual de la materia.

Palabras clave: derecho a no ser discriminado; Chile; discriminación arbitraria; derecho antidiscriminatorio; igualdad.

ABSTRACT: Currently, the validity of the non discrimination right is not disputed. The disagreements seem to focus on the extension of protection, especially between individuals, and, even more specifically, on the limits of affirmative action. The scene in Chile is very different, because while it is possible to assert that exists specific rules and even institutions of antidiscrimination law, Chilean Constitution does not mention discrimination, and constitutional non discrimination right has been principally protected through the right to equality. It is argued that the absence of constitutional non discrimination clauses as belonging to disadvantaged social groups recognition and the conceptualization of discrimination as arbitrariness generate different concepts about discrimination that coexist simultaneously and distance to Chile from other legal systems.

Keywords: Non Discrimination; Chile; Arbitrary Discrimination; Antidiscrimination Law; Equality.

* El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto Fondecyt de Iniciación núm. 11170788, “Configuración de las bases del derecho antidiscriminatorio en Chile a través de sus principios jurídicos”.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España; académica en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Frontera, Temuco, Chile (estefania.esparza@ufrontera.cl).

SUMARIO: I. *Breves precisiones conceptuales con relación a la discriminación.* II. *Consagración de la igualdad en Chile.* III. *Mecanismos de protección del derecho a la igualdad como no discriminación en Chile.* IV. *A modo de conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. BREVES PRECISIONES CONCEPTUALES CON RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

Debido a las perniciosas consecuencias que produce y su estricta relación con la dignidad humana, entendida como el valor intrínseco del ser humano¹ o igual consideración y respeto,² la discriminación ha sido proscrita en múltiples tratados internacionales y Constituciones mediante la incorporación de cláusulas de no discriminación,³ las cuales se extendieron en diversas latitudes con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.⁴

Si bien el surgimiento histórico de la no discriminación parte de la igualdad, específicamente en Estados Unidos de América⁵ a través de la cláusula de igual protección de los derechos, los autores y la jurisprudencia han distinguido tales conceptos. Así, se ha estimado que obedecerían a concepciones diversas, a saber: la igualdad como prohibición de trato arbitrario o

¹ Esta aseveración se concretiza en la cláusula de no instrumentalización. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, p. 335.

² “Por lo tanto, podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, meritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989, p. 274.

³ La incorporación de estas cláusulas de no discriminación en las cartas fundamentales se masificó con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial, aunque existen antecedentes de las mismas, por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución de la segunda República Española de 1931. Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.

⁴ Giménez Glück, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

⁵ Rotunda, Ronald y Nowak, John, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 2a. ed., Saint Paul (Minnesota), West Publishing Co., 1992, vol. III, pp. 76 y ss.

igualdad formal, y la igualdad como protección de grupos sistemáticamente excluidos o igualdad como no discriminación.⁶

Por otra parte, estas cláusulas suelen hacer alusión directa a las “causas” o categorías sospechosas de discriminación, tales como el sexo, la raza, la religión, las opiniones políticas, la edad, la situación de discapacidad, entre muchas otras, y finaliza con una cláusula más o menos abierta, indicando “cualquier otra condición social”.⁷ De esta manera, la forma más común de proscribir la discriminación consiste en la introducción de cláusulas constitucionales o en tratados internacionales que, prohibiendo la discriminación, detallan las categorías sospechosas de discriminación, es decir, pertenencias a grupos tradicionalmente excluidos.

La incorporación de estas cláusulas plasma el reconocimiento de una situación de ocurrencia frecuente e histórica en nuestras sociedades, esto es, la existencia de un trato distinto hacia las personas que pertenecen a ciertos colectivos o grupos sociales tradicionalmente minusvalorados o excluidos. De este modo, resulta necesario no perder de vista dos aspectos de la mayor relevancia: el primero consiste en que estas cláusulas se han incorporado a las cartas, precisamente, para resguardar a las personas que pertenecen a estos grupos sociales y, en consecuencia, la interpretación de las mismas.

En segundo término, en la doctrina no existe un completo acuerdo sobre algunos aspectos relevantes en la materia; uno de ellos consiste en la posibilidad de vulneración de la igualdad por otorgar un trato igual en casos distintos, es decir, si es posible entender que dicho principio proscribe la “discriminación por indiferenciación”. En este sentido, parece que sólo la doctrina minoritaria, particularmente en España, considera que la igualdad como no discriminación, entendida como la tradicional fórmula de “tratar igual lo igual”, tendría como corolario la segunda parte de la misma, que ordena “tratar distinto lo distinto”, a pesar de que importantes autores han

⁶ González Le Soux, Marianne y Parra Vera, Oscar, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso Apitz”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 47, enero-junio de 2008, pp. 127-164.

⁷ A modo de ejemplo, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

sostenido la conveniencia de incluir, al menos en el mandato general de igualdad, ambas reglas,⁸ afirmación que resultaría del todo acertada.

Por otra parte, contamos con definiciones de discriminación relativamente similares para ámbitos acotados; por ejemplo, la discriminación racial ha sido definida como

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.⁹

De las definiciones pueden extraerse algunos elementos para caracterizar la discriminación,¹⁰ entre los cuales destacan su finalidad —la protección de grupos sociales preteridos—¹¹ y su fundamento o base —un prejuicio que pesa sobre los primeros—.

⁸ Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984; Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre de 2007, pp. 71-114.

⁹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

¹⁰ Es necesario destacar que la mayoría de los autores no han reparado, al menos de manera expresa, en los elementos de la discriminación, circunstancia que lógicamente repercute en los principios que se reconozcan al derecho antidiscriminatorio. Así, Kaufman entiende que componen tal rama del derecho los siguientes principios: *a*) principio de legalidad; *b*) principio de gravedad social; *c*) principio de simbolismo; *d*) principio de diagnóstico/remedio; *e*) principio de adaptación frente a situaciones concretas; *f*) principio de especialidad; *g*) principio de contexto social, y *h*) principio de protección de las libertades individuales (Kaufman, Gustavo, *Dignus Inter Pares. Un análisis comparado de derecho antidiscriminatorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010). Muñoz, por otra parte, refiriéndose al derecho antidiscriminatorio chileno, sostiene que se compone de un principio epistémico (reconocimiento de una estructura social organizada en grupos y que algunos de éstos son desaventajados), un principio igualitario (calificación de tales grupos como libres e iguales en dignidad y derechos) y un principio interventor (obligación estatal de actuación) (Muñoz León, Fernando, “No a «separados pero iguales» en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 2, 2013, pp. 201-228).

¹¹ Los autores no coinciden en tratar de manera conjunta o separada el principio de grupo y el principio de protección. En el primer sentido, véase Siegel, Reva, “Equality

La discriminación requiere de la existencia de un grupo discriminado,¹² aunque parece más exacta la nomenclatura de grupo social, el cual puede ser definido como

un colectivo de personas que se diferencia al menos de otro grupo a través de formas culturales, prácticas o modos de vida. Los miembros de un grupo tienen afinidades específicas debido a sus experiencias o forma de vida similares, lo cual los lleva a asociarse entre sí más que con aquellas otras personas que no se identifican con el grupo o lo hacen de otro modo. Los grupos son expresiones de las relaciones sociales: un grupo existe sólo en relación con al menos otro grupo.¹³

Si bien no existe plena conciencia al respecto, varios autores, al hacer alusión a los colectivos que pueden sufrir discriminación, tratándolos como “minorías”,¹⁴ están —en realidad— refiriéndose a la definición de

Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown”, *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, pp. 1470-1547; en el segundo, véase Barrère Unzueta, María Ángeles, “Problemas de derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001, pp. 47-66.

¹² En ocasiones, de manera acertada, se ha utilizado el concepto de “categoría estructuralmente desaventajada”. Así se indica que parte de la población experimenta diversas formas de discriminación en razón de su pertenencia a alguna categoría estructuralmente desaventajada, (Muñoz León, Fernando, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, *Revista de Derecho [Valdivia]*, vol. XXVIII, núm. 2, 2015, pp. 145-167). El concepto, al parecer, habría sido tomado de Owen Fiss, quien planteó interpretar la cláusula de igual protección de los derechos como no subordinación o exclusión de las personas que pertenecen a grupos desaventajados (Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976, pp. 107-177).

¹³ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, 2000.

¹⁴ Cuando comienza a estudiarse el fenómeno de la discriminación en los países de habla hispana, el concepto más utilizado para referirse a estos grupos fue el de minoría; sin embargo, se trata de una noción discutida, conflictiva y ambigua desde varias ópticas, circunstancia que fue detectada hace ya varios años (Prieto Sanchís, Luis, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad material”, *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1995, pp. 367-387). Unos de estos inconvenientes es la distinción entre minorías cuantitativas y cualitativas; por ejemplo, las mujeres podrían ser consideradas una minoría desde la óptica de su representación política, mas no en términos numéricos. Por otro lado, dentro del concepto de minoría, se han agrupado pertenencias tan disímiles, como el sexo, la raza, y la lengua, así como otras categorías, tales como las personas que consumen dro-

grupo social. En consecuencia, parece adecuado recurrir a esta noción, aunque no se trataría de un grupo cualquiera, sino respecto del cual pesa una “presunción” de minusvaloración o un prejuicio, el cual se encuentra arraigado históricamente.¹⁵ Con todo, valga mencionar que hoy en día se ha comprendido que esta pertenencia a un grupo social puede ser real, es decir, que efectivamente se compartan tales características, o simplemente percibida, entendida como la apreciación de los terceros de su existencia, aunque no se base en un hecho real. Así, en ambos casos, podríamos estar frente a una discriminación.¹⁶

La discriminación, hasta este punto, está constituida por la acción u omisión que se basa en un prejuicio¹⁷ y que pesa sobre personas pertenecientes a un grupo social sólo debido a este último hecho.¹⁸ Es necesario destacar que existe un acuerdo entre los autores de otras disciplinas en cuanto a que

gas, en razón de que se trata de individuos que en el primer sentido de minoría no serían muchos y, por su parte, en el segundo sentido carecerían, la mayoría de las veces, de poder político. De igual forma, en general, los pactos internacionales hacen alusión a minorías lingüísticas, étnicas o nacionales, dejando fuera otros grupos que, siendo numerosos en miembros, también carecerían de poder político. Con todo, intentando superar estos inconvenientes, algunos autores han perfilado el concepto de minoría de una manera más cercana al de grupo social preterido o subordinado. Así, ellos estiman que serían esenciales la conciencia de ser un grupo minoritario, entendida como la voluntad de pertenencia; la realización de la diferencia, y la solidaridad interna; pero además ocupar una posición social no dominante (Añón Roig, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001).

¹⁵ Es dable afirmar que la minusvaloración hacia ciertos grupos sociales esconde una concepción negativa de la diferencia, de la diversidad humana. Esparza Reyes, Estefanía, “Apuntes sobre la compleja relación entre el derecho a la igualdad y la diferencia”, *Revista Jurídicas*, vol. 14, núm. 1, 2017, pp. 71-86.

¹⁶ Esta tesis se ha sostenido en el sistema interamericano desde el caso *Flor Freire vs. Ecuador*, del 31 de agosto de 2016, en el cual la Corte estimó que el peticionario había sufrido discriminación por orientación sexual, pese a que él mismo había afirmado, en múltiples oportunidades, no ser homosexual.

¹⁷ Courtis, Christian, “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en Torre, Carlos de la (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 231-262.

¹⁸ Serra Cristobal, Rosario, “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, en Serra Cristobal, Rosario (coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 15-44. Es el equivalente a sostener que se es tratado de manera menos favorable en razón de una causa discriminatoria tasada. Véase Preciado Domènech, Carlos Hugo, *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Albacete, Bomarzo, p 31.

el prejuicio incluye el elemento “odioso”, es decir, la minusvaloración o, al menos, la opinión negativa respecto de estos grupos sociales.

El prejuicio, por su parte, posee tres elementos: 1) el elemento cognitivo, comúnmente llamado “estereotipo”; 2) el elemento afectivo o sentimientos fuertes que provoca el primero, y 3) el elemento conativo, esto es, las intenciones de comportarse de una manera determinada frente al objeto.¹⁹

De este modo, si bien los autores habitualmente no reparan en ello, es razonable, al momento de configurar el concepto de discriminación, incorporar la exigencia del prejuicio, ello en consideración al mayor desvalor, en términos éticos, de esta conducta atentatoria contra la dignidad, pero además, debido a que estos grupos sociales sobre los que pesa un prejuicio, corresponderían, precisamente, a los colectivos protegidos mediante las categorías sospechosas consagradas, generalmente, en las cláusulas específicas de no discriminación. Es decir, desde una interpretación sistemática e histórica, es posible visualizar que el motivo de la incorporación de las cláusulas fue la necesidad imperiosa de resguardar los derechos de personas, cuyas características de pertenencia a ciertos colectivos han sido tradicionalmente utilizadas para brindarles un trato que contrario a su dignidad.

Así, es posible entender la discriminación como “un trato igual o distinto basado en el prejuicio que sufren personas pertenecientes a ciertos grupos sociales y que ocasiona, o puede producir, una privación del goce de ciertos derechos”.²⁰

II. CONSAGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN CHILE

1. *Breves aspectos históricos y descriptivos de la no discriminación en Chile*

La Constitución chilena no contiene una cláusula expresa de proscripción de la discriminación; por ello, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, la protección se realiza mediante el derecho a la igualdad.

Este último derecho fundamental no resulta novedoso en el constitucionalismo chileno, por cuanto ha sido incorporado en distintas cartas fun-

¹⁹ Hogg, Michael y Vaughan, Graham, *Psicología social*, 5a. ed., Madrid, Médica Panamericana, 2010.

²⁰ Esparza Reyes, Estefanía, *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2018.

damentales. Así, en el Reglamento Provisional de 1812 y en las Constituciones de 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980 se ha resguardado el derecho a la igualdad.²¹ Por ello, la no discriminación se une de manera inescindible a la igualdad, la cual suele ser tratada como una garantía, al igual que todos los derechos fundamentales.²²

El derecho a la igualdad, entendido como no discriminación en Chile, según la opinión generalizada, se encuentra consagrado en el artículo 19, núm. 2o., de la Constitución Política de la República de Chile (CPRC). Dicha disposición señala:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas... 2o. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

Es indispensable mencionar que, si bien en el texto citado no se recoge la prohibición de discriminación de manera expresa, existen otras disposiciones que protegen de la discriminación en materias específicas; por ejemplo, se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la idoneidad o capacidad personal²³ y en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.²⁴

De esta forma, al carecer de una proscripción constitucional de la discriminación en sentido amplio, su definición y su configuración han sido labor de la doctrina, de la jurisprudencia y, más recientemente, de los tratados internacionales y la ley.

Si bien la actual carta fundamental ha resultado fuertemente cuestionada, especialmente en su característica de democrática, debido a las particulari-

²¹ Es necesario destacar que la Constitución chilena contiene otras alusiones a la igualdad; por ejemplo, reconocen la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas (artículo 1o., inciso 1, CPRC) y la igualdad material, más específicamente la igualdad de oportunidades como tarea del Estado (artículo 1o., incisos 3 y 4, CPRC).

²² La alusión al vocablo “garantía” no es original de la actual Constitución, sino de la doctrina, por lo que no existe claridad en relación con el origen de la misma, la cual, al parecer, podría obedecer a razones históricas, debido a que aparece, por primera vez, en la Constitución de 1822 como “garantías individuales”, y, especialmente, a una tradición iusnaturalista.

²³ Artículo 19, núm. 16o., CPRC.

²⁴ Artículo 19, núm. 22o., CPRC.

dades de algunas de sus instituciones y al origen de su adopción,²⁵ así como por el modelo económico-social que consagra, su regulación con respecto a la igualdad como no discriminación no ha provocado gran desacuerdo en la jurisprudencia y en la doctrina, a pesar de las características particulares que le han transformado en un derecho de compleja configuración.

Con todo, la falta de especificación constitucional de la no discriminación hace necesario destacar dos aspectos que pueden ayudar a configurar tal derecho fundamental: el primero de ellos es una característica de texto, y el segundo ha sido incorporado por la jurisprudencia constitucional, la doctrina y la ley.

Con relación al texto de la Constitución, la norma suprema chilena no sólo omite una expresa prohibición de discriminación en sentido amplio, sino que también, todavía de forma más concreta, no incorpora cláusulas específicas de no discriminación.

Aunque en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se planteó la posibilidad de hacer alusión expresa a los casos que, en sus palabras, se refieran a “distingos en razones de tipo sociológico”,²⁶ se estimó que de manera implícita se encontraban incorporados en la carta fundamental y, por motivos de “sobriedad”, se decidió no explicitarlos, mientras que, por el contrario, sí se aprobó la necesidad de incluir protección respecto de otras distinciones que no involucraran dicha pertenencia.

Empero, es necesario señalar que, desde una interpretación sistemática y en especial consideración a la existencia del bloque de constitucionalidad, tanto la doctrina, como la jurisprudencia han entendido que el artículo 5o., párrafo 2, de la CPRC,²⁷ al reconocer como límite de la soberanía el respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y al consagrar la obligación de todos los poderes del Estado de respetar y

²⁵ Sobre el particular véase Muñoz León, Fernando, “La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable?”, *Revista de Derecho Público*, vol. 69, 2007, pp. 383-388.

²⁶ Sesión 94 del 12 de diciembre de 1974.

²⁷ Artículo 5o. de la CPRC: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

promover los derechos constitucionales y los expresados en los tratados internacionales, estaría incorporando al ordenamiento jurídico chileno tales derechos y, en consecuencia, se introducirían algunas cláusulas específicas de no discriminación. De esta forma, las mismas cláusulas, para parte de la doctrina, podrían encontrarse ya incorporadas a la carta fundamental.²⁸ A una conclusión similar se puede arribar del análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, porque en ellas, se dejó constancia de que dichos grupos, aunque no de manera excluyente, sí se encontraban protegidos.²⁹ De igual manera, dicha falencia puede ser morigerada en virtud de que el mismo artículo 19, núm. 2o., de la CPRC prescribe que hombres y mujeres son iguales ante la ley y que en Chile no hay persona ni grupo privilegiado.³⁰ Desde una perspectiva práctica, es necesario mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido e incorporado estos criterios en su interpretación, pero adicionado otros más, como “condición social”, “estirpe” y “fortuna”.³¹

Por otra parte, en 2012, la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación entregó una definición de “discriminación arbitraria”, entendiéndola 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

²⁸ Los tratados internacionales a cuales se hace alusión son los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros. De igual modo, en el sistema interamericano se debe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otros.

²⁹ Sesión 93 del 5 de diciembre de 1974.

³⁰ Díaz García, Iván, “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 2, 2013, pp. 635-668.

³¹ Sentencia Rol 2456 del 4 de marzo de 2014.

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.

Como puede notarse, esta definición adolece de importantes debilidades, entre las que destacan los siguientes: la utilización de múltiples vocablos que pueden ser comprendidos en el concepto de “distinción”; la obligatoriedad de que tal distinción afecte la igualdad u otros derechos para ser considerada discriminatoria, y la confusa incorporación de estos “motivos especiales” de discriminación.³² Este último aspecto, referido a la exigencia de pertenencia a un grupo tradicionalmente excluido, puede ser visto desde varias perspectivas. Así, la más evidente consiste en entender que se trata de la consagración de un principio de protección de grupos o, al menos, la consideración de la pertenencia a grupos tradicionalmente discriminados. Sin embargo, tal tesis plantea varios inconvenientes: si la redacción del artículo señala “en particular cuando se funden en...”, ¿existen también discriminaciones que no se fundan en tales criterios?, o de acuerdo al inciso segundo, que excluye el elemento de arbitrariedad cuando la conducta se base en el ejercicio legítimo de un derecho, ¿sólo se puede discriminar si no se está ejerciendo un derecho?

Las consecuencias de este hecho resultan de la mayor importancia en varios sentidos. En primer término, puede afirmarse, desde una perspectiva teórica comparada, que la pertenencia a ciertos grupos sociales, según se trató en líneas anteriores, resultaría fundamental para la configuración de la discriminación y que, al no encontrarse expresada en la Constitución, tal protección queda un tanto debilitada. Esta falta genera que convivan, de manera simultánea, concepciones diversas sobre qué es la discriminación; es decir, una que incluye el elemento grupal, forma en que ha sido entendida en el derecho comparado, y otra que considera que tal exigencia no es relevante, discrepancia que también se ve reflejada en los autores.³³ Con todo,

³² Díaz de Valdés, José Manuel, “¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?”, *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 14, núm. 28, 2013, pp. 279-297.

³³ Si bien existen autores a los cuales este elemento les parece esencial, como a Muñoz León, otros consideran que tal interpretación sería peligrosa, porque excluiría de la protección a una persona que sufre discriminación en razón de otros factores. En este sentido, véase Díaz de Valdés, José Manuel, “Cuatro años de la Ley Zamudio: análisis

este desacuerdo puede producir, además del evidente distanciamiento con las concepciones más arraigadas sobre la materia a nivel internacional,³⁴ la falta de consistencia entre los distintos mecanismos de lucha contra la discriminación, así como en la protección judicial que de ella se realiza.

En cualquier caso, es necesario mencionar que, a partir del análisis empírico de las acciones judiciales de no discriminación interpuestas, sólo en algunas ocasiones se invoca una calidad correspondiente a las categorías sospechosas o el elemento grupal.³⁵

Por otra parte, la misma indefinición puede provocar, además, dificultades a la hora de justificar acciones que se basen precisamente en estos criterios, pero que, reconociendo la desigualdad histórica que los mismos sufren, intenten remediarla. En otras palabras, esta falta de reconocimiento expreso de las categorías sospechosas o las cláusulas de discriminación dificulta, aunque no imposibilita, la justificación de acciones que beneficien o intenten lograr igualdad fáctica entre ellos y el resto de la población.

Con todo, es conveniente enunciar que otra dificultad de esta falta de incorporación puede verse reflejada en la configuración del juicio de igualdad, respecto de cual se eliminan las “pistas” que conducen a aplicar un juicio de igualdad u otro.

2. *La arbitrariedad como elemento configurador de la discriminación en Chile*

Tal y como se indicó, aunque la Constitución chilena no proscribiera la discriminación en términos generales, siguiendo un criterio ampliamente extendido entre la doctrina y la jurisprudencia, y confirmado por la Ley 20.609, existe una prohibición de discriminar arbitrariamente.

crítico de su jurisprudencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 447-488

³⁴ Gauché Marchetti, Ximena, “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, núm. 1, 2014, pp. 11-58.

³⁵ Los factores de discriminación que se han invocado al interponer la acción especial de no discriminación son múltiples y destacan, en este sentido, la discapacidad, la enfermedad, el género, la ideología política, y en varios casos (15%) no se invoca ninguna pertenencia. Díaz de Valdés, José Manuel, “Análisis cuantitativo de la acción especial anti-discriminación de la Ley Zamudio”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 38, 2018, pp. 15-33.

Este concepto se extrajo de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución,³⁶ y respecto de él no se han producido importantes modificaciones. En dicha ocasión no se analizó mayormente la adición del concepto de arbitrariedad a la discriminación; sin embargo, su incorporación parece provenir de la concepción que entiende a la discriminación como una distinción, sin asignarle una carga valorativa; esto fue, principalmente, debido a que se debatió sobre la conveniencia de reemplazar el vocablo “arbitraria” por “injusta”, propuesta que no prosperó. En consecuencia, se encuentra extendida la atribución del significado de distinción a la discriminación, sin que ello, necesariamente, implique un trato perjudicial o beneficioso, sino simplemente una disgregación, pues se habría utilizado un sentido neutro.³⁷

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una vez en vigor la carta de 1980, tuvo, de manera pronta, la posibilidad de referirse a la igualdad y así indicó que las normas jurídicas debían ser iguales para todas las personas que se encontraran en las mismas circunstancias; sin otorgar privilegios ni imponer obligaciones, sin embargo, en situaciones diversas, se debía brindar un trato distinto, es decir, se reconoció la existencia de la discriminación por indiferenciación.³⁸

Para la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la arbitrariedad fue entendida como un capricho. Acorde con este significado, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que un acto arbitrario puede definirse como una actuación contraria a la razón, es decir, que carece de racionalidad; pero también se ha entendido como un acto contrario a la justicia.³⁹

³⁶ En particular, se discutió sobre la no discriminación en las sesiones núms. 93, 94 y 95, del 5, 12 y 16 de diciembre de 1974, respectivamente.

³⁷ Zúñiga, Francisco, “Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional (discriminación por género y por edad)”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 10, 2002, pp. 237-260.

³⁸ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha reconocido de manera constante, como parte de la igualdad protegida por la carta fundamental, ambos enunciados de la fórmula aristotélica de igualdad, es decir, ordena tratar igual a lo igual y diferente a lo distinto. En consecuencia, la discriminación puede existir por otorgar un trato distinto en casos que son similares; pero también en casos donde se realice un trato similar a situaciones que son disímiles, de acuerdo con la Sentencia Rol 28-85 del 11 de enero de 1985, la Sentencia Rol 53-88 del 5 de abril de 1988, la Sentencia Rol 787-07 del 30 de noviembre de 2007, la Sentencia Rol 1273-08 del 20 de abril de 2010 y la Sentencia Rol 1710-10 del 6 de agosto de 2010.

³⁹ Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, 2a. ed., Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2012, vol. II.

Este elemento de arbitrariedad, entendido como una falta de justificación razonable, no exige que el acto o la omisión discriminatoria, involucre a personas pertenecientes a grupos tradicionalmente excluidos (como las mujeres o los indígenas), sino que simplemente tales actos u omisiones no superen el test de igualdad,⁴⁰ excluyendo el elemento grupal del concepto de discriminación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por su parte, ha tenido la oportunidad de referirse a los actos que, si bien consisten en distinciones, no estima arbitrarios con base en diversos argumentos. La importancia de conocer estos criterios radica en que se trataría de motivos que justificarían o, al menos, resultarían admisibles constitucionalmente para realizar estas distinciones. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional estimó que las “consideraciones de política pública”,⁴¹ el “interés superior de niño”,⁴² “el rol que le corresponde al Ministerio Público”,⁴³ “cautelar el buen desempeño” de la administración pública,⁴⁴ los principios que el “ordenamiento jurídico reconoce a relaciones comerciales en las que el consumidor se encuentra en una situación de desventaja”,⁴⁵ la “habilitación constitucionalmente expresa” o la “limitación fundada en la Constitución”,⁴⁶ “el sexo y la edad”,⁴⁷ entre otros, excluirían la arbitrariedad; por el contrario, ella sí existiría al “impedir la reparación de un tipo de daño sin una causa razonable”.⁴⁸ Se trata, en consecuencia, de justificaciones legítimas para el otorgamiento de cierto trato.

La sola consideración de la arbitrariedad como elemento configurador de discriminación, en desmedro de los grupos o la “ausencia de la desventaja adscriptiva”,⁴⁹ genera cierta relativización de los casos producidos por

⁴⁰ Esparza Reyes, Estefanía, *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

⁴¹ Sentencia Rol 2430 del 3 de octubre de 2013.

⁴² Sentencia Rol 2306 del 30 de mayo de 2013.

⁴³ Sentencia Rol 2323 del 8 de octubre de 2012.

⁴⁴ Sentencia Rol 2344 del 5 de noviembre de 2012.

⁴⁵ Sentencia Rol 2356 del 23 de noviembre de 2012.

⁴⁶ Sentencia Rol 2257 del 27 de junio de 2012.

⁴⁷ Sentencia Rol 2106 del 7 de octubre de 2011; Sentencia Rol 1879 del 21 de diciembre de 2010, entre otras.

⁴⁸ Sentencia Rol 2237 de 23 de Mayo de 2012.

⁴⁹ Muñoz León, Fernando, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación...”, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

la pertenencia a un grupo tradicionalmente discriminado.⁵⁰ Ello se debe a que esta última, al ser parte integrante de la individualidad de los sujetos, se relaciona de manera más estricta con la dignidad, situación que no ocurre en los casos en que, simplemente, se está frente a situaciones en donde la decisión carece, por ejemplo, de proporcionalidad. En otras palabras, si bien ambas situaciones requieren de protección, existe mayor lesividad en el caso de discriminaciones que se basan en categorías sospechosas.⁵¹

Con todo, valga mencionar que, en algunas ocasiones se ha dado otro carácter a la arbitrariedad; en este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 986 del 12 de noviembre de 2007 que expresa lo siguiente: “la discriminación no está prohibida si la misma no es arbitraria o no responde a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo...”.⁵² Como puede notarse, este planteamiento incorpora la noción de odiosidad o prejuicio.

En resumen, la discriminación arbitraria, para la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, consiste en una distinción que no es razonable, que es caprichosa o que carece de justificación suficiente.⁵³

3. Breve referencia al juicio de igualdad en la jurisprudencia chilena

Si bien se han precisado algunos de los argumentos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado plausibles para excluir la arbitrariedad, no es menos cierto que, en la mayoría de los casos, y así parece haberlo entendido también la doctrina, el examen sobre su existencia debe realizarse con base en ciertos requisitos.⁵⁴ Este procedimiento de verifica-

⁵⁰ Un ejemplo conocido, en este sentido, es la Sentencia Rol C-318-2012 del Juzgado de Letras de Lautaro y confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco mediante la Sentencia 1171-2013. En ella se condenó a la Federación del Rodeo Chileno por discriminación arbitraria, en razón de la negativa de autorizar la participación de un asociado en una competencia, quien no pertenecía a grupo discriminado alguno.

⁵¹ Una opinión en contra, con relación a la consideración de este elemento, se puede ver en Díaz de Valdés, José Manuel, “Cuatro años de la Ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 447-488.

⁵² Dicha postura ha sido recogida en sentencias posteriores, por ejemplo, la Sentencia Rol 1988 del 24 de junio de 2011.

⁵³ Díaz de Valdés, José Manuel, “Cuatro años de la Ley Zamudio...”, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁴ La utilización de este juicio, entre otras consecuencias, puede ocasionar la inversión de la carga de la prueba en procesos judiciales en los que se alegue discriminación.

ción de los elementos de manera conjunta, y aplicados a la presente materia, ha sido denominado en el derecho comparado como “juicio o test de igualdad”; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se refiere a él como el juicio de razonabilidad.⁵⁵

Como es sabido, ha sido la jurisprudencia de Estados Unidos de América quien más ha desarrollado este concepto. Con todo, pareciera ser, y así lo ha dejado en evidencia el mismo Tribunal Constitucional chileno, que el tratamiento de dicho test por parte de la jurisprudencia constitucional se asemejaría bastante al de otras cortes constitucionales y, especialmente, al enfoque de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁵⁶

De forma paulatina, y relativamente uniforme, la jurisprudencia constitucional y la doctrina han estimado que el juicio de igualdad debería analizar la existencia de una diferencia de trato, la legitimidad de esta diferencia, la idoneidad de la medida conforme al fin propuesto por el legislador, así como la proporcionalidad de la medida.⁵⁷

Con todo, aunque existe coincidencia parcial en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, lo cierto es que, al parecer, se utilizan elementos un tanto diferentes en otros casos; por ejemplo, se ha señalado que la superación del test requeriría de una medida que respetara la idoneidad y proporcionalidad;⁵⁸ la presencia de un fin lícito y razonable;⁵⁹ la existencia de una justificación objetiva y razonable, la cual persigue un fin legítimo y respeta una relación razonable de proporcionalidad entre medios empleados y objetivos;⁶⁰ la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida;⁶¹ si el trato obedece a fines objetivos y constitucio-

Sin embargo, según se ha sostenido, en Chile no se ha utilizado de tal manera, porque la Ley 20.609 ha consagrado cierto equilibrio entre las partes en la etapa probatoria. Véase Rosales Rigol, Cecilia, “La acción de no discriminación arbitraria”, en Silva, María Pía y Henríquez, Miriam (coords.), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Thomson Reuters-La Ley, 2014, pp. 255-295.

⁵⁵ A modo de ejemplo, tenemos la Sentencia Rol 1988 del 20 de mayo de 2011.

⁵⁶ “La forma en que esta Magistratura ha venido abordando, en los últimos años, el análisis del juicio de igualdad resulta acorde a la manera en que lo hacen los principales Tribunales Constitucionales del mundo que se han citado en las sentencias respectivas, pero además se concilia con el enfoque que, a esta materia, da la Corte Europea de Derechos Humanos”. Sentencia Rol 2081 del 21 de marzo de 2013.

⁵⁷ Sentencia Rol 2081 del 21 de marzo de 2013.

⁵⁸ Sentencia Rol 2303 del 6 de septiembre de 2012.

⁵⁹ Sentencia Rol 2203 del 21 de marzo de 2012.

⁶⁰ Sentencia Rol 2081 del 21 de marzo de 2013.

⁶¹ Sentencia Rol 2333 del 17 de octubre de 2012.

nalmente válidos;⁶² la existencia de “presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y persigan una finalidad necesaria y tolerable”.⁶³ En otros casos, y según se indica expresamente, siguiendo a la doctrina española, el test de razonabilidad debe superar tres requisitos, a saber: 1) debe ser necesaria desde el punto de vista de la finalidad que tuvo a la vista el legislador; 2) debe ser adecuada e idónea para el fin perseguido, y 3) debe ser tolerable para el destinatario.⁶⁴

Si bien no es el propósito de las presentes líneas realizar un análisis acabado sobre la aplicación del juicio de igualdad por parte de la jurisprudencia constitucional chilena, vale la pena dejar en evidencia al menos tres interesantes puntos.

El primer aspecto consiste en que, a diferencia de las experiencias del derecho comparado, puede afirmarse que no ha existido un desarrollo sistemático sobre el contenido de cada uno de los requisitos de este juicio. Valga mencionar a este respecto que, a modo de ejemplo, la Corte Federal alemana ha incorporado criterios claros respecto de la forma de entender la proporcionalidad; no obstante, este desarrollo todavía no se ha realizado en Chile con tal nivel de profundidad.

En segundo término, pero muy unido a lo anterior, si bien desde 2007⁶⁵ el Tribunal Constitucional chileno ha afirmado de manera sistemática que el juicio de igualdad exige el análisis de una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, en otras ocasiones, según se mencionó anteriormente, ha exigido la existencia de una finalidad necesaria, mientras que en otros sólo ha requerido una finalidad legítima.⁶⁶

La definición de estos criterios y el desarrollo de su estructura resultan sumamente necesarios, no sólo desde una óptica doctrinaria, sino también,

⁶² Sentencia Rol 1812 del 1o. de septiembre de 2010.

⁶³ Sentencia Rol 2330 del 29 de enero de 2013.

⁶⁴ Sentencia Rol 1988 del 20 de mayo de 2011.

⁶⁵ Sentencia Rol 755 del 22 de marzo de 2007.

⁶⁶ Existen dos posturas predominantes a este respecto. La primera de ellas plantea que la finalidad exigida por el juicio de igualdad no sólo debe ser constitucionalmente permitida, sino que también, debe ser deseada por la misma. La segunda postura, por su parte, sostiene que la finalidad de la medida sólo requiere que ella sea aceptada por la carta fundamental, es decir, que no contraría dicha norma. En Estados Unidos de América, se han desarrollado criterios diversos y sólo en parte coincidentes con lo anteriormente indicado; así, el juicio de igualdad, al evaluar la finalidad de la medida, debe verificar la existencia de un interés primordial del Estado como interés público inaplazable o *compelling interest* (raza), y el interés importante o *important interest* (sexo).

y de manera especial, desde una perspectiva práctica, debido a que cada una de estas categorías resultaría aplicable a las distintas intensidades presentes en el test o juicio de igualdad.

En tercer lugar, pese a que no es la materia tratada en este epígrafe, resulta útil mencionar otra problemática que viene a complejizar, todavía más, el panorama frente a esta indefinición: la aplicación del juicio de igualdad a las acciones positivas. En otros países, como es sabido, una vez constatada la diferencia de trato que se basaría o, por menos, tendría efectos diversos en las personas pertenecientes a ciertos colectivos excluidos, se determina de acuerdo con ello la intensidad del juicio a aplicar.⁶⁷

Existe claridad a este respecto, y ello no ocasionaría dudas, en los casos en que la medida a analizar perjudique a dichos colectivos; sin embargo, la duda se plantea con relación a las denominadas “acciones afirmativas”, sobre las cuales no existiría consenso.⁶⁸ En este sentido, se han planteado tres alternativas, que a continuación señalamos. La primera de ellas consiste en aplicar el test de igualdad de acuerdo con las líneas generales expuestas precedentemente,⁶⁹ es decir, con base en las categorías sospechosas. La segunda postura indica que, en estos casos, debe aplicarse un escrutinio de mínimos. En cambio, la tercera postura, hasta la fecha con muy pocos seguidores, plantea que, en caso de analizar la constitucionalidad de una acción afirmativa, debe eliminarse la aplicación de los escrutinios.⁷⁰ Con todo, es necesario mencionar que la sola inclusión de cláusulas específicas de no discriminación no solucionaría de manera automática esta indeterminación, porque dicho inconveniente se ha planteado también en algunos casos de cartas que las contemplan expresamente, pues parte de la doctrina

⁶⁷ Entre la doctrina no hay acuerdo respecto de la intensidad del test o juicio de igualdad que se debe aplicar en estos casos. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.

⁶⁸ Para estos efectos, bajo el concepto de acciones afirmativas se engloban acciones que tienden a la justicia social, es decir, distributivas de bienes y servicios; acciones de reconocimiento, basadas en la diversidad, y acciones de participación. Granados Boza, Víctor, “El principio constitucional de justicia e igualdad real y la acción afirmativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 39, julio-diciembre de 2018, pp. 169-200.

⁶⁹ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Aranzadi, 2005.

⁷⁰ Según expresa Ronald Dworkin, esta opinión se basaría en la postura del juez Thurgood Marshall. Véase Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. de Fernando Aguiar y María Julia Bertomeu, Barcelona, Paidós, 2003.

plantea la bidireccionalidad de las mismas.⁷¹ En cualquier caso, es conveniente señalar que en Chile existen autores que niegan la constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa.⁷²

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD COMO NO DISCRIMINACIÓN EN CHILE

Frente al panorama descrito, es decir, la ausencia de cláusulas generales de discriminación en la Constitución, la ausencia de una protección fuerte de los grupos sociales, la discriminación entendida como la falta de justificación razonable, así como un escaso desarrollo del juicio de igualdad, pareciera ser que no existe una política nacional que intente eliminar la discriminación. Sin embargo, es posible afirmar que Chile sí posee diversos mecanismos para combatir tal fenómeno, aunque, según se verá, no necesariamente ellos obedecen al concepto más tradicional de proscripción de la discriminación. De esta forma, en las siguientes líneas se expondrán los mecanismos nacionales más importantes para combatir la discriminación.

Antes de comenzar, es necesario dejar en evidencia que Chile ha tenido que expulsar de su ordenamiento jurídico ciertas disposiciones contrarias a la no discriminación. No se trata de la incorporación de acciones positivas o de promoción, sino simplemente de la derogación de normativa que de forma abierta vulnera tal principio. Sólo a modo ejemplificativo se pueden mencionar la eliminación del delito de sodomía vigente hasta 1999,⁷³

⁷¹ Se trata del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional español desde la STC 229/1992 del 14 de diciembre.

⁷² Ángela Vivanco plantea que las acciones afirmativas serían triplemente inconstitucionales y, claramente, atentatorias contra los derechos y la dignidad de las personas, ya que no restablecerían la igualdad vulnerada, al no poner al sujeto en condiciones de competencia legítima; alterarían la igualdad en razón de que no todos deberán demostrar sus capacidades, y no respetarían el marco constitucional debido a que desconocerían los méritos de los sujetos (Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, 2a. ed., Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2006, p. 341). Una opinión contraria donde se sostienen la constitucionalidad de esta clase de medidas la encontramos en Nogueira, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario Da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pp.799-831.

⁷³ En concreto se eliminó el artículo 365 del Código Penal mediante la Ley 19.617.

así como la eliminación de la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal en 1989.⁷⁴ De una manera similar, se puede considerar como eliminación de la discriminación directa la extensión de ciertos derechos a colectivos que inicialmente no fueron contemplados; por ejemplo, la extensión del derecho a sufragio a las mujeres⁷⁵ o el reemplazo del término “hombres” por “personas” del actual artículo 19 de la CPRC.⁷⁶

Con todo, pese a que parece ser el sexo la principal preocupación en el país en materia de igualdad y los enormes avances experimentados, en dicho ámbito todavía subsisten discriminaciones directas e indirectas.⁷⁷

Es necesario indicar que se han excluido de manera deliberada los mecanismos internacionales de protección contra la discriminación aplicables en Chile, porque sobrepasarían abundantemente los objetivos de la presente exposición. Debido a razones meramente metodológicas, los mecanismos de protección han sido divididos en constitucionales y legales.

1. Mecanismos constitucionales de protección contra la discriminación en Chile

La carta fundamental no contempla protección específica con relación al derecho a la igualdad como no discriminación; es decir, las garantías que posee la no discriminación son exactamente las mismas que las establecidas para los demás derechos fundamentales. En consecuencia, lo indicado para la no discriminación en este punto resulta aplicable a todos los derechos fundamentales, salvo que se exprese lo contrario.

Los mecanismos constitucionales de protección pueden, a su vez, ser subdivididos en mecanismos institucionales y mecanismos jurisdiccionales.

⁷⁴ Ley 18.802.

⁷⁵ El voto femenino en las elecciones municipales (locales) fue establecido en 1934, mientras que el derecho pleno, que incluía participar en las elecciones parlamentarias y presidenciales, sólo fue consagrado en 1949.

⁷⁶ Con anterioridad a esta modificación de 1999, tanto la doctrina como la jurisprudencia estaban de acuerdo en el hecho de que el término “hombres” incluía a hombres y mujeres.

⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el “Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política” de 2009 y en el “Informe final del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer” de 2006.

A. Mecanismos institucionales constitucionales de protección contra la discriminación

Estos mecanismos son sistemas o garantías relativamente indirectos de protección, los que, sin embargo, y pese a que no se lo propongan, pueden ocasionar o, al menos, coadyuvar a la práctica, en la protección del derecho a no ser discriminado. A su vez, existen algunos que son indirectos y otros que tienen la intención exclusiva de resguardar los derechos fundamentales en general.

Con relación a los mecanismos institucionales constitucionales indirectos, se trata de instituciones que no han sido creadas de manera específica para resguardar los derechos fundamentales, sino que obedecerían a finalidades diversas, generalmente relacionadas con la existencia del estado de derecho, y que, para este caso específico, podrían coadyuvar en la lucha contra la discriminación. Ello debe a que expulsarían del sistema jurídico disposiciones que se opongan a la igualdad, que en este caso nos referimos al recurso de inconstitucionalidad⁷⁸ y al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.⁷⁹

Respecto de los mecanismos institucionales constitucionales directos, puede indicarse que tienen por finalidad resguardar entidades valiosas para el Estado y, entre ellas, directamente a los derechos fundamentales en general. La garantía de respeto del contenido esencial de los derechos,⁸⁰ la garantía normativa constitucional de reserva de ley⁸¹ y la existencia de un procedimiento agravado de reforma en caso de que la misma implique una

⁷⁸ Véase el artículo 93, núms. 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 9o., 10o. y 16o., de la CPRC.

⁷⁹ La Constitución chilena dispone: “Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6o. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, el conocimiento de dicha acción estaba entregada a la Corte Suprema y poseía características distintas.

⁸⁰ La carta fundamental dispone: “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas... 26o. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

⁸¹ “Artículo 63. Sólo son materias de ley... 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

modificación de los derechos fundamentales⁸² pueden considerarse mecanismos de protección de estos últimos.⁸³ Esta protección, en consecuencia, es perfectamente extensible al derecho a la igualdad entendido como no discriminación.

B. Mecanismos jurisdiccionales constitucionales de protección contra la discriminación

El mecanismo constitucional de protección más extendido es, sin lugar a dudas el recurso de protección. Se trata de una acción constitucional establecida en el artículo 20 de la CPRC⁸⁴ y que resguarda algunos de los derechos fundamentales establecidos en la norma suprema,⁸⁵ entre ellos la igualdad del artículo 19, núm. 2o., de la CPRC. Desde una perspectiva comparada, podría estimarse que es similar al recurso de amparo constitu-

⁸² “Artículo 127. Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65. El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórumos señalados en el inciso anterior”.

⁸³ Nogueira, Humberto, “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, *Revisita Ius Et Praxis*, vol. 11, núm. 2, 2005, pp. 15-64.

⁸⁴ “Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

⁸⁵ Dicha acción no procede respecto de derechos sociales, como la educación, la salud, el trabajo y la seguridad social en su totalidad.

cional establecido en los Estados Unidos Mexicanos o España; sin embargo, esta institución posee en Chile ciertas características propias.

A partir del mismo texto, puede afirmarse que el recurso constitucional procede respecto de acciones u omisiones. Así, desde una interpretación sistemática, no sería contrario a la carta sostener que es plausible la existencia de vulneración a la igualdad por omisión. Con todo, para su interposición no resulta necesario que la vulneración se haya producido efectivamente, pues procedería respecto de privación y perturbación en el legítimo ejercicio de un derecho, pero también con relación a amenazas, las cuales deben ser ilegales o arbitrarias, es decir, contrarias a las leyes o, según se expuso anteriormente, contrarias a la razón o caprichosas. La finalidad de la acción de protección es restablecer el imperio del derecho, mientras que puede ser calificada de subjetiva, ya que exige para su interposición la existencia o posibilidad de daño.

Pese a que, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, el recurso de protección no procedería respecto de leyes ni sentencias judiciales,⁸⁶ afirmación que le diferenciaría de la acción de amparo en derecho comparado, resulta necesario destacar una aportación de gran trascendencia para la protección de los derechos fundamentales y que cobra especial relevancia en el caso de la no discriminación: el reconocimiento de la eficacia horizontal de tales derechos.⁸⁷

Si bien, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de derecho comparado, la aportación a este respecto realizada por la Corte Federal alemana parece ser generalmente aceptada, destaca a estos efectos la consagración que de tal tesis hace la Constitución chilena, al incorporar la posibilidad de interponer un recurso de protección por actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos no sólo por agentes del Estado, sino además por particulares.⁸⁸

⁸⁶ Cea Egaña, José Luis, *op. cit.*

⁸⁷ Por eficacia horizontal se ha entendido “el efecto o influencia que los Derechos Fundamentales tienen en las relaciones jurídicas entre dos o más particulares”. Véase Marshall Barberán, Pablo, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, 2010, pp. 43-78.

⁸⁸ El procedimiento de dicho recurso se encuentra establecido en el Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales de 1992. El mismo texto señala: “3o. Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son

Este reconocimiento puede entenderse y justificarse desde múltiples perspectivas y, todavía más, presta una enorme utilidad práctica, pues permite que personas que se sientan actualmente vulneradas en su derecho a no sufrir discriminación puedan accionar el recurso de protección y obtener así el pronto restablecimiento del imperio del derecho. Sin embargo, como ocurre también en otras latitudes,⁸⁹ su principal inconveniente, o, por menos, uno de los más trascendentales actualmente, consiste en la determinación de las obligaciones de los particulares.⁹⁰ De esta forma, el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales a través del recurso de protección es un importante mecanismo de resguardo de la no discriminación.

2. *Mecanismos legales de protección contra la discriminación en Chile*

Aunque existen múltiples medidas de lucha contra la discriminación, entre ellas algunas de acción positiva por parte del Estado y los particulares, y debido a la extensión de presente trabajo, se han seleccionado y serán abordadas las que, proviniendo de leyes,⁹¹ han tenido mayor impacto y conocimiento por parte de la ciudadanía. Por otra parte, se puede constatar la existencia de medidas que se encuentran consagradas en leyes; sin embargo, debido a la delimitación inicial del presente texto, sólo serán mencionadas. Así, no se analizarán la ley que crea el acuerdo de unión civil,⁹² las

los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso” (el texto destacado es propio).

⁸⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015.

⁹⁰ Díaz de Valdés, José Manuel, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 42, 2014, pp. 149-186. Si bien en países de derecho continental existe cierta apertura a considerar que los particulares puedan vulnerar derechos fundamentales, en el sistema anglosajón tal realidad parece mucho más lejana. Véase Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁹¹ Entre las iniciativas no provenientes de leyes destacan los planes de igualdad de oportunidades, consistentes en objetivos y lineamientos que rigen la política estatal en materia de equidad de género. Han existido 3, a saber: 1994-1999, 2000-2010 y 2011-2020.

⁹² Se trata de una reciente ley que, regulando la posibilidad de unión distinta del matrimonio, no excluiría a las parejas lesbianas y homosexuales (Ley 20.830 de 2015).

iniciativas sobre equidad de salarios entre hombres y mujeres,⁹³ las cuotas electorales a favor de las mujeres,⁹⁴ los procedimientos judiciales en los que puede alegarse discriminación como vulneración de derechos fundamentales en materia laboral,⁹⁵ las medidas establecidas de manera específica en beneficio de personas pertenecientes a ciertos colectivos en especiales condiciones⁹⁶ e, incluso, la proscripción de la discriminación en materias específicas.⁹⁷

Como puede notarse, el panorama es bastante amplio y complejo, por lo que la exposición se clasificará en mecanismos institucionales y mecanismos jurisdiccionales de lucha contra la discriminación; en este último caso se hará una especial referencia al mecanismo más específico a estos efectos: la Ley de Discriminación.

A. Mecanismos institucionales legales de protección contra la discriminación

Para comenzar, es necesario dejar en evidencia que, al referirse a mecanismos institucionales, se hace alusión a instituciones en sentido amplio y, de

⁹³ Ley 20.348 de 2009.

⁹⁴ Ley 20.840 de 2015 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional.

⁹⁵ En materia laboral existe el procedimiento judicial de tutela de derechos fundamentales, que se encuentra establecido en la Ley 20.087 de 2006. Como su nombre lo indica, este proceso tiene por finalidad resguardar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral y, en consecuencia, es un instrumento que presta utilidad para cesar situaciones de discriminación en el trabajo.

⁹⁶ A modo de ejemplo, debemos señalar que existen ciertos beneficios en cuanto a la compra de tierras para personas que acrediten su calidad indígena (Ley 19.253), beneficios médicos para las personas que viven con el virus de inmuno deficiencia humana (Ley 19.779), protección específica para las mujeres que sufren violencia de pareja (Ley 20.066), beneficios arancelarios e incentivos en materia educativa y para la contratación de personas en situación de discapacidad (Ley 20.422), entre otras.

⁹⁷ El Código del Trabajo, en su artículo 2o., prohíbe la discriminación en dicho ámbito. Por otra parte, la Ley 19.779 que establece normas relativas al virus de inmuno deficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas de 2001, en su artículo 7o. reitera la proscripción de la discriminación a las personas que viven con VIH en materia laboral y educacional. La Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, en su artículo 3o., letra c, establece como derecho básico del consumidor no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios.

igual modo, a órganos que coadyuvan a la lucha contra la discriminación; de esta manera, se puede distinguir el establecimiento de agravantes penales y la creación de órganos específicos.

a. El establecimiento de agravantes penales

No resulta extraño para el derecho comparado la incorporación de delitos específicos de discriminación dentro de la legislación penal; por ejemplo, España, Bélgica, Alemania y Austria, entre otros, han utilizado este sistema. Sin embargo, Chile no ha seguido tal camino y se ha limitado a la incorporación de una agravante penal.

De este modo, la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación incorporó al artículo 12 del Código Penal la siguiente disposición:

Artículo 12. Son circunstancias agravantes... 21a. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.

Con todo, como es común en estos casos, no existe acuerdo respecto del fundamento o justificación de la misma,⁹⁸ aunque en este caso parece evidente que en su tipificación se consideró un criterio de pertenencia a ciertos grupos sociales y el prejuicio que pesa sobre ellos.

b. La creación de órganos especializados

En Chile existe una política general de promoción de la no discriminación,⁹⁹ la cual, lamentablemente, no resulta muy conocida entre la población. No

⁹⁸ Salinero sostiene que las posturas se dividen entre quienes afirman que se fundamenta en la teoría de delito y quienes señalan que sustenta en la teoría de la pena. En el primer caso, a su vez, existirían dos posturas: la que sostiene que su base se encuentra en el mayor injusto, y la que plantea que su fundamento es la mayor culpabilidad del autor. Véase Salinero, Sebastián, "La nueva agravante de discriminación. Los «delitos de odio»", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 41, 2013, pp. 263-308.

⁹⁹ El Ministerio Secretaría General de Gobierno es el encargado promover la no discriminación arbitraria. Esto lo realiza mediante la División de Organizaciones Sociales

obstante, se cuenta con órganos encargados de promover y/o equiparar, con relación al resto de la población, los derechos de las personas pertenecientes a algunos colectivos preteridos.

En específico, existen organismos estatales que promueven la igualdad en el goce de los derechos de diversos colectivos. Así, tenemos el Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), creado por la Ley 19.023 publicada en 1991;¹⁰⁰ el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, creado por la Ley 20.820 y que comenzó a funcionar en 2016; la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi), que, como su nombre lo indica, se ocupa del desarrollo de los pueblos indígenas desde su creación en 1993;¹⁰¹ el Servicio Nacional de la Discapacidad (Senadis), que se encarga de promover la igualdad de oportunidades de las personas en situación de discapacidad,¹⁰² y el Servicio Nacional del Adulto Mayor (Senama), que es un órgano creado en 2003 y que se encarga, principalmente, de promover la integración y participación social de los adultos mayores.¹⁰³

(DOS), particularmente el Área de Diversidad y No Discriminación, así como del Observatorio de la Participación Ciudadana y la No Discriminación Arbitraria.

¹⁰⁰ La Ley que crea el Servicio Nacional de la Mujer indica: “Artículo 2o. El Servicio Nacional de la Mujer es el organismo encargado de colaborar con el Ejecutivo en el estudio y proposición de planes generales y medidas conducentes a que la mujer goce de igualdad de derechos y oportunidades respecto del hombre, en el proceso de desarrollo político, social, económico y cultural del país, respetando la naturaleza y especificidad de la mujer que emana de la diversidad natural de los sexos, incluida su adecuada proyección a las relaciones de la familia”.

¹⁰¹ La Ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, dispone: “Artículo 39. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional”.

¹⁰² Con anterioridad a la Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad de 2012, la cual creó tal Servicio, se encontraba vigente en Chile la Ley 19.284 que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad. Dicha ley creó el Fondo Nacional de la Discapacidad, respecto del cual es continuador legal el Senadis. El artículo 61 señala que su finalidad es “promover la igualdad de oportunidades, inclusión social, participación y accesibilidad de las personas con discapacidad”.

¹⁰³ Ley 19.828 que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor. La primera política de adultos mayores estuvo a cargo de la Comisión Nacional para el Adulto Mayor de 1995; esta entidad creó el Comité Nacional para el Adulto Mayor en 1996, organismo que propuso e impulsó la actual institucionalidad.

La existencia de estos organismos puede ser considerada, en muchos casos, una acción afirmativa o una medida de acción positiva; pero todavía más, y de la mayor relevancia, consiste en un reconocimiento de la situación de exclusión en la que se encuentran ciertos colectivos debido, precisamente, a esta pertenencia. En otras palabras, es posible afirmar que en la creación de tales instituciones sí se consideraron el elemento de grupo y el prejuicio para entender la discriminación.

B. Mecanismos jurisdiccionales legales de protección contra la discriminación

Llegado este punto, resulta conveniente realizar una nueva distinción. Chile reconoce mecanismos jurisdiccionales específicos para algunos tipos concretos de discriminación, basándose en la pertenencia a colectivos. De igual manera, este país contempla una ley que es amplia, en el sentido de incorporar todas las formas de discriminación; pero es específica también, en el sentido de abocarse solamente a la regulación de este fenómeno.

a. Procedimientos jurisdiccionales específicos

Puede mencionarse, a estos efectos, la existencia de dos procedimientos jurisdiccionales específicos de protección contra la discriminación, que están establecidos en leyes y que intentan resguardar de tal fenómeno, cuando el mismo se base en un criterio o categoría sospechosa concreta; tal es el caso de la discapacidad y la calidad de indígena.

En este sentido, tanto la Ley 20.422¹⁰⁴ como la Ley 19.254¹⁰⁵ contemplan la posibilidad de accionar ante los tribunales de justicia, mediante un procedimiento específico, si se discrimina con base en cualquiera de estas dos categorías sospechosas. Se trata de casos en los cuales, pese a la falta de inclusión de cláusulas específicas de no discriminación, se ha reconocido

¹⁰⁴ Si bien la acción jurisdiccional señalada en el artículo 57 de dicha ley hace alusión a la privación, perturbación o amenaza en el goce de los derechos establecidos en la misma, entre los cuales puede contarse la no discriminación, no es menos cierto que, al tratarse de una ley específica de igualdad, puede considerarse como una acción especial de no discriminación.

¹⁰⁵ “Artículo 80. Se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales”.

la situación desventajosa en la que se encuentran ciertos grupos de manera concreta y de un mecanismo interesante de lucha contra la discriminación.

b. Procedimiento jurisdiccional amplio. Especial referencia a la Ley de Discriminación en Chile

Antes de comenzar con el análisis del procedimiento judicial especial de no discriminación, es necesario conocer algunos breves aspectos fundamentales de la ley que lo consagra, que en este caso es la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación de 2012.

Si bien existían proyectos de ley anteriores, lo cierto es que la aprobación de esta ley se produjo en un contexto de impacto nacional, pues se había dado muerte a un joven de nombre Daniel Zamudio Vera, previas vejaciones y golpiza, con motivo de sus preferencias sexuales. Frente a la falta de respuesta estatal específica para estos “crímenes de odio”, se le dio urgencia al Proyecto de ley de 2005, aunque, sin lugar a dudas, también contribuyó para su dictado la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en la cual este último fue condenado por discriminación por orientación sexual.¹⁰⁶ Su principal finalidad es la instauración de un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho cuando se cometa un acto de discriminación.

Tal y como se señaló en líneas anteriores, la definición de discriminación que entrega esta ley incorpora cláusulas específicas de no discriminación, indicando que un acto u omisión puede ser discriminatorio, especialmente, si se basa en alguna de estas cualidades. Es necesario mencionar que a las conocidas categorías se les den algunas que pueden resultar poco frecuentes, como la sindicación y la apariencia personal, evitando la incorporación final de una cláusula amplia y abierta. Conforme a la doctrina y la jurisprudencia nacional anteriormente expuestas, la definición estipula que la discriminación arbitraria carece de una justificación razonable (arbitraria) y que puede ser cometida tanto por agentes del Estado como por particulares.

El mismo artículo 2o., además de exigir que el acto produzca privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamen-

¹⁰⁶ La sentencia se dictó el 24 de Febrero de 2012 y se trata de un fallo inédito, pues es la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre la discriminación por orientación sexual.

tales, indica que tales categorías, en ningún caso, podrán ser invocadas para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público; pero también señala que, si bien está prohibido realizar distinciones fundadas en dichos rasgos, las mismas se encontrarían justificadas o serían razonables si se basan en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental¹⁰⁷ o en otra causa constitucionalmente legítima. De este modo, esta disposición podría dejar abierta la posibilidad de creación o conservación de ciertas situaciones discriminatorias cuando las mismas se funden, por ejemplo, en las creencias religiosas o en ciertos aspectos de la libertad de contratación.

La Ley 20.609 no crea una institución especial para combatir la discriminación, sino que hace responsables de promover la no discriminación, de manera transversal, a todos los órganos de la administración del Estado dentro de sus competencias.

De igual modo, según se señaló anteriormente, dicha ley incorporó agravantes específicas al Código Penal y disposiciones que proscriben la discriminación en la administración del Estado y la administración municipal.

Del procedimiento judicial de discriminación establecido en la ley comentada, conoce el juez civil del domicilio del demandante o demandado, a elección del primero; su plazo de interposición es de noventa días, contados a partir de que se produjo el hecho discriminatorio o se tuvo conocimiento del mismo, aunque nunca en un plazo superior a un año. La acción debe ser interpuesta por escrito; sin embargo, en casos calificados, se admite la interposición verbal. Su procedimiento es breve y contempla la posibilidad de verificar actuaciones de oficio por parte del tribunal. La sentencia condenatoria ordenará cesar el acto discriminatorio o, en caso de omisión, su ejecución, fijando un plazo razonable al efecto; pero, además, se establecerán las medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, así como la aplicación de una multa.

Con todo, esta ley y su aplicación posterior han generado diversas críticas desde varias perspectivas; por ejemplo, con relación al texto, se ha dejado en evidencia la falta de concordancia con la regulación internacional, así como la inconveniente regulación de la carga de la prueba del pro-

¹⁰⁷ La norma señala expresamente, aunque no de manera taxativa, cuáles son estos derechos, a saber: derecho a la vida privada y honra de la persona y su familia; libertad de conciencia y libertad de religión; libertad de enseñanza; libertad de emitir opinión y de informar; derecho de asociación; libertad de trabajo, y derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

cedimiento judicial.¹⁰⁸ Igualmente, desde una perspectiva concreta, se ha criticado la aplicación que se ha realizado de la misma respecto de la carga de la prueba, los criterios de ponderación y algunos aspectos del análisis de las acciones afirmativas.¹⁰⁹

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La falta de incorporación sistemática de exigencias de pertenencia a grupos históricamente preteridos, ya sea a través de cláusulas específicas o de la adopción jurisprudencial y doctrinaria de las categorías sospechosas, puede provocar dificultades a la hora de configurar las situaciones de discriminación, entre otros motivos, ya que permitiría asimilar acciones que se basan en el odio o en el prejuicio, las cuales son abiertamente contrarias a la dignidad humana, con otras en las que simplemente no se han respetado criterios de razonabilidad. De este modo, dentro del concepto de discriminación arbitraria en Chile se considerarían varias situaciones que en derecho comparado, debido a que no se basan en un prejuicio sobre personas que pertenecen a grupos tradicionalmente preteridos, no quedarían incluidas. Pareciera ser que esta misma falta de inclusión de la pertenencia a la discriminación no ha coadyuvado a un desarrollo acabado del juicio de igualdad; sin embargo, éste es perfectamente posible de desarrollar de acuerdo con los estándares internacionales.

Por otra parte, tal y como ocurre en muchas latitudes, no existe una sistematización de los distintos mecanismos de lucha contra la discriminación en Chile, los cuales, debido a este hecho, no han sido suficientemente visibilizados; esta circunstancia es solucionable a mediano plazo con el apoyo de la doctrina, por cuanto pueden coadyuvar con la terminación de la discriminación. Los mecanismos institucionales pueden prestar enorme utilidad, en especial, en los casos de discriminaciones profundamente arraigadas o estructurales, porque ellas no se solucionan con una sola declaración judicial, sino que requieren de importantes y sostenidos esfuerzos.

Si bien Chile posee importantes mecanismos institucionales y jurisdiccionales para combatir la discriminación, tales mecanismos no siempre

¹⁰⁸ Díaz García, Iván, *op. cit.*

¹⁰⁹ Casas, Lidia y Lagos, Catalina, “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014, pp. 127-137.

obedecen a una misma concepción de la discriminación, concretamente no siempre consideran el elemento de grupo y el prejuicio. La consecuencia de la falta de consistencia en tal sentido es que se combaten con la misma fuerza actos que efectivamente discriminan y otros que simplemente adolecen de falta de razonabilidad, ubicándose en el mismo nivel de protección. De esta forma, es posible sostener que tiende a diluirse la gravedad y el reproche de las conductas discriminatorias.

Una opción a explorar está constituida por la unificación de los criterios con relación al concepto y a los elementos de la discriminación, tarea en la cual podrían colaborar los estándares entregados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que se encuentran claramente definidos en materia de no discriminación. La estandarización del concepto de discriminación en Chile auguraría un importante inicio y un buen panorama para el desarrollo del derecho antidiscriminatorio.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN ROIG, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, “Problemas de derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001.
- CASAS, Lidia y LAGOS, Catalina, “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, 2a. ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, vol. II.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre de 2007.
- COURTIS, Christian, “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en TORRE, Carlos de la (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “Análisis cuantitativo de la acción especial antidiscriminación de la Ley Zamudio”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 38, 2018.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “Cuatro años de la Ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, 2017.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 14, núm. 28, 2013.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 42, 2014.
- DÍAZ GARCÍA, Iván, “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 2, 2013.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Aranzadi, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. de Fernando Aguiar y María Julia Bertomeu, Barcelona, Paidós, 2003.
- ESPARZA REYES, Estefanía, “Apuntes sobre la compleja relación entre el derecho a la igualdad y la diferencia”, *Revista Jurídicas*, vol. 14, 2017.
- ESPARZA REYES, Estefanía, *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FISS, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, 1976.
- FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena, “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, núm. 1, 2014.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GONZÁLEZ LE SAOUX, Marianne y PARRA VERA, Oscar, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso Apitz”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 47, enero-junio de 2008.
- GRANADOS BOZA, Víctor, “El principio constitucional de justicia e igualdad real y la acción afirmativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 39, julio-diciembre de 2018.
- HOGG, Michael y VAUGHAN, Graham, *Psicología social*, 5a. ed., Madrid, Médica Panamericana, 2010.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989.
- KAUFMAN, Gustavo Ariel, *Dignus inter pares. Un análisis comparado de derecho antidiscriminatorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, 2010.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, núm. 2, 2015.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, “La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable?”, *Revista de Derecho Público*, vol. 69, 2007.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, “No a «separados pero iguales» en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 2, 2013.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, *Revista Ius Et Praxis*, vol. 11, núm. 2, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario Da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad material”, *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1995.
- ROSALES RIGOL, Cecilia, “La acción de no discriminación arbitraria”, en SILVA, María Pía y HENRÍQUEZ, Miriam (coords.), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Thomson Reuters-La Ley, 2014.
- ROTUNDA, Ronald y NOWAK, John, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 2a. ed., Saint Paul-Minnesota, West Publishing Co., 1992, vol. III.
- SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, “La nueva agravante de discriminación. Los «delitos de odio»”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 41, 2013.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, en SERRA CRISTÓBAL, Rosario (coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SIEGEL, Reva, “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown”, *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, 2a. ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, vol. II.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.
- ZÚÑIGA, Francisco, “Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional (discriminación por género y por edad)”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 10, 2002.

C

Fecha de recepción: 9 de enero de 2018.

Fecha de aceptación: 25 de julio de 2018.