



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho

ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN Y JURISPRUDENCIA DICTADA ENTRE JULIO DEL
AÑO 2012 Y JULIO DEL AÑO 2017

Análisis de la conceptualización de la discriminación arbitraria, la carga de la prueba y
solución de conflictos entre derechos fundamentales

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA GABRIELA JÁUREGUI ROJAS

Profesor Guía: Leonardo Andrés Cofré Pérez

Santiago, Chile 2017

Tabla de Contenido

	Página
Resumen.....	8
Introducción.....	10
CAPÍTULO I: Marco normativo y teórico de la discriminación arbitraria.....	16
1.1. Marco normativo.....	16
1.1.1. Derecho de igualdad y no discriminación consagrado en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.....	16
1.1.1.1. Constitución Política de la República.....	16
1.1.1.2. Tratados Internacionales.....	17
1.1.2. Normativa legal de antidiscriminación.....	18
1.1.2.1. Ley 20.609. Establece medidas contra la discriminación.....	18
1.1.2.1.1. Título I.....	19
1.1.2.1.2. Título II.....	19
1.1.2.1.3. Título III.....	21
1.2. Marco teórico.....	22
1.2.1. Principio de igualdad.....	23
1.2.2. Principio de no discriminación.....	26
1.2.2.1. Naturaleza Jurídica.....	27
1.2.2.2. Definición.....	27
1.2.2.3. Discriminación Estructural.....	31
1.2.2.4. Discriminación Arbitraria.....	32
1.2.3. Conceptualización de la discriminación arbitraria.....	32

1.2.4.	Distribución de la carga de la prueba.....	34
1.2.4.1.	Definición de prueba, <i>onus probandi</i> y reglas generales.....	34
1.2.4.2.	Discusión Parlamentaria.....	36
1.2.4.2.1.	Argumentos a favor de la inversión de la carga de la prueba.....	37
1.2.4.2.2.	Argumentos en contra de la inversión de la carga de la prueba...	38
1.2.4.3.	Carga dinámica de la prueba.....	39
1.2.4.4.	Criterios a utilizar en el análisis jurisprudencial.....	40
1.2.5.	Solución de conflictos entre derechos fundamentales.....	41
1.2.5.1.	Resolución de conflictos según la concepción liberal de los derechos fundamentales.....	42
1.2.5.1.1.	Jerarquización.....	42
1.2.5.1.2.	La ponderación o <i>balancing test</i>	43
1.2.5.2.	Resolución de conflictos según la concepción contractualista de los derechos fundamentales.....	44
Capítulo II: Panorama general de la jurisprudencia sobre la acción de no discriminación arbitraria.....		46
2.1.	Estudio estadístico de las sentencias.....	46
2.1.1.	Acciones ingresadas.....	47
2.1.2.	Acciones ingresadas según Corte de Apelaciones.....	48
2.1.3.	Acciones terminadas por año.....	49
2.1.4.	Acciones según forma de término.....	50
2.1.5.	Acciones terminadas por sentencia definitiva.....	51
2.1.6.	Proporción entre acciones acogidas o rechazadas.....	52
2.1.7.	Acciones acogidas o rechazadas por año.....	53

2.1.8. Categoría sospechosa invocada.....	54
2.2. Acciones terminadas entre julio de 2012 y marzo de 2015.....	55
2.2.1. Conceptualización de la discriminación arbitraria.....	55
2.2.1.1. Acciones acogidas.....	55
2.2.1.2. Acciones rechazadas.....	58
2.2.2. Distribución de la carga de la prueba	59
2.2.2.1. Acciones acogidas.....	59
2.2.2.2. Acciones rechazadas.....	61
2.2.3. Solución de conflictos entre derechos fundamentales.....	61
2.2.3.1. Acciones acogidas.....	61
2.2.3.2. Acciones rechazadas.....	63
2.3. Conclusiones.....	64
Capítulo III: Análisis de criterios. Conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales en el segundo periodo.....	69
3.1. Análisis de criterios en acciones acogidas.....	69
3.1.1. Conceptualización de la discriminación arbitraria.....	70
3.1.2. Distribución de la carga de la prueba.....	71
3.1.3. Solución de conflictos entre derechos fundamentales.....	75
3.2. Análisis de criterios en acciones rechazadas.....	81
3.2.1. Conceptualización de la discriminación arbitraria.....	82
3.2.2. Distribución de la carga de la prueba.....	89
3.2.3. Solución de conflictos entre derechos fundamentales.....	90
3.3. Conclusiones.....	97

Conclusion.....	100
Bibliografía.....	112
Anexos	122

Índice de tablas

		Página
Tabla 1	Requisitos enunciados en sentencias dictadas entre julio del año 2012 y marzo del año 2015.	65
Tabla 2	Requisitos enunciados en sentencias acogidas entre abril del año 2015 y julio del año 2017.	78
Tabla 3	Requisitos enunciados en sentencias rechazadas entre abril del año 2015 y julio del año 2017.	94
Tabla 4	Requisitos enunciados en sentencias acogidas y rechazadas entre abril del año 2015 y julio del año 2017	98
Tabla 5	Requisitos enunciados en la totalidad de las sentencias dictadas entre julio del año 2012 y julio del año 2017.	107

Índice gráficos

		Página
Gráfico 1	Total de Ingresos, según período de análisis	47
Gráfico 2	Ingresos por ICA, según período de análisis	48
Gráfico 3	Términos de acciones tramitadas conforme a Ley N ° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, por año	49
Gráfico 4	Acciones tramitadas conforme a Ley N° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, según forma de término.	50
Gráfico 5	Acciones terminadas por sentencias definitivas, tramitadas conforme a Ley N ° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, distribuidas por año.	51
Gráfico 6	Proporción entre causas terminadas por sentencia definitiva, según acoge o rechaza la acción, en causas tramitadas conforme a Ley N° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia.	52
Gráfico 7	Acciones terminadas por sentencia definitiva, según se acoge o rechaza la acción, de causas tramitadas conforme a Ley N ° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, por año	53
Gráfico 8	Acciones terminadas por sentencia definitiva, según categoría sospechosa invocada, de causas tramitadas conforme a Ley N° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia	54

A mis padres. A mi compañero.

Resumen

En la presente tesis se analizan los procesos tramitados conforme a la acción de no discriminación arbitraria, contemplada en la Ley N° 20.609, terminados por sentencia definitiva y sus respectivos recursos emanados de los Juzgados de Letras Civiles, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, dictados desde julio del año 2012 hasta julio del año 2017 en base a tres criterios: la conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y la solución de conflictos entre derechos fundamentales. Se divide la tesis en tres capítulos, el primer capítulo se titula “Marco normativo y teórico”, el segundo, “Panorama general de las acciones de no discriminación arbitraria”, y el tercero, “Análisis de criterios. Conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales”.

Palabras clave: Ley N° 20.609; Ley Zamudio; acción de no discriminación arbitraria; principio de igualdad y no discriminación; jurisprudencia; conceptualización de la discriminación arbitraria; distribución de la carga de la prueba; solución de conflictos entre derechos fundamentales.

“Hay que decir también que un Derecho Fundamental, como toda norma de derecho positivo, no se termina cuando alcanza ese estatus jurídico -de positivación-, sino que entra en una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación, que afecta al propio sentido y a la función de tal derecho. La acción de los operadores jurídicos, en el desarrollo legal, reglamentario o judicial, de los derechos forma parte también del interés de la comprensión de los mismos en el análisis de su función. La comparación entre creación e interpretación musical ya se hizo en el realismo norteamericano y sirve para entender esta última fase que prolonga la búsqueda del para qué de los derechos, en la acción de sus intérpretes y no sólo de sus compositores”.

(Peces-Barba Martínez, De Asis & Llamas, 1991, pág. 92)

Introducción

Se escribe la presente tesis como una forma de analizar la praxis jurídica efectuada por los operadores y las operadoras de justicia respecto a la Ley N° 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación Arbitraria (en adelante y de forma indistinta la Ley) y que entró en vigencia el día 24 de julio del año 2012.

Esta Ley se dictó en el contexto del homicidio calificado de Daniel Zamudio (conocida como la “Ley Zamudio”), lo que se desprende del discurso dictado por el expresidente Sebastián Piñera en la ceremonia de promulgación de la Ley N° 20.609 en Santiago, con fecha 12 de Julio de 2012, en la que señala: “Y por eso quiero comenzar estas palabras recordando a Daniel, y expresándole a sus padres, que hoy día nos acompañan en este acto republicano, pero de profundo significado humano, que la muerte de Daniel, que fue sin duda una muerte muy dolorosa, pero también sabemos que no fue en vano y que incluso después de su muerte, su sacrificio está generando frutos fecundos. Y no solamente me refiero a lo que esa muerte significó para por fin unir las fuerzas y las voluntades para aprobar esta Ley Antidiscriminación” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012, p. 1244).

Daniel Zamudio era un joven homosexual chileno, quien falleció el día 27 de marzo del año 2012 producto de una brutal golpiza que tuvo como motivo principal su orientación sexual. Esto se desprende de la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 28 de octubre de 2013, en que la se dispone “La orientación sexual de Daniel es el factor que motivó la agresión [...] Además se comprobó esta motivación por las declaraciones de los acusados Mora y López que dan luces de este tema y además por las lesiones de esvásticas que constituyen un signo de discriminación” (Homicidio Calificado en la persona de Daniel Zamudio, 2013, p. 17).

En virtud de éste y otros casos³ se crea la Ley N° 20.609, como una más de las múltiples manifestaciones de positivización del derecho fundamental de igualdad y no discriminación. La mera positivización del derecho no es suficiente, pues como señalan Peces-Barba Martínez, De Asis & Llamas (1991, pág. 92), una norma no se termina cuando alcanza un estatus jurídico, sino que entra en una dinámica de desarrollo, interpretación y aplicación, la que afecta el propio sentido y función de dicho derecho. De ahí la relevancia de

³ Un ejemplo el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012). Para más información ver: (Carranza M., Concha F., & Varas A., 2014, pág. 5 y 31).

investigar respecto del ejercicio de los operadores y las operadoras de justicia en el desarrollo judicial de la Ley.

Basándose en lo anterior, el objetivo que se plantea consiste en un análisis cualitativo y cuantitativo de las sentencias definitivas dictadas por Juzgados de Letras Civiles, y las sentencias de Tribunales superiores de justicia, dictadas entre julio del año 2012 y julio del año 2017, en el procedimiento por acción de no discriminación arbitraria contemplado en la Ley N° 20.609.

Durante el desarrollo se responderá a la siguiente pregunta de investigación: ¿Se ha efectuado una adecuada conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales, en las sentencias definitivas dictadas por Juzgados de Letras Civiles y las sentencias de Tribunales superiores de justicia, desde julio del año 2012 hasta julio del año 2017, en los procesos tramitados conforme a la acción de no discriminación arbitraria contemplada en la Ley N° 20.609?

La hipótesis consiste en que la jurisprudencia, en primer lugar, ha sido tautológica en la conceptualización de la discriminación arbitraria; en segundo lugar, no es clara con respecto a la distribución de la carga de la prueba; y en tercer lugar, no ha aplicado una adecuada forma de solución de conflictos entre derechos fundamentales.

La metodología utilizada en la presente tesis es la metodología del derecho, la que se define como "...la parte lógica que tiene por objeto el estudio de los métodos específicos de la ciencia jurídica y los generales aplicables al derecho en el contexto de la teleología y la axiología jurídica" (Ponce de León , 1996, pág. 64). De esta forma se analizarán las sentencias definitivas de Tribunales inferiores y superiores de justicia, en lo referente a la aplicación a casos concretos de la Ley N° 20.609 y los problemas de interpretación de la misma.

En cuanto a los métodos generales aplicables a la investigación jurídica, se utilizarán los métodos sistemático, inductivo y el científico. Se utilizará el método sistemático, pues se ordenarán las sentencias según sistemas coherentes sobre criterios que se expondrán posteriormente. Se utilizará el método inductivo, pues del estudio de fenómenos particulares, esto es, del estudio de sentencias, se va a llegar a conclusiones generales. Además se utilizará el método científico que se define como "el proceso sistemático y razonado que el investigador de la ciencia sigue para la obtención de la verdad científica" (Ponce de León , 1996, pág. 77).

En la presente tesis se seguirán las principales etapas del método científico, las cuales son: “1° Observación simple y estructurada del fenómeno y su delimitación; 2° Planteamiento del problema y estudio de los conocimientos relacionados con el fenómeno a investigar; 3° Formulación de hipótesis; 4° Programación de las actividades comprobatorias de la hipótesis; 5° Comprobación o Disprobación de la hipótesis; 6° Conclusiones o presentación de teorías y modelos científicos.” (Ponce de León , 1996, pág. 89).

El objetivo general consiste en analizar si se ha efectuado, por los operadores y las operadoras de justicia, una adecuada conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales, en los procesos tramitados conforme a la acción de no discriminación arbitraria, contemplada en la Ley N ° 20.609, terminados por sentencia definitiva y/o sus respectivos recursos, que emanen de los Juzgados de Letras Civiles, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, dictadas desde julio del año 2012, hasta julio del año 2017.

En miras a la obtención de este objetivo general, se plantean como objetivos específicos los siguientes:

- a. Rastrear, estudiar y fichar los procesos tramitados conforme al procedimiento de acción de no discriminación arbitraria establecido en la Ley N° 20.609, entre julio del año 2012 y julio del año 2017. Se delimitará el estudio a los procesos terminados por sentencia definitiva y sus respectivos recursos emanados de Juzgados de Letras Civiles, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema.
- b. Establecer el marco normativo y teórico indispensable para el adecuado entendimiento del problema.
- c. Analizar si son adecuados los razonamientos adoptados por los tribunales para clasificar un hecho como discriminación arbitraria. Con este fin, se responderán las siguientes preguntas de investigación: ¿Los tribunales han utilizado estándares conceptuales para configurar la discriminación arbitraria? En el caso de ser afirmativa la respuesta, ¿cuáles han sido estos estándares conceptuales?, ¿son estándares conceptuales adecuados? Los requisitos, elementos o criterios que se han establecido ¿restringen o facilitan la configuración de la discriminación arbitraria?
- d. Analizar si se ha efectuado por los tribunales una adecuada distribución de la carga de la prueba de los hechos constitutivos e impeditivos de la discriminación arbitraria. Para cumplir con este objetivo, se buscará responder a las siguientes preguntas de investigación: ¿Qué reglas han aplicado los tribunales para distribuir la prueba ante la

ausencia de una norma específica referida a la carga de la prueba en la Ley N° 20.609? ¿Cómo afecta la normativa aplicada al demandante o al demandado? ¿Quedan las partes en igualdad de condiciones con la aplicación de estas normas? ¿Se han utilizado criterios provenientes de otros cuerpos normativos?

- e. Analizar si se ha efectuado por los tribunales una adecuada solución de conflictos entre derechos fundamentales. Para cumplir con este objetivo, se responderán las siguientes preguntas de investigación: ¿Se han solucionado conflictos entre derechos fundamentales? ¿Qué formas de solución se han aplicado para dar fin a los posibles conflictos? ¿Bajo qué requisitos, el ejercicio de un derecho fundamental sirve como defensa, según la interpretación de la justificación razonable que los tribunales han efectuado?

La tesis se dividirá en tres capítulos. El primer capítulo se titula “Marco normativo y teórico”; el segundo, “Panorama general de las acciones de no discriminación arbitraria”; y el tercero, “Análisis de criterios. Conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales”.

En el primer capítulo se sentarán las bases normativas y teóricas sobre las cuales se desarrollará la tesis. Se estudiará, en primer lugar, la regulación normativa del derecho a la igualdad y no discriminación; y en segundo lugar se hará una revisión de aquellos conceptos que servirán de marco teórico para explicar la realidad observable en las sentencias objeto de estudio.

Respecto del marco normativo cabe señalar que el principio de igualdad y no discriminación mantiene una regulación constitucional y legal. La regulación constitucional se expresa en el art. 1, art.19 N° 2, 16 y 22, y el art. 5 inc. 2 de la Constitución Política de la República, que incorpora la normativa contemplada dentro de los Tratados Internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico. La regulación legal, comprende diversos cuerpos normativos dentro de los cuales se encuentra la Ley N° 20.609.

La Ley N° 20.609 regula la acción de no discriminación y se divide en tres títulos. En el primero establece la finalidad de la acción y la definición de discriminación arbitraria. En el segundo regula las normas procesales y procedimentales de la acción. En el tercero dispone reformas al Estatuto Administrativo, al Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales y

al Código Penal. Los procesos y reformas regulados en el Título III no serán estudiados por exceder los motivos de la tesis.

En cuanto al marco teórico se hará referencia a lo que deberá entenderse por principio de igualdad, principio de no discriminación, conceptualización de la discriminación arbitraria, carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales.

En el segundo capítulo, “Panorama general de las acciones de no discriminación arbitraria”, se va a establecer y delimitar el objeto de estudio. Para ello se expondrán gráficamente los datos obtenidos mediante solicitud de transparencia⁴ efectuada en virtud de la Ley 20.285 Sobre acceso a la información Pública. Dicha información abarca el espacio de tiempo que va desde julio del año 2012 hasta el 31 de julio del año 2017.

Cabe anticipar que las sentencias ingresadas, según datos entregados por el Poder Judicial, ascienden a un total general de 295 causas, las que se distribuyen de la siguiente manera: durante el año 2012 fueron ingresadas 13 demandas; en el año 2013 ingresaron 33 demandas; en 2014 ingresaron 57 demandas; en el año 2015 ingresaron 79; durante el año 2016 ingresaron 65 demandas, y hasta el 31 de julio del año 2017 ingresaron 48 demandas. No se analizará la totalidad de causas ingresadas, sino que el estudio se circunscribirá a las causas terminadas por sentencia definitiva y sus respectivos recursos, las cuales ascienden al total general de 68 causas.

Luego se establecerá un primer período jurisprudencial que se extiende desde julio del año 2012 hasta marzo del año 2015, y que servirá de referencia para el análisis de un segundo período que comprende desde abril del año 2015 hasta julio del año 2017. La razón de esta delimitación temporal es que la doctrina ya ha efectuado estudios respecto de la jurisprudencia dictada en el primer período (Muñoz, F., 2015).

En el primer período, se analizarán las sentencias dictadas desde la promulgación de la Ley hasta marzo del año 2015. Todas serán analizadas sobre la base de los criterios utilizados por tribunales referentes a los estándares conceptuales de la discriminación arbitraria, la distribución de la carga de la prueba y la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

⁴ Numero de solicitud NR001T0001660 de fecha 21 de abril del año 2017 y NR001T0001828 de fecha 27 de junio del año 2017.

En el tercer capítulo se analizarán las sentencias definitivas dictadas en un segundo período jurisprudencial que se extiende desde abril del año 2015, hasta el 31 de julio del año 2017. Durante este período 47 causas terminaron por sentencia definitiva, sin necesariamente estar firmes y ejecutoriadas, las que serán divididas en dos secciones. En la primera, se analizarán las sentencias que fueron acogidas; en la segunda, aquéllas que fueron rechazadas. En cada sección se analizarán las sentencias en base a la conceptualización de la discriminación arbitraria, la distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Resolver las preguntas de investigación planteadas permitirá ilustrar cómo los operadores y las operadoras de justicia utilizan los criterios de estándares conceptuales, carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales, para resolver casos de discriminación, conforme a la acción de no discriminación arbitraria contemplada en la Ley N° 20.609.

Es importante el estudio de estos criterios, pues la forma en que se ocupen influirá de forma significativa en las posibilidades del uso del derecho y en la factibilidad de modificar pautas culturales discriminatorias. De esta forma, si se efectúa por los jueces una interpretación restrictiva de la discriminación arbitraria, si se imponen fuertes cargas probatorias al demandante, o se realizan exámenes incompletos en la justificación de la infracción de derechos, se entiende que no se cumple con el fin buscado por la Ley para poner fin o subsanar la situación de discriminación de que ha sido víctima una persona (Casas B., 2014, pág. 136).

CAPÍTULO I: Marco normativo y teórico de la discriminación arbitraria

En el presente capítulo se sentarán las bases normativas y teóricas de la discriminación arbitraria sobre las cuales se va a desarrollar la tesis. En primer lugar, se revisará brevemente la regulación constitucional, internacional y legal del derecho a la igualdad y no discriminación⁶. En segundo lugar, se estudiarán los conceptos que servirán de marco teórico para explicar la realidad observable en las sentencias que son objeto de estudio.

1.1. Marco normativo

A continuación, se revisará brevemente la normativa interna e internacional respecto al derecho de igualdad y no discriminación.

1.1.1. Derecho de igualdad y no discriminación consagrado en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes

1.1.1.1. Constitución Política de la República

El derecho de igualdad y no discriminación, está consagrado en nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 1°, donde señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Además, se encuentra regulado en el art. 19 inciso 2 que dispone: “La Constitución asegura a todas las personas: ... 2° 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”.

En el art. 19 N°16 establece el principio de igualdad y no discriminación en materia laboral: “La Constitución asegura a todas las personas: ... 16°.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

⁶ Será breve pues la doctrina ha tratado extensamente dicha regulación y no es el objetivo central de esta tesis.

Por último, en el art. 19 N° 22 consagra la no discriminación en materia económica, a saber “La Constitución asegura a todas las personas: ... 22°.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

A estas disposiciones, según el principio de legalidad consagrado en los art. 6 y 7 de la Constitución, están afectos los órganos del Estado, sus titulares o integrantes y toda persona, institución o grupo. Además, se va a actuar válidamente en la medida en que se haga en la forma que prescriba la ley. Para el caso concreto, actuar válidamente, significa actuar conforme a las directrices que entrega la Constitución y los Tratados Internacionales referentes al principio de igualdad y no discriminación, so pena de ser declarado el acto nulo y originar las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

1.1.1.2. Tratados internacionales

Según el art. 5 inc. 2 de la Constitución Política de la República, “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”. En virtud de esta norma, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, también conforman la normativa pertinente para analizar el objeto de estudio. Cabe señalar que esta normativa, en su mayoría, ha sido citada por las partes en los procesos judiciales analizados.

Dentro de la normativa internacional que consagra el principio de igualdad y no discriminación, vigente en Chile, se encuentran la Carta de Naciones Unidas (1945); la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Organización de Estados Americanos (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (1969); el Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, de la Organización Internacional del Trabajo (1971); la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de la Organización de Naciones Unidas (1972); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas (1980); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW” (1981); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes de la Organización de Naciones Unidas (1984); el Pacto internacional de Derechos Económicos

Sociales y Culturales, de la Organización de Naciones Unidas (1989); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas (1989); la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Naciones Unidas (1990); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belem Do Para" (1995); el Convenio 169 de la OIT (2008) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas (2008).

Además, existen otros instrumentos internacionales, a saber: la Observación General N°18 del 11 de septiembre de 1989, sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; los Principios de Yogyakarta (2006) y el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (2012)

1.1.2. Normativa legal antidiscriminación

Acerca de la normativa legal chilena, existen diversas leyes que contemplan el principio de igualdad y no discriminación, a saber: la Ley 20.422, que Establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad; la Ley 20.370, que establece la Ley General De Educación; la Ley 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar; el Código del Trabajo y la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

1.1.2.1. Ley N° 20.609. Establece medidas contra la discriminación.

La Ley N° 20.609, establece una acción en favor de aquellos sujetos que hayan sido discriminados de forma arbitraria, en razón de una categoría sospechosa (la definición de categoría sospechosa será analizada con posterioridad). Al contemplar dichas categorías, la Ley, reconoce que hay sectores de la sociedad, que históricamente han sido marginados y discriminados, y que no se encuentran en una situación de igualdad (Nash & David, 2010, págs. 172 -179). Para poder corregir esta situación y concretar su igualación con los otros grupos de la sociedad, se crea la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

A continuación se expondrá el mecanismo que el legislador pone a disposición de las personas para subsanar una posible situación de discriminación, haciendo una revisión de su contenido sustantivo. No se hará referencia al contexto en el cual fue promulgada la ley, pues ya fue analizado.

1.1.2.1.1. Título I

En su artículo 1 inc. 1 señala que tiene como propósito fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Además, en su inciso segundo, señala que “corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Luego, en su art. 2, define la discriminación arbitraria como “... toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

1.1.2.1.2. Título II

Para alcanzar los propósitos que se plantea la Ley, se establece en el Título II la acción de no discriminación arbitraria y su procedimiento. A continuación, se explicará brevemente su regulación, de acuerdo a lo señalado por los artículos 3 a 14.

En su art. 3 regula la competencia de tribunales. Señala que los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión.

En su art. 4 establece la legitimación activa, señalando quienes pueden interponer la acción.

En su art. 5, establece los plazos y formas de interposición. Respecto de los plazos, señala que la acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la

ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. Luego agrega que en ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión. Respecto de las formas de interposición, la regla general es que la acción se interpondrá por escrito, pero excepcionalmente, en casos urgentes, puede interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente.

En su art. 6 establece requisitos de admisibilidad y señala los casos en que no será admisible la acción.

En su art. 7º establece la posibilidad de la suspensión provisional del acto reclamado.

El artículo 8 dispone que, deducida la acción, el tribunal requerirá informe a la persona denunciada y a quien estime pertinente.

En su artículo 9 regula las audiencias. Señala que, evacuados los informes o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará una audiencia de conciliación.

En su artículo 10 regula la prueba. Señala que serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

En su art. 11 se admite la facultad del tribunal para decretar medidas para mejor resolver, de oficio y dentro del plazo para dictar sentencia.

En cuanto a la sentencia, se establece en su artículo 12 que el tribunal declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de entre cinco y cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorios.

Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de entre dos y veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal.

En su artículo 13 regula el recurso de apelación. Señala que son apelables dentro de los cinco días hábiles:

- a. La sentencia definitiva.
- b. La resolución que declare la inadmisibilidad de la acción.
- c. Las resoluciones que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución.

En su art. 14 fija que las reglas de aplicación subsidiaria serán las reglas generales de todo procedimiento, contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

1.1.2.1.3. Título III.

En este título se establecen reformas a otros cuerpos legales. Modifica el Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales. En ellos establece la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios, incorporando como tal, la discriminación arbitraria, según la define el art. 2 de la Ley N° 20.609. Por otra parte, se modifica el Código Penal, agregando a su art. 12 como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal el numeral 21. De esta forma dispone como circunstancia agravante: “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”. En esta tesis, se va a excluir el análisis de los procesos regulados en el Título III, en los que se utilice o invoque la Ley, debido a que su estudio excede las pretensiones de este trabajo.

Habiendo revisado la regulación de la Ley N° 20.609, cabe destacar algunos puntos importantes.

Los plazos, son un punto relevante, pues es discutido en la jurisprudencia cuando una acción está prescrita. Un ejemplo de ello, es el caso Díaz Letelier con Nuestra Señora del Huerto, en el que en primera instancia se acoge la acción y en segunda instancia se revoca por haberse interpuesto fuera de plazo, (Apelación Díaz Letelier con Nuestra Señora del Huerto, 2017, pág. 2).

La ley tiene reglas especiales respecto del procedimiento ordinario, en el sentido de que incorpora como un nuevo elemento las causales de inadmisibilidad, las que por regla general son implementadas en procedimientos de competencia de Tribunales Superiores de Justicia. La incorporación de éstas en primera instancia resulta relevante, pues como se estudiará posteriormente, es la tercera causal de término más recurrente, con 26 causas terminadas de esta forma.

Al mismo tiempo, se sigue el procedimiento ordinario de forma supletoria, pues en los arts. 9 y 10 se omite cualquier referencia a normas especiales de distribución de la carga de la prueba. Esto, no obstante haber sido parte importante del debate parlamentario en el proceso de dictación de la ley.

En cuanto a la sentencia, el tribunal tiene amplias facultades en caso de acogerse la acción, sin embargo, no se regula un procedimiento especial de cumplimiento de la sentencia. Por ello, y según las reglas generales aplicables a todo procedimiento, con la sentencia ejecutoriada la víctima debiese iniciar un procedimiento de cumplimiento ejecutivo de una obligación de dar, hacer o no hacer. Lo anterior, en muchas ocasiones podría convertir en inoficiosa la acción, por el largo transcurso de tiempo que necesariamente debe pasar entre que se entabla la acción y se exige el cumplimiento de la sentencia que acoge la demanda, según las reglas generales.

Por otra parte, como el tribunal tiene amplias facultades para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, se deja abierta la posibilidad de solicitar una indemnización de perjuicios de carácter pecuniario. No obstante, en la jurisprudencia hay una negativa absoluta a otorgarle un carácter indemnizatorio a la acción de no discriminación arbitraria. Por último, el hecho de que el tribunal pueda imponer una multa al recurrente si en la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, es un fuerte desincentivo a la utilización de la presente acción, lo que fue advertido en la historia de la ley.

1.2. Marco teórico

En esta sección se estudiarán los conceptos que servirán de marco teórico para explicar la realidad observable en las sentencias que serán analizadas. Se estudiarán los conceptos de principio de igualdad, principio de no discriminación, estándares conceptuales de la discriminación arbitraria, la carga de la prueba y la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

El estudio del principio de igualdad y no discriminación resulta relevante para entender el fenómeno de la discriminación y con ello el ámbito de aplicación de la Ley. El estudio de dichos conceptos permitirá determinar, a priori, en qué relaciones sociales resulta relevante exigir igualdad y en qué casos existe una discriminación que deba ser corregida.

Se analizarán los estándares conceptuales de la discriminación arbitraria, la carga de la prueba y la solución de conflictos entre derechos fundamentales, pues del estudio de las sentencias se pudo observar que son puntos discutidos recurrentemente por las partes, en la doctrina y en la jurisprudencia. Además, la concepción que de ellos tenga el o la operador/a de justicia, resulta determinante a la hora de dictar sentencia.

1.2.1. Principio de Igualdad

Respecto del significado descriptivo de igualdad se debe señalar, en primer lugar, que tiene como característica su indeterminación, pues consiste en un tipo de relación formal que se puede colmar de los más diversos contenidos. (Bobbio, 1977, págs. 52-56)

Bobbio en su libro “Igualdad y libertad” (1977), señala que la igualdad no es un fin en sí mismo, pues sólo es una relación. Ésta sólo será humanamente deseable en la medida que se considere justa “... una relación de igualdad es un fin deseable en la medida en que es considerado justo, donde por ‘justo’ se entienda que tal relación tiene de algún modo que ver con un orden que hay que instituir o restituir (una vez turbado), con un ideal de armonía de las partes del todo, porque además, sólo un todo ordenado tiene la posibilidad de subsistir cuanto tal” (Bobbio, 1977, pág. 58). En concreto, la igualdad es un hecho y la justicia un ideal, por ello no toda igualdad es relevante. La igualdad social y políticamente relevante sería la de las relaciones sociales. Es relevante que exista igualdad en las relaciones sociales entre individuos o entre grupos de individuos o entre los individuos con el grupo.

Bobbio clasifica las situaciones en las que es relevante que exista igualdad, en justicia retributiva y atributiva. La primera situación consiste en “aquella en la que uno se encuentra frente a una acción de dar (o hacer), de la que haya que establecer la correspondencia antecedente con un tener o subsecuentemente con un recibir” (Bobbio, 1977, pág. 60). La segunda situación es aquella “en la cual uno se encuentra frente al problema de asignar ventajas o desventajas, beneficios o gravámenes, en términos jurídicos, derechos o deberes, a una pluralidad de individuos pertenecientes a una determinada categoría” (Bobbio, 1977, pág. 60). En la primera situación hay una relación bilateral y

recíproca, además de un problema de equiparación de cosas. En concreto se trata de relaciones de intercambio; mientras en la segunda situación hay una relación multilateral y unidireccional que busca equiparar personas. Corresponde a relaciones de convivencia.

El órgano jurisdiccional que resuelve una acción de no discriminación arbitraria realiza un acto de justicia atributiva, pues busca por medio de las normas establecidas en la Ley N ° 20.609, asignar las desventajas o perjuicios producidos por una acción u omisión, del Estado o de particulares. En la práctica, si se configura la discriminación arbitraria, el juez/a ordena al sujeto activo de la discriminación, poner fin a dicha acción o a los efectos de ella, o bien, si consiste en una omisión, que realice el acto omitido. Además, le atribuye un gravamen a quien incurre en una acción u omisión que pueda calificarse como de discriminación arbitraria, pues le asigna al responsable una pena de carácter pecuniario a beneficio fiscal.

Así, para que el juez pueda distinguir entre una igualdad justa de una injusta, requiere de un criterio de justicia, es decir “aquellos criterios que permiten establecer situación por situación en que dos cosas o dos personas deban ser iguales con el objeto de que la igualdad entre ellas pueda considerarse justa” (Bobbio, 1977, pág. 62). La regla de justicia, consiste en “la regla según la cual se debe tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual” (Bobbio, 1977, pág. 64). No obstante, hay quienes señalan que dicha regla de justicia, no tendría un significado suficientemente preciso para que, aplicado a casos concretos, diversos jueces arribaran a un mismo resultado, siendo por ello un axioma inútil, plenamente vacío e intrínsecamente tautológico. (Correa Sutil, 2011, págs. 98-99).

El legislador, establece la regla de justicia, en la forma de una regla general y abstracta que establece cómo debe tratarse a una entera categoría de sujetos, por medio de la regulación constitucional, internacional y legal revisada. En concreto, la Ley N ° 20.609, es una manifestación de la regla de justicia, en cuanto dispone tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de forma desigual. Esto pues, entrega la acción de no discriminación a beneficio de sectores sociales históricamente marginados por diversas categorías sospechosas, para que rectifiquen situaciones en las que, siendo iguales, se les trata de una forma desigual y aquéllas en que siendo desiguales, se les trata de una forma igual.

Ahora, Bobbio (1977) señala que para que opere la regla de justicia, primero se deben haber resuelto los problemas de la justicia retributiva y atributiva, esto es, presupone

que se han elegido los criterios para determinar cuándo dos cosas deben considerarse equivalentes y cuándo dos personas deben considerarse como equiparables (es una justicia constitutiva o reconstituida de la igualdad social). Entonces, la primera labor del órgano jurisdiccional es establecer el modo de tratar a un determinado sujeto en una determinada relación. Hecho esto, puede operar la regla de justicia surgiendo la exigencia de establecer que el tratamiento igual sea reservado a aquellos que se encuentran en una misma situación. De no ser así, la regla de justicia exige un trato diferenciado.

Posteriormente, Bobbio señala que el contenido de igualdad depende del contexto en el que la igualdad se invoca. Por ello, el significado de igualdad no siempre es el mismo, ni es unívoco. A continuación da ejemplos de las formas más relevantes que ha adquirido el principio de igualdad:

- a. La igualdad de todos: aquella máxima política que proclama la igualdad de todos los hombres, expresada mediante la frase “Todos los hombres son (o nacen) iguales” (Bobbio, 1977, pág. 68), la cual es similar a la contenida en el art. 1 inc. 1 de la Constitución, a saber: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta máxima se sitúa en el contexto histórico, en el que pocos disfrutaban de bienes y derechos de los que otros carecen. La idea que expresa es que los hombres y mujeres sean considerados iguales y tratados como iguales respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones de la persona y de la sociedad, constituyen la esencia de la misma, esa naturaleza humana distinta de la de los demás seres, como es la dignidad. (Bobbio, 1977, pág. 69)
- b. Igualdad en los derechos (o de los derechos): más que una mera igualdad ante la ley como exclusión de toda discriminación no justificada, tiene como significado la facultad de gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Tiene un ámbito más vasto, que la igualdad frente a la ley. “Comprende más allá del derecho a ser considerados como iguales frente a la ley, todos los derechos fundamentales enumerados en una constitución, como son los derechos civiles y políticos.” (Bobbio, 1977, pág. 76). Ejemplo de formulaciones de este concepto “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Bobbio, 1977, pág. 75). Ésta es similar a la contenida en el art. 1 inc. 1 de la Constitución, a saber: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Se distingue de la igualdad frente a la ley, pues si

bien en la sociedad de castas todos/as son sujetos de derechos, no todos son iguales frente a la ley, pues cada estamento está regulado por diversas leyes.

- c. La igualdad frente a la ley: expresada mediante la frase “todos los hombres son iguales frente a la ley” (Bobbio, 1977, pág. 71). Dicha frase se manifiesta el art. 19 N° 2 de la Constitución, en cuanto asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”. La importancia de esta formulación, se sitúa en la sociedad de castas, en las que los ciudadanos están divididos en categorías jurídicas diversas y distintas. Ésta es sólo una forma específica e históricamente determinada de igualdad en los derechos.
- d. La igualdad jurídica: hace referencia a la igualdad jurídica en el atributo que hace de todo miembro de un grupo social, un sujeto jurídico o un sujeto dotado de capacidad jurídica. Tiene su correlato en el art. 19 N° 2 de la Constitución, que dispone: “En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.” Esta forma que adquiere el principio de igualdad, tiene como objetivo histórico la sociedad esclavista, en la cual no todos sus miembros son sujetos de derecho. Es más restringido que la igualdad frente a la ley, pues en la sociedad de castas, todos/as son sujetos de derechos, en cambio en la sociedad esclavista, hay quienes no son sujetos de derechos.
- e. Igualdad de hecho: se entiende por esta, la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica.
- f. Igualdad de derecho: ésta se usa en contraposición a igualdad de hecho. Corresponde a la contraposición de igualdad formal e igualdad sustancial o material.
- g. Igualdad de oportunidades: consiste en la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual hay personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, para que todas partan en posiciones de iguales. (Bobbio, 1977, pág. 78).

1.2.2. Principio de no discriminación

Se efectuó una revisión del principio de igualdad, ahora, se establecerá cómo se relaciona con el principio de no discriminación.

1.2.2.1. Naturaleza jurídica

Para Nash y David, la relación entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación, radicaría en considerar la prohibición de discriminación como una conducta especialmente prohibida respecto del principio de igualdad: “La prohibición de discriminación sería de exigibilidad inmediata y constituiría una expresión de concreción del principio de igualdad” (Nash & David, 2010, pág. 163). Según la jurisprudencia internacional, la naturaleza jurídica de la igualdad y no discriminación corresponde a principios *ius cogens*. Esto se debe a que son principios fundamentales que permean todo el ordenamiento jurídico y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados, generando efectos con respecto a terceros, inclusive particulares (O'Donnell, 2012, pág. 944). Por esta razón, configurarían un límite absoluto para el actuar de los Estados, estando prohibida la discriminación en todas sus manifestaciones.

1.2.2.2. Definición

El principio de no discriminación ha sido definido en diversos instrumentos internacionales. La conceptualización más interesante corresponde a la del Comité de Derechos Humanos, organismo monitor del cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, se trata de un concepto extendidamente consensuado. El párrafo 7 de su Observación General N° 18 No discriminación, del 11 de septiembre de 1989, señala que “debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”, citado en Nash y David (2010, pág. 168), en O'Donnell (2012, pág. 963) y en Palacios (2006, pág. 31).

De esta definición se desprenden algunos aspectos relevantes que explican el fenómeno de la discriminación, los que se revisan a continuación.

En primer lugar, supone un ejercicio relacional, por ello para determinar si hay igualdad o discriminación se requiere comparar entre la situación de uno o más sujetos, respecto de uno o más objetos. Esto tiene relación con lo señalado por Bobbio, que sostiene que la igualdad es un concepto indeterminado, “de modo que decir que dos entes son

iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto de qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ‘¿Igualdad entre quiénes?’, y b) ‘¿Igualdad en qué?’”. (Bobbio, 1977, págs. 53, 54)

En segundo lugar, requiere en términos generales de una acción u omisión estatal, que puede consistir en una distinción, exclusión, restricción, o preferencia. En este punto es necesario detenerse y presentar algunas aclaraciones.

Para el caso de la Ley N° 20.609, la acción u omisión puede efectuarse no sólo por un ente estatal, sino que también por particulares. Luego las acepciones “distinción, exclusión, restricción, o preferencia” (todos, verbos rectores contenidos en el art. 2 de la Ley N° 20.609, excepto preferencia), aluden a diferenciaciones. Ello dice relación con que, en principio, un tratamiento igual no requiere de una motivación razonada, pero para autorizar una diferencia de trato se requiere de una fundamentación suficiente.

Un tercer aspecto relevante, dice relación con la fijación del límite entre distinciones justificadas e injustificadas. Según Bayefsky (Bayesky, 1990, págs. 11-23), en el derecho internacional son identificables tres formas de fijar estos límites.

a. El trato idéntico

El punto de partida para la jurisprudencia consiste en que “no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico” (Bayesky, 1990, pág. 11). En este punto, cabe recordar la regla de justicia que es aquella “según la cual se debe tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual” (Bobbio, 1977, pág. 64). Siguiendo la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, señala en su párrafo 56 que “... no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, ... Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de enero de 1984, pág. 16).

b. Legitimidad de Fines y Proporcionalidad entre Medios y Fines

La presente dice relación con la formulación de criterios para diferenciar distinciones justificadas e injustificadas. Según Bayesky, a lo largo de la jurisprudencia internacional, se han desarrollado dos requisitos clave. “Una distinción no discriminatoria debe: (a) tener una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla” (1990, p. 12).

Complementando lo anterior, Nash y David, señalan que la legitimidad de las diferencias de trato se debe establecer mediante un examen de la objetividad y razonabilidad de la medida que introduce la distinción, en atención al objetivo que ésta persigue alcanzar. “En cuanto al criterio de objetividad, éste debe entenderse como la ausencia de elementos sujetos a valoraciones o inclinaciones personales, en tanto el imperativo de razonabilidad se ha construido, fundamentalmente, en torno a la exigencia de proporcionalidad entre la medida de distinción y el fin al cual se destina. Esto supone, por una parte, que la diferenciación en cuestión debe orientarse a la consecución de un fin legítimo con arreglo a las convenciones de derechos humanos y, de otra, que el medio empleado para ello debe ser necesario y conducente para alcanzarlo. Tales características importan que la medida que introduce la distinción debe ser idónea, la única alternativa posible y la menos lesiva para obtener el objetivo perseguido. Este último, además, dependiendo de la categoría en la que se funda la distinción, podría tener que ser particularmente apremiante.” (Nash & David, 2010, p. 170).

De ambas citas se puede concluir que los criterios que se han formulado por la doctrina y jurisprudencia internacional, para determinar si es legítima una diferencia de trato, son la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la conducta.

c. Categorías sospechosas

Finalmente, se ha adoptado como técnica adaptar el rigor de las evaluaciones de legitimidad de las distinciones a motivos específicos de discriminación, categorías sospechosas o formas de discriminación prohibidas.

Las categorías sospechosas consisten en una serie de motivos no taxativos, en virtud de los cuales las personas pueden ser discriminadas. Al no ser taxativos, es posible efectuar el análisis de discriminación basado en otro motivo, siempre que la distinción, exclusión o restricción, impliquen una afectación ilegítima de un derecho fundamental.

Las categorías sospechosas contempladas en el art. 2 de la Ley N ° 20.609, son: “...en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Estos criterios son altamente indiciarios de arbitrariedad, producto de su uso reiterado o prolongado para relegar, excluir o subordinar a ciertos sectores de la sociedad. Estos criterios permiten identificar *ex ante* los sectores destinatarios de protección y configuran una alerta ante la mayor probabilidad de que estos grupos sean objeto de discriminación.

Para evitar la perpetuación de la discriminación histórica a estos sectores sociales, se exige un examen más riguroso de las situaciones en que se ven involucradas una o más de estas categorías. Haciendo alusión a lo anterior, Bayesky señala que “Tratar con mayor seriedad”, en términos de la prueba que impone la Convención Europea para verificar la legitimidad de una clasificación, significaría examinar con mayor acuciosidad las justificaciones presentadas para detectar las diferencias de trato, exigiendo a la finalidad satisfacer una necesidad social mayor o un mayor grado de encaje o proporcionalidad entre los medios adoptados y la finalidad que se persigue” (1990, pág. 18).

Generalmente, dichos criterios no logran satisfacer los estándares de objetividad y razonabilidad entre medio y fin. Es por esta presunción de arbitrariedad que la Ley, al referirse a las categorías sospechosas, establece en su art. 2 inc. 2, una prohibición, para que con base en ellas se pueda justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a ley o al orden público.

En la Ley N° 20.609, el legislador estableció, como criterio para fijar el límite entre distinciones justificadas e injustificadas, el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. El mencionado criterio, ha sido denominado por la doctrina y jurisprudencia como “una justificación razonable” y se encuentra contemplado en el art. 2 inc. 3 de la Ley, que dispone: “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

El último punto a analizar de la definición, es que la discriminación puede operar de forma directa e indirecta, pues puede tener por objeto o resultado la misma.

La discriminación directa “utiliza un criterio para fundamentar una diferencia de trato. Se produce una discriminación cuando una persona es tratada de forma menos favorable por un motivo prohibido” (Miné, 31 de marzo-1 de abril de 2003, pág. 5). Ésta se efectúa con el propósito o la intención de ocasionar un menoscabo en el goce de derechos de una o más personas. No obstante, la intención no es un elemento determinante para la configuración de la discriminación; lo que sí es determinante es el efecto o resultado discriminatorio.

La discriminación indirecta “tiene lugar cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que dicha medida pueda justificarse de manera objetiva y razonable” (Nash & David, 2010, pág. 172). La discriminación indirecta se descubre analizando los efectos de la norma o la práctica, pues ella es una discriminación de hecho. Ambas formas de discriminación, no sólo operan en la expedición y aplicación de normas, sino también en las prácticas y situaciones gestadas por la fuerza de los hechos, que pueden generar un impacto discriminatorio.

1.2.2.3. Discriminación estructural

Según Nash y David, no es posible dar una adecuada respuesta al fenómeno de la discriminación desde la concepción liberal clásica de igualdad. Ello es así pues dicha concepción se basa en pretensiones liberales de objetividad y razonabilidad, junto con basarse en un falso universalismo. Los autores señalan: “El derecho y las estructuras sociales, políticas y económicas fueron entonces concebidos a partir de ‘una igualdad entre individuos, varones, blancos y propietarios’ lo que luego habría conducido a reproducir las formas de dominación de quienes fueron considerados ‘iguales’” (Nash & David, 2010, pág. 175).

La discriminación estructural, consiste en “la situación que enfrentan determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. Se trata de ciertos grupos que han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de los asuntos públicos, entre otras muchas esferas” (Nash & David, 2010, pág. 173).

Considerando lo anterior, el concepto de igualdad liberal no permite integrar en el análisis la discriminación estructural, pues concibe al individuo según parámetros objetivos, funcionales y alejados de la consideración de otros factores determinantes en el análisis, como por ejemplo la posición social, el origen étnico o cultural, e incluso, puede perpetuar y reforzar aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural. Complementar el concepto de igualdad clásica con el de discriminación estructural, permite enfrentar el problema de mejor forma.

Nash y David destacan dos tipos de situaciones en los que el concepto de discriminación estructural adquiere relevancia. El primero consiste en los casos en que se produce una discriminación, producto de un trato homogéneo a personas en circunstancias disímiles. El segundo consiste en los casos en que se otorga un trato preferente, a personas que pertenecen a un grupo sistemáticamente excluido. En ambos casos, la incorporación de discriminación estructural permite sostener que es legítimo, e incluso necesario, efectuar excepciones y diferenciaciones a favor de quienes han sido históricamente marginados. “Una concepción estructural de igualdad se compenetra en mayor medida con una idea de igualdad a través del reconocimiento de las diferencias” (Nash & David, 2010, pág. 178).

1.2.2.4. Discriminación arbitraria

La Ley N° 20.609 utiliza la expresión “discriminación arbitraria”, pero como se ha estudiado, “discriminación” en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), se utiliza en un sentido restringido, con el fin de denotar las diferenciaciones arbitrarias prohibidas, no como sinónimo de “distinción” o de “diferenciación”. Por esta razón, ambos conceptos son sinónimos y a lo largo de la presente tesis, serán utilizados indistintamente.

1.2.3. Conceptualización de la discriminación arbitraria

Ad supra, se estudió cómo se ha conceptualizado por la doctrina y la jurisprudencia internacional el principio de igualdad y no discriminación, sus características y requisitos. A continuación se van a sentar las bases teóricas del primer criterio a analizar en las sentencias que aplican la Ley N° 20.609, dictadas por los tribunales chilenos. Esto es, cómo se ha conceptualizado la discriminación arbitraria por los tribunales chilenos.

La definición de discriminación arbitraria, se encuentra contemplada en el art. 2 inc. 1 de la Ley, pero ¿cómo se ha desarrollado, interpretado y aplicado esta definición por la jurisprudencia?

El tema no es baladí, pues parte de la doctrina ha señalado que en materia de igualdad, las argumentaciones judiciales para la configuración y aplicación al caso concreto de la ley resultan ser meras tautologías. Lo anterior se puede observar en la siguiente cita: “Las argumentaciones judiciales, bajo la apariencia de atribuir un significado más preciso y aplicar operativamente la norma constitucional, no hacen sino tautología, repeticiones circulares de argumentos artificiosos que no logran salir de una generalidad tal de conceptos que, a la hora de la aplicación –que es la que importa–, se mantiene en el terreno de la pura arbitrariedad; lo que finalmente les permite tomar decisiones (acerca de qué infringe y qué no infringe la prohibición de hacer diferencias arbitrarias) que no se fundan en el derecho, sino en sus propias preferencias personales” (Correa Sutil, 2011, pág. 97).

Si bien esta crítica fue extendida para el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de la garantía contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, es extensible a la jurisprudencia de los Tribunales inferiores y superiores de justicia en la aplicación de la Ley N° 20.609, pues ambos hablan de la aplicación del derecho de igualdad y no discriminación.

Se investigará si se han establecido por los tribunales estándares conceptuales de la discriminación arbitraria, entendiendo por tales “la elaboración de fórmulas definicionales que identifiquen los requisitos de uso de un concepto jurídico; esto es, las condiciones necesarias y suficientes que deben concurrir para etiquetar un conjunto de hechos con el término correspondiente” (Muñoz, 2015, pág. 15). En caso de ser afirmativa la respuesta, se estudiará si estos estándares permiten establecer un modelo o esquema universalmente aplicable en todo juicio de no discriminación, y que entreguen un significado denso y compartido del concepto.

En las sentencias que definen la discriminación arbitraria existen 3 tendencias identificables. El primer grupo se remite exclusivamente al art. 2 de la Ley N° 20.609, sin contener mayores análisis o discusiones. El segundo grupo identifica la discriminación como un elemento fáctico que debe ser probado. En el tercer grupo de sentencias, se elaboran criterios que permiten clasificar y evaluar la realidad para calificar un acto de discriminación arbitraria, lo que se hace por la argumentación basándose en un estándar conceptual.

El análisis efectuado en el segundo grupo de sentencias es errado, pues la calificación de un acto como discriminatorio depende de un análisis conceptual y no fáctico, por esta razón se centrará la atención en el estudio del tercer grupo de sentencias. Dentro de

este último, existen otros subgrupos, los que varían según los elementos y requisitos que incorporan dentro del estándar conceptual y que serán analizados *ad infra*.

En conclusión, se estudiará si se han utilizado estándares conceptuales por los tribunales chilenos. De ser afirmativa la respuesta, se identificarán cuáles son estos estándares conceptuales y se analizará si son adecuados o si por el contrario son tautológicos. Por regla general, se entenderá que son adecuados cuando la jurisprudencia, para caracterizar una conducta como discriminatoria, determina si en los hechos se encuentran presentes un conjunto de elementos, criterios o requisitos entendidos como condiciones necesarias y suficientes y si de su aplicación resulta un modelo o esquema universalmente aplicable en todo juicio de igualdad (Muñoz León, 2015).

1.2.4. Distribución de la carga de la prueba

Debido a las características intrínsecas de los grupos sociales a los que está dirigida la ley (son grupos que históricamente han sufrido de discriminación estructural), la distribución de la prueba se torna en un problema de primer orden. Uno de los objetivos específicos de esta tesis, es evaluar si la jurisprudencia ha efectuado una adecuada distribución de la carga de la prueba. Para cumplir con este objetivo y entender el problema a cabalidad, se estudiará el concepto de prueba, el de peso o carga de la prueba y las reglas generales que rigen el ordenamiento jurídico chileno. Posteriormente, se hará una revisión de la discusión parlamentaria sobre el peso o carga de la prueba respecto de la ley antidiscriminación. Esto último resulta importante, pues los argumentos vertidos a favor y en contra, siguen vigentes en los juicios por discriminación. Finalmente se expondrán los criterios a partir de los cuales se analizará en el tercer capítulo si existe o no una adecuada distribución de la carga de la prueba.

1.2.4.1. Definición de prueba, *onus probandi* y reglas generales

A pesar de que el concepto de prueba tenga diversas acepciones, para los efectos de la presente tesis, se entenderá por ésta “la *demonstración* de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 411).

En cuanto al *onus probandi*, carga o peso de la prueba se ha definido como “la necesidad en que se encuentra la persona que sostiene un hecho o reclama un derecho de probar la existencia de uno u otro” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 420). También se puede definir como “la necesidad de las partes de *establecer* los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invocan a su favor y, en caso de ser necesario, la de *probar su*

existencia” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 420) o “la necesidad en que se encuentra un litigante o interesado, de probar los hechos o actos que son el fundamento de su pretensión” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 420).

La carga de la prueba consiste en una regla de conducta para las partes, es decir, determina sobre quién recae la necesidad de establecer los hechos que constituyen el supuesto de la norma para, de esta forma, evitar las consecuencias desfavorables de la inexistencia o falta de prueba. Además, constituye una regla de juicio para el juez, la que le indica sobre quién deben recaer las consecuencias perniciosas de la inexistencia o insuficiencia de prueba.

Respecto a quién tiene la carga de la prueba, la regla general en nuestro ordenamiento, según la doctrina clásica, se encuentra contemplada en el art. 1698 del Código Civil, que dispone: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.” En términos procesales, esta norma implica que es el actor quien debe probar los hechos constitutivos en que fundamenta su acción, y es el demandado quien debe probar los hechos extintivos, impeditivos y/o modificativos en que fundamenta su excepción¹⁴.

Excepcionalmente, el principio sobre el peso de la prueba puede ser alterado por presunciones legales. Estas presunciones legales permiten que quien funda su derecho en ciertos hechos, no tenga que probarlo. Las presunciones legales pueden ser de derecho o propiamente tales. “Las primeras hacen que lo que por ellas supone el legislador, se tenga por verdad inconcusa, no admitiéndose ninguna prueba en contrario; pero las presunciones simplemente legales sólo dispensan de la prueba a la parte que, a no mediar ellas, debería probar, mas no impide que la parte contraria destruya lo que el legislador supone, que pruebe que lo que presume el legislador no corresponde con la realidad” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 422).

Estas son las reglas generales que rigen el ordenamiento jurídico chileno en materia de prueba. Luego, no hay una norma especial en la Ley N° 20.609 que regule la distribución de la carga de la prueba. Por el contrario, en el art. 14¹⁵ de la Ley, se establece una norma

¹⁴ Para más información sobre este punto: Alessandri, A., & Somarriva, M. (2011). Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general. Tomo segundo. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

¹⁵ Artículo 14.- Reglas generales de procedimiento. En todo lo no previsto en este título, la sustanciación de la acción a que él se refiere se regirá por las reglas generales contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

residual, en virtud de la cual se aplican las reglas generales del procedimiento civil, contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, las cuales son complementadas por las normas contenidas en el título XXI del Libro Cuarto del Código Civil, el que dispone como regla general la contenida en el art. 1698 del Código Civil.

Pareciera que la regla es que el actor debe probar los hechos constitutivos en que fundamenta su acción, y es el demandado quien debe probar los hechos extintivos, impeditivos y/o modificativos en que fundamenta su excepción. Esta última interpretación, impone parte importante del peso de la prueba al demandante. Por ello, el demandante debe probar que ha sido objeto de una distinción, exclusión o restricción en virtud de una categoría sospechosa y, además, debe acreditar que dicha distinción, exclusión o restricción, no tiene un fundamento ni objetivo razonables. Sólo entonces se entendería configurada la discriminación arbitraria.

La interpretación anterior, que se ciñe estrictamente a las reglas generales tradicionales, deja fuera del análisis la relevancia de las categorías sospechosas, contempladas en el art. 2 de la Ley N° 20.609. Para parte de la doctrina y jurisprudencia, dichas categorías constituyen presunciones legales propiamente tales, razón por la cual el juez estaría autorizado para trasladar la carga de la prueba desde el demandante al demandado. Según esta interpretación, bastaría con que un hecho se enmarque dentro de una forma particular de discriminación arbitraria (categoría sospechosa), para invertir el onus probandi.

En concreto, esto significa, que bastaría con que el demandado pruebe que ha sido objeto de una distinción, exclusión o restricción en virtud de una categoría sospechosa, para configurar una discriminación arbitraria, siendo de cargo del demandado probar que dicha distinción, exclusión o restricción obedece a una justificación objetiva y razonable.

1.2.4.2. Discusión parlamentaria

La controversia antes reseñada, causó una fuerte controversia en la discusión parlamentaria del proyecto de ley, la que finalmente no se manifestó mediante norma concreta. A lo largo de la discusión parlamentaria que crea la Ley N ° 20.609, se vierten argumentos a favor y en contra de ambas posiciones, que posteriormente son reproducidos en las sentencias de tribunales. Los principales argumentos serán expuestos a continuación.

1.2.4.2.1. Argumentos a favor de la inversión de la carga de la prueba

Para apoyar la inversión de la carga de la prueba se sostuvo por Cecilia Pérez Díaz, en ese entonces directora del Servicio Nacional de la Mujer, en el trámite de discusión del Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, “pero la carga de la prueba, en numerosos procedimientos se invierte a favor del demandado o del demandante sin que con ello se vulneren los principios del Derecho Procesal” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 338).

En el Informe de la Comisión Mixta se dijo que deben considerarse las formas particulares de discriminación arbitraria, como presunciones legales, pues de lo contrario, la víctima se encontraría en una situación sumamente desmejorada, transformando la acreditación del acto discriminatorio en una “prueba diabólica” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 1012). Lo contrario implicaría que la víctima de la discriminación, “no sólo debería aportar antecedentes para acreditar la existencia material o jurídica de la diferencia, exclusión o restricción, sino que además debería acreditar su falta de razonabilidad y, en último término, las motivaciones del acto mismo” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 1012). Esto último es relevante, pues implica que el afectado debe probar que, en la subjetividad del acusado, existía un ánimo discriminatorio, lo que envuelve a una carga excesiva.

Además, se ha sostenido que es necesaria la inversión de la carga de la prueba, pues algo diferente implica no considerar la situación de asimetría de acceso a las fuentes en que se encuentran las partes, pues quien discrimina, es por regla general quien está en mejores condiciones para acreditar que la discriminación pudo ser “razonable” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 1012).

Asimismo, se argumenta que a nivel internacional, la tendencia de la normativa comparada es a alivianar la carga de la prueba de la víctima de discriminación. “Lo usual en los sistemas comparados es que la víctima deba demostrar que se ha verificado el acto (por todos los medios a su alcance); mientras que el sujeto recurrido deberá acreditar que la distinción efectuada respondió a un objetivo razonable. Este criterio, agrega, es recogido en el artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997: Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación (...) del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano

competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato...” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, págs. 2012-2013).

Finalmente, se ha argumentado a favor de incorporar el concepto de carga dinámica de la prueba, con la cual se permite al juez alterar la carga probatoria, atribuyéndosela a una de las partes, “..que la acción de no discriminación resulta inútil. Se requiere introducir a esta herramienta ciertos perfeccionamientos, entre los que se cuenta la introducción de la institución de la llamada “prueba dinámica” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 898). Esto habilita al juez para atribuir *ex ante* a una de las partes el peso de la carga de la prueba, en todas aquellas hipótesis en que aparezca de manifiesto que el material probatorio obra en poder de una de ellas. Lo anterior, por las características de las situaciones de discriminación, suele ser un elemento muy valioso, para impedir la indefensión de una de las partes.

1.2.4.2.2. Argumentos en contra de la inversión de la carga de la prueba

El argumento principal es que no habría una norma especial, por tanto, para la solución del asunto debería remitirse a las reglas generales antes mencionadas.

En el Informe de la Comisión de Constitución se señala que se tuvo a la vista el documento presentado por la Red por la Vida y la Familia, representada por su Coordinadora, señora Patricia Gonnelle, y el abogado señor Álvaro Ferrer Del Valle, quien, además, se desempeñaba como investigador del Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada, CEDAP-UC, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el que se señala: “El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación importa, más bien, un retroceso sustantivo en la protección de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley: la inclusión de criterios como formas particulares de discriminación dificultan la prueba en los casos en que tal discriminación ocurra; en la práctica, determinan la relajación del estándar de prueba y la inversión de la carga de la prueba en los juicios por discriminación” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 512).

Haciendo referencia a la incorporación de categorías sospechosas agrega; “Por tanto, identificar a priori arbitrariedad con cualquier acción que discrimina fundada en alguno de los motivos que enumera la norma es absurdo” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 516).

Agrega que no es correcto afirmar que existe una presunción legal, pues asociar por determinación legal un motivo o ánimo discriminatorio con una condición de facto atribuible a una persona, se presta para confusiones. “El problema radica en la facilidad para el demandante de probar que, simplemente, está comprendido en alguna de las situaciones que la ley considera motivos particulares de discriminación arbitraria. Probado ello, será el demandado quien deberá demostrar que en la especie no ha distinguido en razón de ese motivo, o que si lo ha hecho, tal decisión no es irracional. Como puede verse, es verosímil esperar una inversión en la carga de la prueba en situaciones semejantes” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, págs. 517-518).

Por último, se plantea que establecer estas categorías, atenta contra otras libertades constitucionales, exponiendo a las personas a ser demandadas directamente por el solo hecho de incurrir en algunos de los motivos enumerados en la ley. “Ya no será, por ejemplo, el empleador quien determinará si en su empresa es conveniente que trabajen personas de un sexo determinado. El o la afectada, por el simple hecho de encontrarse de facto dentro de una de las situaciones enumeradas en la norma como indicadores o motivos particulares de discriminación arbitraria, podrá reclamar que ha sido objeto de una distinción injusta e injustificada, sólo por ser hombre o mujer” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, p. 522).

Además señala: “El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación contiene graves vicios de inconstitucionalidad: la inversión de la carga de la prueba, entrega al demandado la alternativa de probar que no ha procedido con un ánimo discriminatorio permanente, lo cual siempre es posible; ello determina que los criterios contenidos en la norma -las simples situaciones de hecho- se consideren como configurativas de discriminación arbitraria; esto vulnera diversas garantías constitucionales” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pág. 520).

Hasta aquí, se ha efectuado una revisión de los principales argumentos a favor y en contra del desplazamiento de la carga de la prueba, los cuales se identificarán a lo largo del estudio de las sentencias que apliquen la Ley N° 20.609.

1.2.4.3. Carga dinámica de la prueba

Debido a la discriminación estructural de la cual han sido víctimas los grupos sociales contemplados en el art. 2 de la Ley N ° 20.609, las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba, que se han construido en el tiempo, resultan en la mayoría de los casos concretos insuficientes o inadecuadas.

La carga probatoria establecida en forma estática conlleva problemas de prueba y su aplicación automática puede producir situaciones de indefensión. Ejemplos de estas situaciones son: la dificultad o imposibilidad probatoria en la que se encuentra una de las partes; la desigualdad de posición respecto a la posesión de información, en circunstancias que la otra parte se encuentra en una mejor posición técnica, fáctica o profesional para entregar la información entre otros; la existencia de hechos antiguos, hechos ilícitos, hechos íntimos (Gil, 2010).

En las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, en la ciudad de Junín de la Provincia de Buenos Aires, en el año 1992, se concluyó que “la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, v.gr., en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (Vargas, 2009, pág. 11).

En la jurisprudencia a analizar, se dan los supuestos de aplicación de los principios de la carga dinámica de la prueba. Estos son: “a) La imposibilidad o dificultad que presenta para una de las partes probar los hechos en que se funda su pretensión. b) Mejor posición probatoria de la contraria en relación al mismo presupuesto de hecho” (Gil, 2010, pág. 74). Ante este tipo de situaciones, los jueces chilenos han adoptado distintas soluciones, las que serán estudiadas en el capítulo III.

1.2.4.4. Criterios a utilizar en el análisis jurisprudencial

Refiriéndose a las sentencias emanadas de tribunales chilenos, respecto a litigios antidiscriminación, Fernando Muñoz señala que “en una proporción abrumadora, preservan las reglas tradicionales acerca de atribución de la carga de la prueba; es decir, aquella que sostiene que incumbe probar a quien afirma la ocurrencia de un hecho, con lo que ella recae las más de las veces en la parte demandante. El resultado es que lo más frecuente sea que los juicios seguidos en virtud de la Ley Zamudio concluyan por falta de prueba” (Muñoz, Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015, 2015, pág. 159).

Sin embargo, no todas las sentencias mantienen las reglas tradicionales, sino que hay excepciones, que anticipan un cambio de visión como la sentencia del caso Majumd (Muñoz, 2015, pág. 160).

En la presente tesis, se va a analizar en las sentencias si se ha modificado el criterio utilizado por los tribunales: i) rechazando un desplazamiento de la carga de la prueba; ii) adoptando soluciones intermedias, asignando al demandante la carga de la prueba, atribuyendo al demandado la carga de la justificación; iii) o si finalmente, se ha desplazado la carga de la prueba al demandado, o se han introducido nuevos conceptos que alteran las reglas tradicionales, referentes al peso de la prueba.

1.2.5. Solución de conflictos entre derechos fundamentales

El inciso 3 del art. 2 de la Ley N ° 20.609, señala que “se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”. Este inciso comprende la eventualidad de que exista una colisión entre el derecho fundamental de igualdad y no discriminación con otros derechos fundamentales.

En la presente, se entenderán los derechos fundamentales aquellos “inherentes a todas las personas, por el simple hecho de ser seres humanos. Estos derechos tienen su fundamento y contenido en la naturaleza humana y en la dignidad ontológica propia de todo individuo que pertenece a la especie homo sapiens. Se caracterizan por ser preconstitucionales, inalienables, universales, absolutos (en el sentido que tienen un valor en sí y no pueden ser limitados sino en casos excepcionales), pero delimitables. Pertenecen a hombres y mujeres que viven en una sociedad determinada, estando unidos a ciertos deberes básicos necesarios para la vida social y que permiten a los derechos coexistir como un sistema (Bertelsen, 2010, pág. 25).

Eduardo Aldunate, señala que existe una colisión de derechos fundamentales “cuando el efecto jurídico de la protección isufundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico protegido por otro sujeto a partir de un alegato de protección isufundamental. Desde un punto de vista normativo, ello implica un conflicto entre dos o más reglas de derecho fundamental, aplicables a un caso, y que

conducen a resultados distintos, que se excluyen recíprocamente” (Aldunate, 2008, pág. 270).

Cabe señalar que el art. 3 de la Ley, establece que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que se encuentren basadas en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en especial los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución.

Ante la colisión de derechos fundamentales, se han buscado criterios o fórmulas que permitan establecer la prevalencia de unos derechos por sobre otros (Aldunate, 2008, pág. 273). Para ello se han dispuesto diversas alternativas, las que serán estudiadas a continuación.

1.2.5.1. Resolución de conflictos según la concepción liberal de los derechos fundamentales

A continuación, se estudiarán los métodos de solución de conflictos, en el caso de colisión de derechos fundamentales, entendidos estos últimos en el sentido liberal. Bajo esta concepción, los derechos fundamentales son absolutos, es decir carentes de límite alguno, lo que lleva necesariamente a la colisión entre ellos. Sobre la base de esta concepción, surgen dos métodos de solución de conflicto, la jerarquización y la ponderación, los que se revisan a continuación. Se debe señalar que ambos métodos implican postergar un derecho en favor de otro (Bertelsen, 2010, pág. 52).

1.2.5.1.1. Jerarquización

Consiste en “un método que busca resolver los conflictos entre derechos creando categorías previas y rígidas que permitan establecer la primacía del derecho jerárquicamente superior” (Bertelsen, 2010, pág. 33).

El proyecto de la Ley en su artículo 3 contemplaba la frase “siempre razonable”. El significado de esta frase fue objeto de una álgida discusión al momento de confeccionarse la Ley. Algunos señalaban que esta frase configuraba una presunción de derecho, y que por ello, siempre que una distinción, exclusión o restricción, se basara en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, estaría justificado razonablemente. Otros/as consideraron que justificación inapelable consagraba una inaceptable subordinación del derecho de igualdad y no discriminación a otros derechos fundamentales. “La norma revisada es inconstitucional, por dos razones: no puede el legislador establecer, *ex ante*, una jerarquización de los derechos fundamentales, ya que los conflictos de derechos fundamentales deben ser

resueltos, en el caso concreto, por los Tribunales de Justicia y el Tribunal Constitucional” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, p 1013). Finalmente se sacó la palabra “siempre” quedando solo el vocablo “razonable”.

La historia de la ley permite afirmar que no se quiso establecer, por el legislador, categorías previas y rígidas que permitan establecer la primacía de otros derechos fundamentales, por sobre el derecho de igualdad y no discriminación. Por el contrario, lo correcto es que el demandado debe justificar la lesión al principio de igualdad y no discriminación, acreditando un ejercicio legítimo del correspondiente derecho fundamental.

1.2.5.1.2. La ponderación o *balancing* test

Consiste en “la opinión emitida por el tribunal que analiza un problema constitucional mediante la identificación de los intereses implicados en el caso, y llega a una decisión, o construye una regla de derecho constitucional, mediante la asignación explícita o implícita de valores a los intereses previamente identificados”¹⁸. En términos simples, se equiparan los bienes jurídicos en pugna. Existen dos tipos:

El *balancing* amplio, el cual consiste en que “se establecen los valores comprendidos en cada derecho, se analiza la mayor o menor importancia o ‘peso’ de cada uno y se decide cuál primará en la práctica. Aunque a diferencia de la jerarquización la escala de derechos no se establece a priori del caso concreto, de todas formas el juez realiza una ponderación abstracta, obteniendo como resultado la preferencia de un derecho” (Bertelsen, 2010, pág. 41).

El ad hoc *balancing* Para explicar este método, la autora hace referencia a la teoría desarrollada por Robert Alexy, en su Teoría de los derechos fundamentales (Alexy, 2002). Señala que este método consiste en “la ponderación de cuál de los intereses, *abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto*”¹⁹. En el caso de colisión de principios, sólo se podrá resolver el conflicto considerando las circunstancias del caso concreto, estableciendo una relación de precedencia condicionada. Para establecer la preeminencia de un principio sobre el otro, se requiere de la optimización y ponderación. Esto, a su vez, se hace mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. “Éste puede

¹⁸ Aleinikoff, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of *Balancing* ” en The Yale Law Journal, N° 5, 1987, p. 945. Citado en (Bertelsen, 2010, pág. 40).

¹⁹ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 90 citado en (Bertelsen, 2010, pág. 42).

definirse como la prescripción en virtud de la cual toda intervención pública ha de ser idónea, indispensable y proporcionada” (Bertelsen, 2010, pág. 43).

Como se infiere de la cita, del principio de proporcionalidad se desprenden 3 sub-principios: (i) El juicio de adecuación o idoneidad: mediante el cual se determinan los fines de una medida y se examina si ésta es adecuada para el logro de ese fin. (ii) El juicio de necesidad o indispensabilidad: consiste en examinar si la medida adoptada es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre otras igualmente eficaces. Los dos primeros se utilizan para optimizar las circunstancias fácticas. (iii) El juicio de razonabilidad stricto sensu, a través del cual se establece si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. En este sub principio, existe un ejercicio de ponderación propiamente tal, que busca el equilibrio entre ambos derechos.

1.2.5.2. Resolución de conflictos según la concepción contractualista de los derechos fundamentales.

Contrario a la concepción liberal de los derechos fundamentales, surge la teoría contractualista, que reconoce límites y deberes en pos de la convivencia social. Según como se entiendan estos límites, pueden ser externos o internos.

a. Límites externos

Se crean debido a la necesidad de armonizar un derecho con otros derechos y bienes jurídicos constitucionales. Dentro de éstos se encuentran los límites directos e indirectos. Los primeros establecidos por el constituyente. Como por ejemplo el límite establecido en el art. 19 N° 6 y los segundos límites establecidos por el legislador. La teoría de los límites externos es coincidente con la concepción liberal, que entiende que los derechos fundamentales son absolutos. Por ello no podría haber otras restricciones que las derivadas de la vida en comunidad, las cuales vienen impuestas desde fuera del derecho, sea por el constituyente, el legislador o el juez (Bertelsen, 2010, pp. 52-59).

b. Límites internos

Consisten en “los derivados del sentido y contenido mismo del derecho fundamental, proporcionados por su contenido esencial” (Bertelsen, 2010, pág. 59). La autora señala que para delimitar el contenido de los derechos fundamentales hay distintas fases: i) identificar el ámbito de realidad a que alude el precepto que reconoce el derecho, el objeto propio de éste. ii) luego hay que fijar el contenido y alcance de la protección constitucional. Para lograr

esto se debe recurrir a la norma en sí; se requiere armonizar el precepto con otros preceptos constitucionales; se deben revisar los deberes y obligaciones que van de la mano del derecho constitucional; se debe considerar la función del derecho fundamental en análisis; además, se debe razonar sobre los límites directos impuestos en la propia Constitución, éstos son el orden y moral públicos, el bien común y los derechos de terceros. Éstos deben considerarse como herramientas que sirven para delimitar el contenido propio del derecho, fijando hasta donde alcanza el ejercicio legítimo una pretensión (Bertelsen, 2010, págs. 59-63).

Las teorías que han sido revisadas entregan formas de solucionar conflictos, estableciendo supremacías o límites entre los derechos fundamentales, *a contrario sensu*, permiten establecer cuál es el ejercicio legítimo de estos derechos. En el desarrollo de la tesis se estudiará si los tribunales se han visto enfrentados a la necesidad de resolver un conflicto entre derechos fundamentales. De ser afirmativa la respuesta se analizará cómo resolvieron dicho conflicto y si la forma en que lo hicieron puede adscribirse a una de las teorías reseñadas *ad supra*.

En el primer capítulo se sentaron las bases normativas y teóricas que rigen el principio de igualdad y no discriminación. Se revisaron las bases normativas reguladas a nivel constitucional, internacional y legal. Expresión de esta última es la Ley N ° 20.609. Por otra parte, se estudió cómo se ha entendido el principio de igualdad y no discriminación. Finalmente, se sentaron las bases teóricas que guiarán el análisis de los criterios que serán estudiados en las sentencias, para determinar si los tribunales han hecho una tautológica conceptualización de la discriminación arbitraria, han efectuado una correcta distribución de la carga de la prueba y si han aplicado adecuadas formas de solución de conflictos ante una colisión de derechos fundamentales.

CAPÍTULO II: Panorama general de la jurisprudencia sobre la acción de no discriminación arbitraria

En el presente capítulo se hará una revisión del panorama general de la jurisprudencia sobre la acción de no discriminación arbitraria, con el fin de establecer y delimitar el objeto de estudio. En primer lugar, se revisarán gráficamente los datos entregados por el Poder Judicial, disponibles en su página web y entregados en respuesta a solicitud de transparencia, que abarca la totalidad del período de vigencia de la ley. En segundo lugar, se hará una revisión de las sentencias acogidas entre julio del año 2012 y marzo del año 2015. En tercer lugar, se analizarán todas las sentencias dictadas en este período, en función de los criterios de estándares conceptuales de la discriminación arbitraria, carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales. Esto permitirá comparar, con un segundo período que va desde abril del año 2015 hasta julio del año 2017, cuáles son los criterios que la jurisprudencia ha entregado, cuáles se han mantenido y cuáles han variado.

2.1. Estudio estadístico de las sentencias

A continuación se expondrán 8 gráficos con información relevante para el análisis, sobre las acciones de no discriminación. Se graficará la totalidad de las acciones ingresadas desde julio del año 2012 hasta julio del año 2017. Posteriormente, se expondrán desagregadas por territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones a la que pertenecen. Luego se presentará la totalidad de causas terminadas por año y según su forma de término. Dentro de estas categorías se pondrá especial atención en aquellas finalizadas por sentencia definitiva, respondiendo a las preguntas: ¿Cuántas causas han terminado por sentencia definitiva?, ¿cuántas causas de las terminadas por sentencia definitiva han sido acogidas?, ¿cuántas han sido rechazadas?, ¿cuál es la proporción entre causas acogidas y rechazadas?, y finalmente ¿cuáles son las categorías sospechosas invocadas en las acciones terminadas por sentencia definitiva?

Los datos que serán expuestos fueron confeccionados con la información entregada por el Poder Judicial²⁰, en respuesta a solicitudes de transparencia y complementados con

²⁰ Información entregada por el Poder Judicial, en respuesta a solicitudes de transparencia, formulada en virtud de Ley N° 20.285, Sobre acceso a la información Pública, número de solicitud NR001T0001660 de fecha 21 de abril del año 2017 y NR001T0001828 de fecha 27 de junio del año 2017.

otras causas rastreadas y disponibles en la plataforma online del Poder Judicial (Poder Judicial , 2017).

2.1.1. Acciones ingresadas

Desde que entró en vigencia la Ley N° 20.609, en julio del año 2012 hasta el 31 de julio del año 2017, ingresaron al Poder Judicial 295 acciones. En el gráfico N°1 se observa que durante el año 2012 fueron ingresadas 13 demandas; en el año 2013 ingresaron 33 demandas; en el 2014 ingresaron 57 demandas; en el año 2015 ingresaron 79, durante el año 2016 ingresaron 65 demandas, y durante el año 2017 ingresaron 48 acciones. Lo anterior se puede observar en el siguiente gráfico:

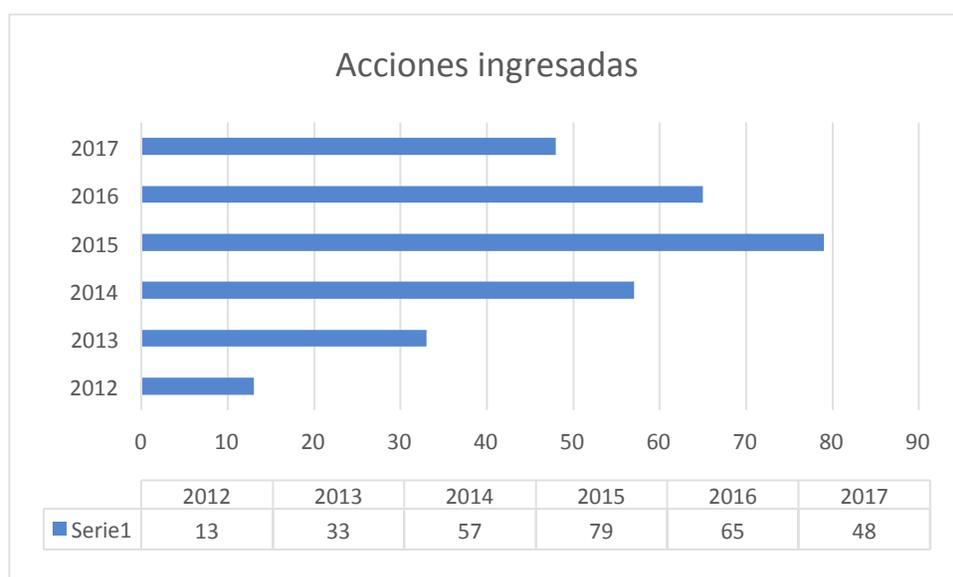


Gráfico N°1: Total de Ingresos, según período de análisis (Poder Judicial).

Durante el año 2012 ingresó la menor cantidad de causas. Esto era de esperar, pues la ley entró en vigencia en julio de dicho año, lo que se suma a que era un instrumento nuevo en la legislación. Luego, durante los años 2013, 2014 y 2015, los ingresos experimentaron un aumento progresivo, con 33, 57 y 79 acciones respectivamente. Durante el año 2016 esto cambia, pues sólo ingresan 65 causas, es decir, 14 causas menos que en el año 2015. Durante el año 2017 ingresaron 48 causas, aunque no hay una cifra cierta; debido a la

tendencia es de esperar que durante el año 2017, ingrese una mayor cantidad de causas en comparación con 2016.

2.1.2. Acciones ingresadas según Corte de Apelaciones

En el gráfico N° 2 se observa el total de ingreso de acciones por no discriminación arbitraria en tribunales de primera instancia, entre julio del año 2012 y julio del año 2017, distribuidos según el territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones a la que pertenecen.

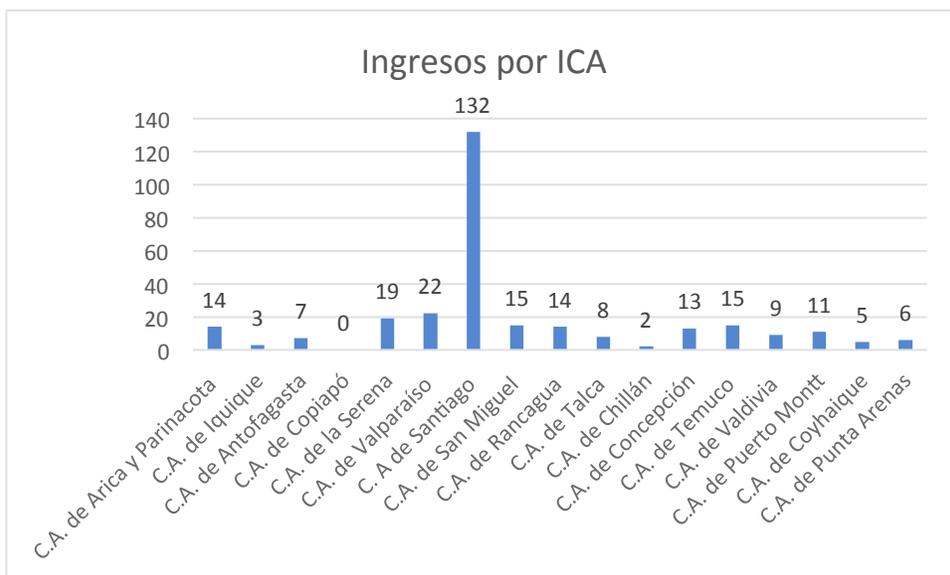


Gráfico N°2: Ingresos por ICA, según período de análisis (Poder Judicial).

Como se observa, la Corte de Apelaciones de Santiago registra el mayor número de ingresos en su territorio jurisdiccional, con un total de 132 acciones, seguido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con un total de 22 acciones, y la Corte de Apelaciones de La Serena, con un total de 19 acciones. Las cortes con menos ingresos son la Corte de Apelaciones de Chillán, con 2 acciones; Corte de Apelaciones de Iquique, con 3 acciones, y la Corte de Apelaciones de Coyhaique con 5 acciones. La Corte de Copiapó no registra ingresos.

2.1.3. Acciones terminadas por año

De las 295 causas ingresadas al Poder Judicial, a 159 se les dio término. A continuación se grafican las causas terminadas por año.



Gráfico N°3: Términos de acciones tramitadas conforme a Ley N ° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, por año²¹ (Poder Judicial)

Durante el año 2016 se registró el mayor número de causas terminadas, con un total, de 45 causas. Seguido por el año 2015, con 39 causas, y por el año 2014 con 34 causas. En el año 2017 terminaron 27 causas, pero se debe recordar que este año sólo contempla datos hasta el 31 de julio. Si el año 2017 sigue la tendencia de la curva ascendente entre los años 2012 y 2016, es de esperar que las causas terminadas en el 2017 sobrepasen las 45. Luego sigue el año 2013 con un total de 13 causas terminadas. Finalmente, en el año 2012 se da término a una acción, lo que era esperable si se considera que el 24 de julio de dicho año, entró en vigencia la ley.

²¹ El año 2017 comprende las causas terminadas hasta el día 31 de julio de 2017.

2.1.4. Acciones según forma de término

A continuación se grafican las acciones según formas de término:

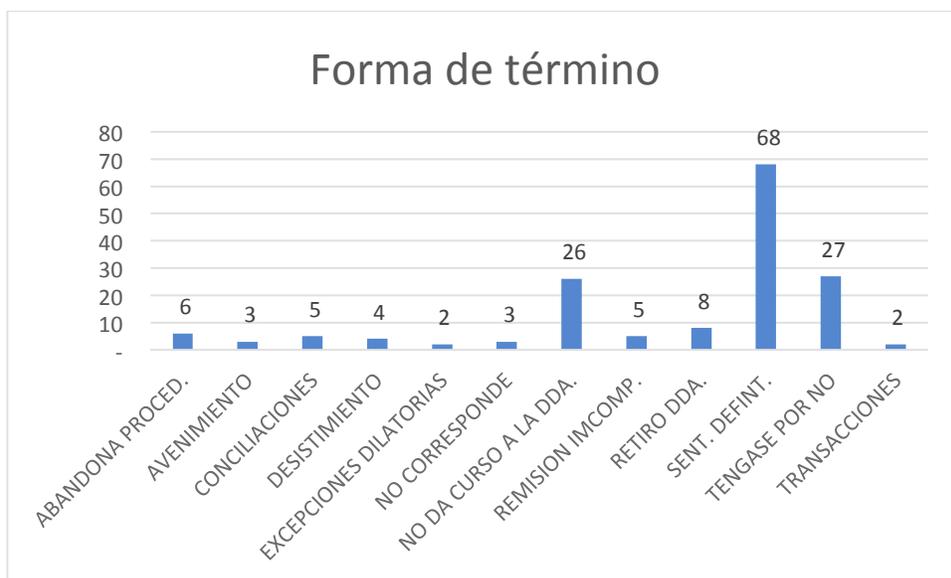


Gráfico N°4: Acciones tramitadas conforme a Ley N° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, según forma de término (Poder Judicial).

Se puede observar que el principal tipo de término es por “sentencia definitiva”, con un total de 68 causas. Seguido por los tipos de término “tégase por no presentada la demanda”, con un total de 27 causas, y “no da curso a la demanda” con un total de 26 acciones rechazadas. Cabe señalar que las formas de término “avenimiento”, “conciliación” y “transacción”, que en total ascienden al total de 10 causas, son equivalentes jurisdiccionales, lo que significa que a pesar de no emanar de la jurisdicción de un tribunal, de todas formas resuelven el conflicto jurídico con efectos equivalentes a los que produce una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional. Por esta razón, aunque se contabilicen por separado, deben considerarse como pertenecientes a una misma categoría. Las formas de término menos recurrentes son “excepciones dilatorias” (2 acciones), “no corresponde el ingreso” (3 acciones), y el “desistimiento de la demanda” (4 acciones). Como se señaló, el objeto de estudio de la presente tesis se corresponde con las 68 causas terminadas por sentencia definitiva entre julio del año 2012 y julio del año 2017.

2.1.5. Acciones terminadas por sentencia definitiva

A continuación, se grafican las 68 causas terminadas por sentencia definitiva, distribuidas por año.



Gráfico N°5: Acciones terminadas por sentencias definitivas, tramitadas conforme a Ley N ° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, distribuidas por año (Poder Judicial).

El año 2016 es el año con mayor cantidad de causas terminadas (23 acciones). Lo siguen el año 2015 y el año 2014 con 16 y 13 acciones respectivamente. Luego el año 2017, con 11 acciones²². Si el año 2017 sigue la tendencia de la curva ascendente entre los años 2012 y 2016, es de esperar que las causas terminadas por sentencia definitiva sobrepasen las 23 acciones. En el año 2013, terminaron 4 acciones por sentencia definitiva. Durante el año 2012, se le dio término a sólo una acción. Esta causa corresponde al caso Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, que se convirtió en el primer caso acogido en Chile, por no discriminación arbitraria, el cual será analizado con posterioridad.

²² El año 2017, sólo comprende las causas terminadas hasta el día 31 de julio de 2017.

2.1.6. Proporción entre acciones acogidas y rechazadas

De las 295 causas ingresadas entre julio del año 2012 y el 31 de julio del año 2017, a 159 causas se le dio término. De estas 159 causas terminadas, 68 lo han hecho por sentencia definitiva. El gráfico N°6 muestra la proporción entre aquellas causas terminadas por sentencia definitiva, según fueron acogidas o rechazadas, sin considerar aquellas causas que no figuran en el sistema²³.

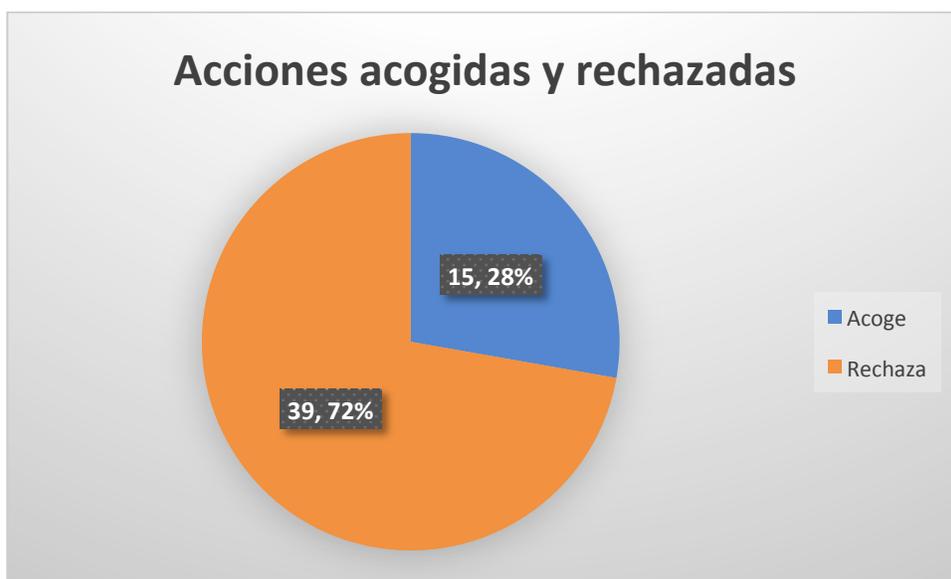


Gráfico N°6: Proporción entre causas terminadas por sentencia definitiva, según acoge o rechaza la acción, en causas tramitadas conforme a Ley N° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia (Poder Judicial).

De un total de 54 sentencias definitivas, cuyos textos se encuentran disponibles en la plataforma electrónica del Poder Judicial, 39 han sido rechazadas y 15 acciones han sido acogidas. De este universo, las causas acogidas representan el 28% y las causas rechazadas, representan el 72%.

²³ Todas las sentencias definitivas fueron buscadas en www.poderjudicial.cl, no obstante el texto de 14 sentencias no se encuentra disponible en dicha plataforma, no siendo posible acceder a su contenido.

2.1.7. Acciones acogidas o rechazadas por año

A continuación, las 68 causas terminadas por sentencia definitiva se distribuyen según se acoge o rechaza la acción, por año²⁴.

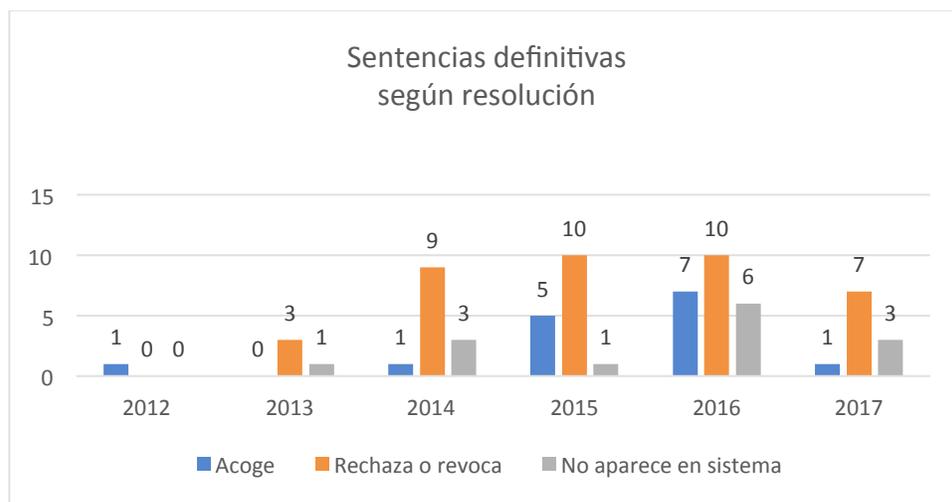


Gráfico N°7: Acciones terminadas por sentencia definitiva, según se acoge o rechaza la acción, de causas tramitadas conforme a Ley N ° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia, por año (Poder Judicial).

El total de 68 causas terminadas por sentencia definitiva se divide en tres variables principales. Aquellas causas que fueron acogidas (con un total de 15), las que fueron rechazadas (con un total de 39), y aquellas cuyas sentencias definitivas no aparecen en el sistema²⁵ (con un total de 14). En el año 2012 se acoge 1 acción y no se rechazan; en el año 2013 no se acogen acciones y se rechazan 3; en el año 2014 se acoge 1 acción y se rechazan 9; en el año 2015 se acogen 5 acciones y se rechazan 10; en el año 2016 se acogen 7 y se rechazan 10; en el año 2017 se acoge 1 acción y se rechazan 7.

²⁴ Se debe señalar que se agrega una tercera categoría, en razón de las 14 sentencias definitivas que fueron buscadas en www.poderjudicial.cl, pero cuyos textos no se encuentran disponibles en dicha plataforma.

²⁵ Estas últimas 14 causas fueron revisadas en el sistema, pero como no registraban la sentencia definitiva dictada, no es posible determinar si fueron acogidas o rechazadas.

2.1.8. Categoría sospechosa invocada

En el gráfico N°8, se muestra el número de causas según categoría sospechosa invocada²⁶.

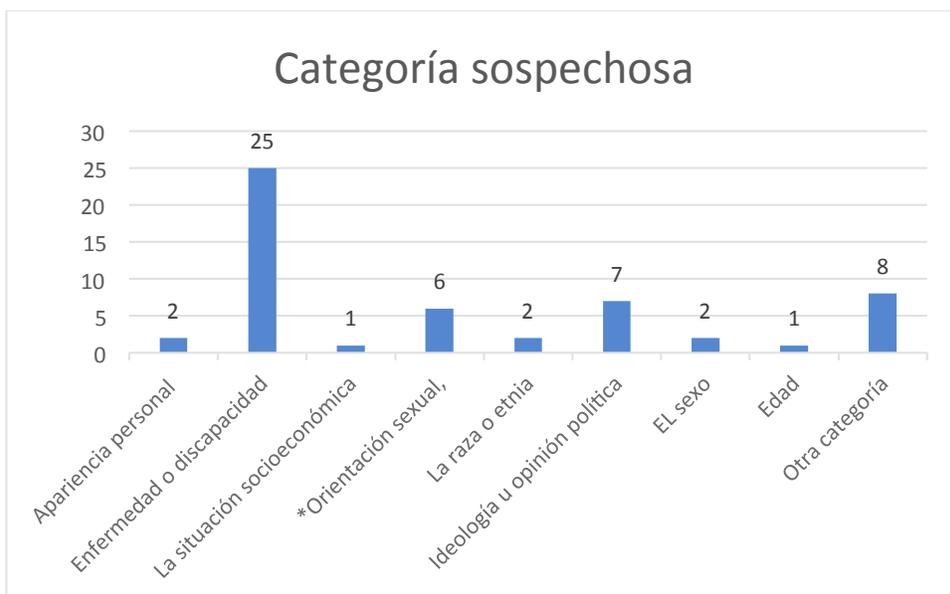


Gráfico N°8: Acciones terminadas por sentencia definitiva, según categoría sospechosa invocada, de causas tramitadas conforme a Ley N° 20.609 (contra la discriminación) en Tribunales de 1era instancia (Poder Judicial).

La categoría sospechosa más invocada, es la de “enfermedad o discapacidad”, con 25 acciones. Luego, aquéllas que invocan “otra categoría” distinta a las contempladas en el art. 2 de la Ley N° 20.609 o no invocan una categoría específica, alcanzan las 8 acciones. Seguida por la categoría sospechosa de “ideología u opinión política”, con 7 acciones. Siguen la “orientación sexual e identidad de género”, con 6 acciones. Posteriormente, con 2 acciones por cada categoría, la “apariencia personal”, “la raza o etnia” (ambas interpuestas por sujetos pertenecientes al pueblo mapuche), “el sexo” (ambas interpuestas por mujeres embarazadas). Por último, las acciones basadas en “la situación socioeconómica” y “la edad”, con 1 causa por cada una.

²⁶ Para confeccionar el gráfico no se consideraron las 14 causas cuya sentencia no aparece en sistema. Además, la categoría N°4 no logra aparecer completa en el gráfico, debiendo decir orientación sexual e identidad de género.

2.2. Acciones terminadas entre julio del año 2012 y marzo del año 2015²⁷

A continuación se analizarán las sentencias dictadas desde que se promulgó la Ley hasta marzo del año 2015. En este período, 21 causas terminaron por sentencia definitiva²⁹, de las cuales 17 (3 acciones acogidas y 14 rechazadas) sentencias serán estudiadas. Serán analizadas sobre la base de los criterios utilizados por tribunales referentes a los estándares conceptuales de la discriminación arbitraria, la distribución de la carga de la prueba y la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Las sentencias que no serán citadas, en cuanto a los estándares conceptuales de la discriminación arbitraria, se limitan a citar el art. 2 de la Ley N° 20.609, respecto de la carga de la prueba se limitan a citar el art. 1698, o simplemente no hacen referencia alguna. Respecto a la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, no efectúan ninguna referencia a una posible colisión entre derechos fundamentales, ni expresa ni tácitamente.

2.2.1. Conceptualización de la discriminación arbitraria

2.2.1.1. Acciones acogidas

En el caso Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, el tribunal para definir la discriminación arbitraria, en primer lugar se remite al art. 2 de la Ley N° 20.609. Luego, la sentencia se centra en determinar si hubo una distinción, exclusión o restricción³⁰. En concreto, busca determinar si se les negó el acceso a las denunciadas a una habitación del motel debido a su orientación sexual. Acreditado lo anterior, se plantea si esta distinción, exclusión o restricción, tiene una justificación razonable. No hace referencia a la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. En el considerando décimo sexto, señala que se requiere que la discriminación sea arbitraria, no que sea ilegal.

Además, cita la Historia de la ley y entrega una definición alternativa de discriminación arbitraria y enuncia sus requisitos: “Por ello, lo que se sanciona, es la

²⁷ El resumen de las acciones no será expuesto en el cuerpo de la presente tesis, por razones de extensión. No obstante, en Anexos, se puede encontrar una relación sucinta de cada una de las sentencias.

²⁹ No se consideraron 4 sentencias, cuyo texto no aparecen en el sitio web del Poder Judicial.

³⁰ No diferencia si la conducta consiste en una distinción, exclusión o restricción, pues utiliza los términos en forma indistinta. Sin embargo, en su considerando vigésimo segundo, en la parte resolutive señala que “la demandada, Sociedad Comercial Marín Limitada, deberá abstenerse en lo sucesivo de prohibir o restringir de cualquier modo el ingreso de parejas homosexuales a sus establecimientos”. (2012, pág. 23). De la cita se desprende que la conducta prohibida es restringir.

discriminación arbitraria, esto es, 'aquella que no tiene fundamento, es desproporcionada, o tiene una clara distorsión de fines'. Por ello, en el proceso respectivo se debe demostrar la falta de contenido de la decisión en que se traduce la distinción, exclusión, restricción o preferencia. Dicha discriminación puede provenir de una actividad o de una inactividad. En ambos casos, puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material". (ZAPATA CON SOCIEDAD COMERCIAL MARIN LIMITADA, 2012, cons. 18)

A partir de esto los criterios a los que hace referencia de forma expresa son:

- Determinar si hubo una distinción, exclusión o restricción.
- La falta de contenido o que carezca de una justificación razonable.
- Arbitrariedad.
- Provenir de una actividad o inactividad. En ambos casos, puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.

En el caso Majmud con Ministerio de Obras Públicas, el tribunal define discriminación arbitraria por medio del art. 2 de la Ley N° 20.609. Establece como requisitos de procedencia los siguientes: "1. Una distinción (diferencia en base a alguna particularidad) exclusión (quitarle a alguien el lugar que ocupa) o restricción (reducción a límites menores) que carezca de justificación razonable, sea que el sujeto activo sea un particular o un órgano del Estado y que el hecho constituye una acción o una omisión; 2. Que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, y éstos se entiende que son los establecidos en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y en particular los fundados en los motivos que el inciso primero del artículo segundo de la ley número 20.609 señala; 3. Arbitrariedad, esto es, falta de fundamento, falta de proporcionalidad o desviación de fin" (Majmud con MOP, 2014, cons. 7). Cabe señalar que la sentencia establece estos requisitos y a continuación razona en torno a ellos, dotando al texto de una estructura interna. Esto facilita, en gran medida, la comprensión del razonamiento del tribunal. Los requisitos que menciona son:

- Determinar si hubo una distinción, exclusión o restricción.
- Que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. En particular los fundados en categorías sospechosas.
- Arbitrariedad.

Es preciso detenerse, en el requisito N° 2 de la cita, específicamente en la frase “en particular”. ¿Qué quiere expresar el tribunal? Según un análisis literal, la Real Academia Española, indica que las locuciones adverbiales de la frase pueden ser “Distinta, separada, singular o especialmente” (Asociación de Academias de la Lengua Española , 2017).

Por una parte, “distinta o separada”, dicen relación con que una acción u omisión basada en una categoría sospechosa, si bien es una vulneración al ejercicio legítimo de derechos fundamentales, es una vulneración distinta o separada del resto. Basado en lo anterior, las categorías sospechosas serían una forma, pero no la única, de privar, perturbar, o amenazar en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. Por ello, la categoría sospechosa no sería un requisito aparte sino sólo una forma de concretar la privación, perturbación, o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.

Por otra parte, “singular o especialmente” dicen relación con que las categorías sospechosas son una categoría con un rango distinto al resto de las acciones u omisiones que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de un derecho fundamental. Esto es coincidente con lo estudiado referente a la discriminación estructural, pues se reconoce la situación de ciertos sectores de la población, que no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad, generándose de esta forma las categorías sospechosas. Esto bastaría para afirmar que, acreditado por el demandante que la acción u omisión tiene como fundamento una categoría sospechosa, se debe tener por cumplido con el segundo requisito señalado en la sentencia.

En el caso Pérez con Sotomayor, la sentencia cita el art. 2 de la Ley N° 20.609. En el considerando duodécimo señala que el sustento de la acción es que exista “una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria, entendiendo por tal todo acto u omisión que no tenga fundamento o esté desviado de su fin” (Pérez con Sotomayor, 2015, pág. 10).

Por ello, se establecen como requisitos:

- Una acción y omisión.
- En su considerando décimo tercero señala que debe consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia (Pérez con Sotomayor, 2015, pág. 11).
- Que sea una discriminación arbitraria en el sentido de no tener fundamento o que esté desviado de su fin, es decir que no tenga una justificación razonable. Señala que para el caso concreto están prohibidas las diferencias cuando se basen en criterios arbitrarios. La sentencia resulta interesante, pues en el considerando décimo quinto

el tribunal reconoce que si bien la administración puede tener facultades discrecionales, no las puede ejercer de forma arbitraria (Pérez con Sotomayor, 2015, pág. 12).

- En el considerando décimo noveno se hace alusión a las categorías sospechosas, pues se indica que puede presumirse que la desvinculación, pudo deberse a motivos de índole político, constituyendo, así una discriminación arbitraria (Pérez con Sotomayor, 2015, pág. 15).
- En el considerando vigésimo se señala que por el acto se le privó al actor del ejercicio de sus derechos fundamentales (Pérez con Sotomayor, 2015, págs. 15-16).

2.2.1.2. Acciones rechazadas

En la causa Morandé con Conicyt (Morande con Conicyt, 2013) cita el art. 2 de la Ley para definir la discriminación arbitraria. En el considerando quinto establece como presupuestos de la acción (Morande con Conicyt, 2013, pág. 18):

- Que el acto emane de un agente del Estado o de particulares.
- Que se funde en una distinción, exclusión o restricción.
- Que carezca de justificación razonable.
- Que cause una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.
- Que se funde en una categoría sospechosa.

A diferencia del caso Majmud, establece como requisito adicional la necesidad de que la discriminación arbitraria se base en una categoría sospechosa. No obstante conserva la palabra “particularmente”, por ello no queda claro si lo considera como un requisito adicional y necesario o lo considera como un ejemplo de un requisito general, al igual que en el caso Majmud. Lo primero implica que del hecho de probar la categoría sospechosa no se desprende que el hecho cause una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, teniendo que probar ambos por separado.

En la sentencia Carmona con Vargas (Carmona con Vargas, 2014) se cita el art. 2 para definir la discriminación arbitraria. En el considerando undécimo se señala que para hacer una correcta interpretación y ponderación del caso se debe determinar la concurrencia de las siguientes premisas fundamentales: “En primer lugar, deberá establecer si existió o no una distinción, exclusión o restricción, por parte de agentes del Estado o particulares y en específico de la denunciada, para a partir de ello establecer si ésta carece de justificación

razonable, y resultando afirmativa su concurrencia, este tribunal deberá resolver si la distinción, exclusión o restricción causó al denunciante una 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” (Carmona con Vargas, 2014, pág. 14).

Los requisitos que establece son:

- Que el acto emane de un agente del Estado o de particulares.
- Que se funde en una distinción, exclusión o restricción.
- Que carezca de justificación razonable.
- Que cause una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. A diferencia del caso Majmud y Morandé, no menciona las categorías sospechosas.

En la sentencia Cardemil con López Maturana, en el considerando tercero se establecen los siguientes requisitos (Cardemil con López Maturana, 2014, pág. 4):

- Determinar si ha habido una discriminación arbitraria.
- Si es que se ha cumplido con probar la categoría sospechosa de la decisión del ente administrativo.
- Realizar el test de proporcionalidad según los derechos fundamentales en contraposición.

A diferencia del caso Majmud, y al igual que en el caso Morandé, establece como requisito la necesidad de que la discriminación arbitraria se base en una categoría sospechosa. Además, resulta interesante, pues requiere la realización de un test de proporcionalidad con base en los derechos fundamentales en contraposición.

2.2.2. Distribución de la carga de la prueba

2.2.2.1. Acciones acogidas

En el considerando décimo segundo de la sentencia del caso Majmud con Ministerio de Obras Públicas, se señala “Que, en cuanto al tercer requisito de procedencia de esta acción, esto es la arbitrariedad entendida como falta de fundamento, falta de proporcionalidad o desviación de fin. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1698 del

Código Civil y teniendo especialmente en consideración lo referido en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, como se lee en la página 577 de la historia de la Ley N° 20.609, establecida la existencia de un hecho discriminatorio que vulnere los derechos fundamentales referidos en el artículo segundo, no puede objetivamente existir un acto de discriminación sancionado, sino que se produce un traslado de la carga probatoria, correspondiendo al denunciado el acreditar la racionalidad o fundamentación de su actuar. Con lo anterior, ha correspondido al Fisco de Chile el acreditar que se encuentra dentro de aquellos casos en que la ley N° 20.609 admite las distinciones exclusiones o restricciones prohibidos” (Majmud con MOP, 2014, págs. 19-20).

El tribunal hace referencia a la arbitrariedad como tercer requisito. Señala que para configurar objetivamente un acto de discriminación sancionado, no basta con establecer la existencia de un hecho discriminatorio que vulnere los derechos fundamentales (en definitiva probar el primer y segundo requisito), sino que se requiere de la arbitrariedad del mismo.

Entonces, una vez probado el primer y segundo requisitos, se traslada la carga de la prueba, correspondiendo al denunciado acreditar la racionalidad o fundamentación de su actuar. En el caso concreto, se solicita al demandado acreditar que su conducta se enmarcaba dentro de las justificaciones razonables contempladas en el inc. 3 del art. 2 de la Ley. Como el demandado no logra acreditar lo anterior, se tiene por configurado objetivamente un acto de discriminación sancionado por la Ley.

En la causa Pérez con Sotomayor no existe una remisión expresa respecto de la carga de la prueba. No obstante, el tribunal acoge la acción basándose en que la denunciada no acreditó una justificación razonable. “En efecto, se encuentra asentado que no se invocaron, ni demostraron, ni aún esta sede, hechos o razones, que justificaran la necesidad expresada...” (Pérez con Sotomayor, 2015, pág. 11). Por ello, se deduce que al igual que en la sentencia Majmud, la jueza del caso particular estipuló que para que la privación del ejercicio de sus derechos fundamentales, basada en motivos de índole políticos configure la discriminación arbitraria, se requiere la arbitrariedad del mismo, esto es, que el demandado no justifique razonablemente su actuar. Es por ello, que en esta sentencia se traslada el peso de la prueba de la justificación al demandado.

2.2.2.2. Acciones rechazadas

El caso Peña con Tamayo (2013) si bien no altera la regla general en torno a la carga de la prueba, resulta interesante citarlo, pues es una de las pocas sentencias que afirma expresamente que la carga de la prueba es del denunciante. Señala en el considerando séptimo “Que atendido el mérito de autos y correspondiendo a la parte demandante, de conformidad a las normas reguladoras de la prueba, acreditar los hechos expuestos en la demanda, la forma en que éstos habrían configurado una distinción, exclusión o restricción arbitraria, que esta discriminación se hubiere debido a su orientación sexual o identidad de género, y la forma en que esta situación habría provocado una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de sus derechos fundamentales; no allegó al proceso antecedente probatorio alguno con este fin” (Peña con Tamayo, 2013, pág. 7).

En la sentencia Cardemil con López (2014), se rechaza la sentencia en base a que la denunciante acreditó la categoría sospechosa motivo del acto arbitrario. “Es por esta circunstancia que era imprescindible para la parte demandante empeñarse en probar la existencia de la discriminación arbitraria bajo la categoría sospechosa de ideología u opinión política” (Cardemil con López Maturana, 2014, pág. 6). Si bien no hay una remisión a normas generales, queda sentado que la prueba de la categoría sospechosa es del denunciante.

En el caso Munnier con Amarales (2014), el sentenciador afirma en el considerando décimo quinto, que la prueba de la categoría sospechosa es de carga del denunciante. “Que sin perjuicio de lo anterior, las alegaciones efectuadas por la parte demandante sólo se fundan en sus propios dichos, pues no presentó prueba alguna para sostener que en realidad la facultad de solicitar la renuncia por la pérdida de confianza en ella se debió a un acto discriminatorio de la autoridad, basado en la opinión u opción política de la requirente...” (Munnier con Amarales, 2014, págs. 17,18).

2.2.3. Solución de conflictos entre derechos fundamentales

2.2.3.1. Acciones acogidas

En el caso Zapata con Sociedad Marín Ltda (2012), el denunciado justifica haber negado el acceso a las denunciadas a una habitación del motel en virtud del art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Luego, el tribunal señala en el considerando décimo sexto “Que, por otra parte, si bien el inciso final del artículo 2 de la citada ley dispone que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, citando al efecto los

numerales 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa legítima, no basta con invocar una de las garantías constitucionales contempladas en el precepto, sino que es necesario acreditar su ejercicio legítimo” (Zapata con Sociedad Marín Limitada , 2012, pág. 19). Luego, en el considerando décimo noveno señala “Que, por consiguiente, y en virtud de todo lo señalado anteriormente, concluye esta magistrado que la acción discriminatoria ejecutada por la sociedad demandada, reviste el carácter de arbitraria, pues no nos encontramos en presencia de una ‘distinción, exclusión o restricción’ razonable, fundada en el derecho que le reconoce al efecto el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, pues el permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad” (Zapata con Sociedad Marín Limitada , 2012, págs. 22, 23).

El razonamiento de la sentenciadora tiende a establecer los límites internos de los derechos fundamentales en juego. Se establece en la sentencia que no basta con invocar una de las garantías constitucionales contempladas en el precepto, sino que es necesario acreditar su ejercicio legítimo. Lo anterior implica que entiende los derechos fundamentales con limitaciones, alejándose de la concepción liberal de los derechos fundamentales, la cual los concibe como absolutos.

Lo que destaca la jueza es el ejercicio legítimo del derecho, el cual se entiende legítimo en tanto no es arbitrario. Y en el considerando décimo sexto señala que será arbitrario cuando adolezca de una falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación de fin (Zapata con Sociedad Marín Limitada , 2012, pág. 20). Agrega que dicha calificación sólo le corresponderá al juez de la causa. En el caso concreto, la jueza dispone que atribuirse la facultad de permitir el ingreso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad y. por ello, excede el ámbito de protección del art. 19 N°21. En otras palabras, dicha conducta no tiene un fundamento y se desvía del ámbito de protección del art. 19 N°21, siendo por tanto arbitraria.

En la sentencia del caso Majmud con Ministerio de Obras Públicas (2014), el sentenciador se limita a señalar que el denunciado no acreditó que se encontraba en uno de los casos del inciso final del art. 2 de la Ley N° 20.609. Al no acreditarse la concurrencia de dichos preceptos, no hay conflicto entre derechos fundamentales.

En la sentencia del caso Pérez con Sotomayor (2015), se acoge la denuncia señalando que, si bien la administración tiene una potestad discrecional, ésta no puede ser arbitraria. Será arbitraria, en tanto no se justifique la razonabilidad y fundamentación de la decisión. De lo anterior se concluye que la sentenciadora no jerarquiza ni pondera los derechos en conflicto, sino que define sus límites internos, restringiendo su ámbito de aplicación, finalizando un conflicto aparente.

2.2.3.2. Acciones rechazadas

En la causa Díaz con Armada de Chile³⁴ (2014), en el considerando décimo cuarto se dispone: “El Director General del Personal de la Armada tenía la facultad para disponer el retiro del reclamante, pero ella no era discrecional, sino que tenía que fundarse en una causa legal efectiva” (Díaz con Armada de Chile, 2014, pág. 20). Con esto, el tribunal resuelve que no basta con invocar una causal legal, sino que ésta debe ser efectiva. Será efectiva, cuando esté antecedida por un procedimiento racional y justo. Agrega en el mismo considerando “Cuando las prerrogativas legales de una autoridad son llevadas a la práctica sin estar antecedidas por un procedimiento racional y justo, el resultado es la comisión de un acto arbitrario” (Díaz con Armada de Chile, 2014, pág. 20). Con esto, el tribunal busca delimitar el ámbito de aplicación de cada derecho, determinado cuál es su “ejercicio legítimo”, sin establecer una jerarquización o ponderación de éstos.

El caso Munnier con Amarales (2014), en el considerando décimo quinto señala “Que sin perjuicio de lo anterior, las alegaciones efectuadas por la parte demandante, sólo se fundan en sus propios dichos, pues no presentó prueba alguna para sostener que en realidad la facultad de solicitar la renuncia por la pérdida de confianza en ella se debió a un acto discriminatorio de la autoridad, basado en la opinión u opción política de la requirente, pues bien podría haberse ponderado el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad, en caso de haber existido hechos que tornaran en irracional la decisión de terminar en forma anticipada su nombramiento” (Munnier con Amarales, 2014, págs. 17-18). En la sentencia se admite la posibilidad de ponderar el ejercicio de una facultad (aunque sea discrecional) en el caso de existir hechos que tornen en irracional la decisión. Por ello, el tribunal no considera los derechos fundamentales como absolutos, sino que con limitaciones, que dependen de su ejercicio racional o arbitrario, acercándose a la concepción contractualista de los derechos fundamentales.

³⁴ En esta causa, en primera instancia se acoge la acción. Pero en segunda instancia se revoca la decisión del tribunal *a quo*.

En la sentencia Cardemil con López Maturana (2014), en el considerando tercero, el tribunal señala que para dirimir el asunto se requiere dentro de otras cosas “realizar el test de proporcionalidad en base a los derechos fundamentales en contraposición” (Cardemil con López Maturana, 2014, pág. 4). No obstante, el tribunal no efectúa dicho test, pues el denunciante no cumple con probar en primer lugar, la ocurrencia de una discriminación arbitraria.

2.3. Conclusiones

En el presente capítulo se efectuó una revisión del panorama general de la jurisprudencia sobre la acción de no discriminación arbitraria, dictada entre julio del año 2012 y julio del año 2017.

Se graficó la totalidad de las acciones ingresadas desde julio del año 2012 hasta julio del año 2017, las que ascienden a la suma de 295 causas. Luego se expusieron según año de ingreso y según el territorio jurisdiccional de las Cortes de Apelaciones a las que ingresaron. Posteriormente se presentaron las causas terminadas, las que en total alcanzan la cantidad de 159 acciones finalizadas. Se dijo que la principal forma de término es “por sentencia definitiva”, con un total 68 causas acabadas de esta forma. De las anteriores³⁷, se acogieron 15 acciones y se rechazaron 39 en la totalidad del período, siendo la proporción de 28% y 72% respectivamente. Finalmente, se expusieron las acciones según la categoría sospechosa invocada, concluyendo que la categoría más recurrente es la de “Enfermedad o Discapacidad” con un total de 25 acciones por dicho motivo.

En la segunda parte del capítulo, se analizó un primer período, que abarca desde julio del año 2012 hasta marzo del año 2015. En dicho período, 21 causas terminaron por sentencia definitiva, de las cuales 17³⁸ sentencias fueron sometidas a estudio, 3 acogidas y 14 rechazadas.

Respecto a los estándares conceptuales, todas las sentencias que fueron analizadas citan el art. 2 de la Ley N° 20.609 para definir la discriminación arbitraria. No obstante, hay sentencias en que agregan elementos descriptivos y que establecen requisitos adicionales.

³⁷ Sin considerar aquellas causas en que el texto de la sentencia no figura en la plataforma web del Poder Judicial.

³⁸ No se consideraron 4 sentencias, cuyo texto no aparecen en el sitio web del Poder Judicial.

En las sentencias se utilizaron elementos descriptivos que no son contemplados en el art. 2 de la Ley; éstos son: la falta de fundamento, la falta de proporcionalidad o la desviación de su fin.

A continuación se exponen los requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria, según la cantidad de veces que fueron mencionados en las sentencias del primer periodo.

	Requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria	Menciones
1	Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia ³⁹ .	5
2	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	4
3	La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa.	4
4	Que carezca de justificación razonable.	4
5	Arbitrariedad.	4
6	Que el hecho constituye una acción o una omisión. Puede provenir de una actividad o una inactividad. Puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.	2
7	Que el sujeto activo sea un particular o un órgano del Estado.	2
8	Realizar el test de proporcionalidad con base en los derechos fundamentales en contraposición.	1

Recuadro N°1: Requisitos enunciados en sentencias dictadas entre julio del año 2012 y marzo del año 2015.

³⁹ Preferencia, fue nombrado en sólo una ocasión.

El requisito más enunciado en las sentencias es “Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia”, por ello, se puede afirmar que existe acuerdo en los verbos rectores de la discriminación arbitraria. Además se mencionaron en 4 ocasiones, los requisitos “Que cause privación perturbación o amenaza en el ejercicio de legítimo de los derechos fundamentales”, “La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa”, “Que carezca de justificación razonable” y la “Arbitrariedad”.

Respecto de los dos primeros, del análisis de las sentencias no queda claro si son dos requisitos diferentes o complementarios. No se logra comprender si de la prueba de una categoría sospechosa se presume la vulneración de un derecho fundamental o si habiendo probado la existencia de una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales además se requiere probar la existencia de una categoría sospechosa.

Respecto del tercer y cuarto requisitos, del análisis de las sentencias se concluye que la arbitrariedad y la falta de una justificación razonable, estarían ligadas. Se concluye lo anterior, pues se dice que la decisión debe ser arbitraria. La arbitrariedad, por su parte, consiste en la falta de fundamento, la falta de proporcionalidad o la desviación de su fin, lo que puede resumirse en la falta de una justificación razonable.

En opinión de la autora, estos requisitos serían tautológicos, pues se limitan a repetir un mismo pensamiento de distintas maneras. Se le entrega la calificación de arbitrariedad al/la juez/a, pero no fija criterios que le permitan decidir cuándo hay o no una justificación razonable y, por ello, carente de arbitrariedad. Lo anterior permite al juez tomar decisiones (acerca de qué infringe y qué no infringe la prohibición de hacer diferencias arbitrarias) que no se fundan en el derecho, sino en sus propias preferencias personales (Correa Sutil, 2011, pág. 97).

Luego, se menciona en 2 ocasiones como requisitos “Que el hecho constituye una acción o una omisión. Puede provenir de una actividad o una inactividad. Puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material” y “Que el sujeto activo sea un particular o un órgano del Estado”.

Finalmente se menciona en una ocasión el deber de “Realizar el test de proporcionalidad en base a los derechos fundamentales en contraposición”. Respecto de este requisito, no es posible determinar qué quiso decir el tribunal, pues no explica la forma en que debe aplicarse dicho test de proporcionalidad.

En conclusión, se puede observar que, en el primer período, se conceptualiza la discriminación arbitraria en base al art. 2 de la Ley. Los tribunales utilizan estándares conceptuales, generando fórmulas definicionales que identifican los requisitos necesarios y suficientes que deben concurrir para etiquetar un conjunto de hechos como de discriminación arbitraria. Los requisitos más utilizados fueron: “Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia”, “Que cause privación perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales”, “La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa”, “Que carezca de justificación razonable” y la “Arbitrariedad”. Existe acuerdo en la jurisprudencia respecto del primer requisito, no así respecto de los otros cuatro. Por lo anterior, se afirma que la conceptualización de la discriminación arbitraria en la primera etapa no fue adecuada, por cuanto no establece criterios claros y unívocos, volviéndose muchas veces tautológica.

Respecto de la distribución de la carga de la prueba, del análisis de las sentencias en este primer periodo se puede concluir que como regla general se mantienen las reglas tradicionales. Se puede observar que, en la mayoría de las sentencias no se hace mención alguna a este tópico o simplemente se cita el art. 1698 del Código Civil, atribuyendo al denunciante el peso de la prueba.

La única sentencia que cambia esta lógica es la del caso Majmud con MOP. En ésta, al referirse al requisito de arbitrariedad, señala que una vez acreditado por el demandante la existencia de un hecho discriminatorio que vulnere los derechos fundamentales, se traslada la carga de la prueba al denunciado quien debe acreditar la racionalidad o fundamentación de su actuar. Por ello, el tribunal, si bien no traslada completamente el peso de la prueba, pareciera haber adoptado una solución intermedia, en que tras asignar al demandante la carga de la prueba, atribuye al demandado la carga de la justificación.

En conclusión, en la mayoría de las sentencias se mantienen las reglas tradicionales de la distribución de la carga de la prueba, pero en una sentencia se deja entrever un cambio de visión en el cual se atribuye la carga de la justificación al demandado.

Respecto a la solución de conflictos entre derechos fundamentales, la regla general es que se omita toda remisión, sin embargo, algunas sentencias plantean formas de resolver conflictos. En el caso Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada (2012), la jueza soluciona una colisión de derechos. En ésta descarta la justificación de la denunciada que se ampara en el art. 19 N°21. Señala que no basta con invocar una garantía contemplada en el

inc. 3 del art. 2 de la Ley, sino que es necesario acreditar su ejercicio legítimo, lo que no ocurre en el caso concreto.

En la sentencia Cardemil con López Maturana (2014), el tribunal establece como requisito efectuar un test de proporcionalidad con base en los derechos fundamentales en contraposición, pero la denuncia se rechaza por otros motivos, sin llegar a efectuar dicha evaluación. Según lo estudiado en el primer capítulo, esto puede relacionarse con un *Ad hoc balancing*, en el que el/la juez/a pondera los derechos según el caso concreto de acuerdo con un test de proporcionalidad. Cabe recordar que según esta teoría, para establecer la preeminencia de un principio sobre el otro, se requiere de la optimización y ponderación. Esto, a su vez, se hace mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual se define como “la prescripción en virtud de la cual toda intervención pública ha de ser idónea, indispensable y proporcionada” (Bertelsen, 2010, pág. 43).

En el resto de las sentencias, el tribunal delimita los derechos en juego. Por ejemplo, en el caso Pérez con Sotomayor (2015) acoge la denuncia señalando que si bien la administración tiene una potestad discrecional, ésta no puede ser arbitraria. En el caso Díaz con Armada de Chile (2014), el tribunal critica la forma de ejercicio de una facultad de la Armada de Chile, señalando que ésta debe basarse en una causa legal efectiva. En el caso Munnier con Amarales (2014) se afirma que, no obstante se obre en el ejercicio de una facultad discrecional, ésta no puede ejercerse de forma irracional o arbitraria.

Todas las sentencias nombradas, (salvo el caso Cardemil con López Maturana) serían ejemplos de una delimitación interna de los derechos fundamentales, debido a que se entiende que estos derechos no son absolutos y plantea límites a éstos. Por todo esto, es posible concluir que, en la primera etapa, los tribunales son más cercanos a una teoría contractualista de los derechos fundamentales, pues se entiende que éstos no son absolutos, ya que encuentran limitaciones proporcionadas por su contenido esencial.

CAPÍTULO III: Análisis de criterios. Conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales en el segundo periodo

En el presente capítulo se hará una revisión de las sentencias dictadas entre abril del año 2015 y julio del año 2017. Se analizarán los criterios utilizados por tribunales, referentes a la conceptualización de la discriminación arbitraria, la carga de la prueba y la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Desde abril del año 2015 hasta julio del año 2017, hubo 47 causas que terminaron por sentencia definitiva. Descontando 10 sentencias cuyos textos no aparecen en el sitio web del Poder Judicial, 37 sentencias serán sometidas a estudio. Dichas sentencias se dividirán en dos secciones, en la primera se analizarán las sentencias que fueron acogidas (12 acciones), y en la segunda, aquéllas que fueron rechazadas (25 acciones).

3.1. Análisis de criterios en acciones acogidas

Las acciones que fueron acogidas⁴⁰ entre abril del año 2015 y julio del año 2017, que serán analizadas son:

- a. López con Su-Bus Chile, del 27 abril del año 2015.
- b. Leal con Lan Airlines, del 15 de mayo del año 2015.
- c. Adasme con Banco Estado, del 28 de octubre del año 2015.
- d. Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco, del 22 de diciembre del año 2015.
- e. Valdebenito con Aránguiz, del 14 de abril del año 2016.
- f. Agurto con Cía. Transportes JAC, del 05 de agosto del año 2016.
- g. Gutiérrez con Red De Televisión, del 08 de agosto del año 2016.
- h. Valdebenito con Schiappacasse, del 26 de agosto del año 2016.
- i. Covarrubias con León, del 26 de agosto del año 2016.
- j. Orellana con Soc. Comercializadora Cugat Ltda, del 21 de septiembre del año 2016.
- k. Luci con I. Municipalidad de Ñuñoa, del 29 de diciembre del año 2016.
- l. Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Ltda, del 31 de julio del año 2017.

⁴⁰ El resumen de las acciones rechazadas y acogidas, no será expuesto en el cuerpo de la presente tesis, por razones de extensión. No obstante, en Anexos, se puede encontrar una relación sucinta de cada una de las sentencias.

Las sentencias que no se exponen, en cuanto a los estándares conceptuales se limitan a citar el art. 2 de la Ley N° 20.609⁴¹; respecto de la distribución de la carga de la prueba se limitan a citar el art. 1698, o no hacen referencia alguna a ella⁴²; respecto a la solución de conflictos entre derechos fundamentales, no se efectúa referencia, ni expresa ni tácitamente⁴³.

3.1.1. Conceptualización de la discriminación arbitraria

En la sentencia López con Su-Bus Chile (2015), la sentenciadora define la discriminación arbitraria como “aquella que no tiene fundamento, es desproporcionada, o tiene una clara distorsión de fines” (Lopez con Su-Bus S.A., 2015, pág. 17). Establece como requisitos los siguientes:

- Debe demostrar la falta de contenido de la decisión en que se traduce la distinción, exclusión, restricción o preferencia.
- Que provenga de una actividad o de una inactividad. Puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.
- Que se haya perturbado en el ejercicio legítimo del derecho a trasladarse en un vehículo de transporte público de pasajeros.
- A través de un acto que carezca de justificación razonable.

En la sentencia Leal con Lan Airlines (2015), se limita a citar el artículo 2 de la Ley 20.609. Además, define la discriminación arbitraria como “aquella que no tiene fundamento, y cuyo fundamento únicamente utilizó en lo que respaldaba su decisión y no en los procedimientos que integralmente le ordenaba la norma DAN 382 en su título 382.203 en sus letras d), e) y f), por lo que la adoptada en el caso en estudio por la Aerolínea presenta una clara distorsión de los fines que estas normas persiguen” (Leal con Lan Airlines S.A. , 2015, pág. 49). La sentencia no hace referencia a requisitos específicos para configurar discriminación arbitraria.

⁴¹ Sentencia Valdebenito con Schiappacasse, Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Ltda.

⁴² Adasme con Banco Estado; Valdebenito con Aránguiz; Agurto con Cía. Jac Transportes Ltda; Gutiérrez con Red De Televisión; Valdebenito con Schiappacasse; Orellana con Soc. Comercializadora Cugat Ltda; Luci con I. Municipalidad; Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Ltda.

⁴³ Valdebenito con Aránguiz; Agurto con Cía. Jac Transportes Ltda; Valdebenito con Schiappacasse; Covarrubias con León; Orellana con Soc. Comercializadora Cugat Ltda; Luci con I. Municipalidad de Nuñoa.

En la sentencia *Adasme con Banco Estado* (2015), para definir la discriminación arbitraria se remite al art. 2 de la Ley. Luego señala que se deberá probar en el juicio que el Banco efectuó una distinción al demandante, en razón de su discapacidad (ceguera) y que dicho motivo no puede ser considerado como razonable. Por ello, se establecen tácitamente como requisitos:

- Que se efectúe una distinción.
- En virtud de una categoría sospechosa (discapacidad).
Que no exista una justificación razonable.

En la sentencia *Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco* (2015), el tribunal señala en el considerando undécimo que: “Este secretismo, ajeno a todos los modernos procesos de selección, por ser, precisamente, fuente generadora y protectora de actitudes subjetivas, manejables, que depende solamente de la voluntad o el capricho de una o más personas, pero que no obedece a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes, es constitutivo de arbitrariedad, por cuanto no permite a un observador imparcial externo concluir que el puntaje global obtenido por el menor y sus padres fue objetivo, por ende es arbitrario, y su ubicación en lista de espera, discriminatoria” (2015, pág. 46). Según la cita, el juez entiende que la discriminación arbitraria es aquella que:

- Depende solamente de la voluntad o el capricho de una o más personas.
- No obedece a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes.
- No permite a un observador imparcial externo concluir que el hecho es objetivo.

En la sentencia *Valdebenito con Aránguiz* (2016), cita el art. 2 de la Ley y luego señala que corresponde al demandante:

- Exponer los hechos que, estima, han constituido un acto u omisión.
- Que importe una distinción, exclusión o restricción.
- Que carezca de justificación razonable.
- Que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales.

En la sentencia Agurto con Cia. de Transportes JAC (2016), se cita el art. 2 de la Ley N° 20.609 y se establece que efectivamente hay una discriminación arbitraria, pues se cumple con los siguientes requisitos:

- Hubo una distinción, exclusión o restricción.
- Que careció de justificación razonable.
- Efectuada por un particular (conductor del bus).
- Fundado en la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad del actor.
- Causando perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República.

En la sentencia Gutiérrez con Red De Televisión (2016), se cita el art. 2 de la Ley. No señala requisitos de forma expresa, pero hace referencia a:

- Que la conducta consista en distinguir, excluir o restringir.
- Que este tipo de conductas deben carecer de justificaciones razonables.
- Se probó por la demandante el daño sufrido.

En la sentencia Covarrubias con León (2016) el tribunal cita el art. 2 de la ley. Luego señala en su considerando sexto que “para los efectos de esta ley y del presente juicio, bastará con acreditar que una acción u omisión determinada se sustenta o no en una justificación razonable” (Covarrubias con León , 2016, pág. 7). Los requisitos son:

- Acreditar que ha incurrido en una acción u omisión.
- Que dicha conducta carezca de una justificación razonable.

En la sentencia Orellana con Comercializadora Cugat (2016), se remite al art. 2 de la Ley para definir la discriminación arbitraria. Señala como requisitos los siguientes:

- Determinar si ha habido una situación de distinción.
- Basada en la condición de portador de Síndrome de Down del demandante.
- Que no responde a una justificación razonable.
- Que ha supuesto la privación de un derecho fundamental reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos.

La sentencia Luci con I. Municipalidad de Ñuñoa (2015) resulta interesante, pues es un caso en el que se condena al denunciado pues no efectuó una acción afirmativa debiendo hacerlo, en razón de la discapacidad del denunciante. Se reconoce que la igualdad aplicada

en todos los casos y para todas las personas, en determinadas ocasiones se convierte en un factor de discriminación. Se afirma que requerir las pruebas estándares de manejo a una persona con problemas de movilidad, se constituye en una carga imposible de cumplir por el denunciante. Luego utiliza el art. 2 de la Ley para definir discriminación arbitraria. Serían requisitos establecidos tácitamente:

- Ausencia de una discriminación positiva.
- Que la conducta de la demandada no se encuadra dentro del ejercicio legítimo de otro derecho fundamental.

3.1.2. Distribución de la carga de la prueba

En la sentencia López con Su-Bus Chile (2015), la sentenciadora señala: “Al efecto, es necesario destacar que la prueba testimonial rendida por la demandada, no logra establecer algún elemento que justifique de manera razonable los hechos denunciados, ni desvirtúa el carácter discriminatorio de los mismos” (Lopez con Su-Bus S.A., 2015, pág. 16). De la cita se desprende que la jueza establece que es de cargo del denunciado presentar la prueba que justifique de forma razonable su conducta.

En la sentencia Leal con Lan Airlines (2015), el sentenciador establece que se acreditó suficientemente por el denunciante, que se incurrió por el denunciado en un acto de discriminación arbitraria y que, por su parte, el demandado no acreditó que dicho acto haya estado justificado razonablemente.

La sentencia Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco (2015) resulta interesante, pues en su considerando undécimo el tribunal señala “no obstante, precisamente, y teniendo en especial consideración la carga dinámica de la prueba, y encontrándose en poder de la entidad privada de educación recurrida, todos los antecedentes, documentación, instrumentos de medición, es decir, las pruebas que podían acreditar que los criterios usados fueron objetivos y universales, no los aportaron a la causa” (Salinas con Sociedad Colegio Alemán, 2015, pág. 46).

En esta sentencia, el tribunal incorpora, por primera vez, el concepto de la carga dinámica de la prueba. El juez reconoce que el Colegio se encontraba en mejores condiciones de proveer la prueba sobre el proceso de admisibilidad a la institución y no obstante ello, no la aportó. Lo anterior, sumado a otras consideraciones, permite arribar al tribunal a la conclusión de acoger la acción.

En el recurso de apelación llevado ante la C.A. de Temuco, Rol Civil 79-2016, la demandada alega que el tribunal alteró la carga de la prueba de forma indebida y además incorporó criterios no contemplados en la ley. En la segunda instancia, la Corte confirma la sentencia, reproduce la parte expositiva, considerandos y citas legales de la sentencia del tribunal *a quo*, pero elimina la frase en que se hace alusión a la carga dinámica de la prueba. Entonces, si la Corte elimina dicha referencia ¿por qué llega a la misma conclusión que el tribunal de primera instancia?

La Corte considera que, si el demandante logra acreditar los hechos constitutivos de su acción, corresponde al demandado acreditar los hechos impeditivos, trasladándose de esta forma la carga de la prueba.

En el caso concreto, el demandante logró acreditar que había sido excluido del ingreso a un establecimiento educacional basándose en un proceso de selección. Dichos procesos, en opinión de la Corte, serían por sí mismos discriminatorios y en principio arbitrarios. La demandada, al afirmar que sus procesos de selección se basan en el inciso tercero del artículo 2 de la Ley, le correspondía acreditar los supuestos que sustentaban su excepción. Por ello, la Corte señala en su considerando décimo cuarto “Que, afirmando la demandada que su proceso de selección se ampara en la causal de excepción del inciso tercero del artículo 2 de la Ley N° 20.609, correspondía a ella el peso de la prueba de acreditar la razonabilidad, objetividad y transparencia del proceso de selección implementado...” (Apelación Salinas con con Sociedad Colegio Alemán de Temuco , 2016, pág. 4).

Como el demandado y posteriormente recurrente no logra acreditar la razonabilidad, objetividad y transparencia de sus procesos de selección, en primera instancia se acoge la demanda y en segunda instancia, a pesar de eliminar la referencia a la teoría de la carga dinámica de la prueba, se confirma la sentencia del tribunal *a quo*.

Posteriormente, el demandado interpone el recurso de casación en el fondo, Civil - 21702-2016, tramitado ante la Corte Suprema, argumentando para ello que se vulneró el art. 1698 del Código Civil. Esto, pues se habría alterado la carga de la prueba, teniendo en consideración que se puso de su cargo acreditar “la no existencia de un acto de discriminación arbitraria” (Recurso de Casación en el Fondo Salinas con Colegio Alemán de Temuco, 2016, pág. 1, cons. 2). Lamentablemente, la Corte Suprema no hace referencia al fondo del asunto, y rechaza el recurso por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

En cuanto a la prueba, en la sentencia Covarrubias con León se señala en el considerando octavo “Que, por su parte, los demandados no han rendido prueba en orden a justificar su decisión desvinculatoria y acreditar el supuesto ambiente hostil” (Covarrubias con León , 2016, pág. 8). De la cita se deduce, que el sentenciador del caso traslada en parte el peso de la prueba, pues atribuye al demandante el deber de justificar su decisión.

3.1.3. Solución de conflictos entre derechos fundamentales

En la sentencia López con Su-Bus Chile (2015), el tribunal dispone en el considerando décimo sexto “Que, así, si bien el artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental contempla el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, no es menos cierto que dicha actividad debe respetar no sólo las normas legales que la regulen, sino que someterse en su ejercicio al mandato de la Constitución y las leyes, y a los principios que gobiernan nuestro Derecho, entre ellos, la igualdad ante la ley...” (Lopez con Su-Bus S.A., 2015, pág. 17). De la cita se desprende que el ejercicio de los derechos fundamentales está limitado por la Constitución, las normas legales y los principios que gobiernan nuestro derecho.

En la sentencia Leal con Lan Airlines (2015), el juez reproduce el razonamiento de la sentencia López con Su-Bus Chile, en lo referente a la solución de conflictos entre derechos fundamentales, pero esta vez, en el contexto del transporte aéreo.

En la sentencia Adasme con Banco Estado (2015) se dispone: “Al respecto, cabe señalar que siendo el actor una persona capaz, la defensa de sus intereses le corresponde a él, máxime cuando esa limitación no se justifica en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental de los establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.” (Adasme con Banco del Estado de Chile, 2015, pág. 15). El tribunal niega la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales, pues señala que el actuar del Banco no se encuentra amparado en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental.

En la sentencia Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco (2015), la demandada justifica su actuación en base al derecho a la libertad de enseñanza contemplado en el art. 19 N° 11 de la Constitución. El juez dispone en su considerando décimo tercero “que este sentenciador no pone en duda el respeto que merece la condición de organismo intermedio y del derecho constitucional que tiene el recurrido a organizar el proceso de selección de sus alumnos conforme a sus objetivos educacionales, valores y principios, sólo se le cuestiona en la especie la falta de transparencia y objetividad, valores

con los que se asegura el pleno respeto que también merecen las garantías constitucionales y los derechos humanos fundamentales de los padres y menor involucrado” (Salinas con Sociedad Colegio Alemán, 2015, pág. 48).

El tribunal reconoce y respeta el derecho a la libertad de enseñanza, pero considera que éste no es absoluto. Esto es coincidente con la concepción contractualista de los derechos, en cuanto fija límites internos. Por ello el juez primero identifica el ámbito de aplicación de la libertad de enseñanza y luego fija su contenido y alcance. Para ello, lo armoniza con las garantías constitucionales y los derechos humanos fundamentales de los involucrados. Señala que dicha armonía entre derechos fundamentales implica que para que haya un ejercicio legítimo de la libertad de enseñanza, éste debe ejecutarse con transparencia y objetividad.

En la sentencia Gutiérrez con Red De Televisión (2016), el tribunal contrapone la libertad de desarrollar una actividad económica con el derecho a la libertad que tiene el denunciante para tener una determinada orientación sexual.

En el considerando noveno afirma que manejar los recursos humanos estaría dentro de las facultades del Canal (Gutierrez con Red Televisión, 2016, pág. 80). No obstante, en el considerando décimo, establece un límite a su ejercicio pues señala que intentar que el demandante asuma un rol diverso “que le permitiera expresarse ‘desde su identidad sexual’, representa una invasión a la intimidad del actor.” (Gutierrez con Red Televisión, 2016, pág. 84). Señala que la intromisión en la vida privada del demandante a causa de su orientación sexual, excede el límite del legítimo ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica.

La jueza equipara ambos derechos y delimita su contenido esencial al señalar que, por un lado el demandado tiene el derecho a organizar los recursos humanos y materiales de su empresa, y por el otro, que el demandante tiene el derecho a vivir su identidad sexual de la forma que él elija. Luego armoniza ambos derechos, analiza los derechos y deberes que cada uno conlleva y la función de cada derecho en el caso concreto. Analizando los límites internos de cada derecho, concluye que todo individuo debe vivir libremente su identidad sexual, en toda su extensión, sin que terceros puedan entrometerse en ella.

En la sentencia Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada (2017), la jueza del caso reconoce que existe un conflicto de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Señala, en el considerando décimo sexto, que para saber

si los derechos esgrimidos por el denunciante son de tal relevancia para considerar razonable la distinción, exclusión o restricción es preciso adentrarse en el llamado juicio de proporcionalidad “según el cual frente a una pugna o conflicto entre derechos de la misma jerarquía, cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos implicados, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (2017, pág. 19). Luego señala que “Se produce así, un examen de admisibilidad (ponderación) de la restricción que se pretende adoptar sobre uno de los derechos implicados, basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho). De ello se seguirá entonces, la legitimidad del ejercicio de derechos esenciales” (2017, pág. 19).

Luego dispone en el considerando décimo séptimo, que el principio de proporcionalidad admite una división en tres subprincipios: el de adecuación e idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentidos estrictos. Afirma en el considerando vigésimo tercero que “el derecho de asociación, de libertad de enseñanza y la libertad para desarrollar una actividad económica, de ninguna forma se habrían visto afectadas por la adecuación del reglamento y la introducción de condiciones físicas y académicas para personas con capacidades especiales (2017, pág. 19). Como la medida no es adecuada ni idónea, acoge la acción y condena al demandado. El razonamiento del tribunal es coincidente con la teoría del *ad hoc balancing*.

Habiendo analizado las 12 sentencias que fueron acogidas entre abril del año 2015 y julio del año 2017, se efectúan las siguientes conclusiones:

Respecto a la conceptualización de la discriminación arbitraria, todas las sentencias que fueron analizadas citan el art. 2 de la Ley N° 20.609 para definir la discriminación arbitraria. No obstante, hay sentencias que agregan elementos descriptivos y que establecen requisitos adicionales. En comparación con el primer período, el segundo también se remite a la falta de fundamento, desproporcionalidad y/o desviación de un fin⁴⁶ como elementos descriptivos de la arbitrariedad. Además, se mencionan como elementos descriptivos (en una ocasión), sin que sean elementos taxativos o copulativos, los siguientes:

- Depende solamente de la voluntad o el capricho de una o más personas.
- No obedecen a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes.
- No permite a un observador imparcial externo concluir que el hecho es objetivo.

⁴⁶ Se menciona en dos ocasiones.

A continuación se exponen los requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria, según la cantidad de veces que fueron mencionados en las sentencias que acoge la acción de este segundo periodo.

	Requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria	Menciones
1	Que carezca de justificación razonable. (Que la conducta de la demandada no se encuadre dentro del ejercicio legítimo de otro derecho fundamental ⁴⁷).	7
2	Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia ⁴⁸ .	6
3	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. Prueba del daño ⁴⁹ .	5
4	La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa.	3
5	Que el hecho constituye una acción o una omisión. Puede provenir de una actividad o una inactividad. Puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.	3
6	Que el sujeto activo sea un particular o un órgano del Estado.	1

Recuadro N°2: Requisitos enunciados en sentencias acogidas entre abril del año 2015 y julio del año 2017.

⁴⁷ Nombrado en una ocasión

⁴⁸ Preferencia, fue nombrado en sólo una ocasión.

⁴⁹ Mencionado en una ocasión.

El requisito N°1 es el más enunciado, con 7 ocasiones. A diferencia del primer periodo, no se enuncia la arbitrariedad como un requisito aparte, sino que se hace referencia a la ausencia de una justificación razonable. Que sea el requisito más enunciado, dice relación con la importancia que tuvo en las sentencias que acogen la denuncia en este segundo período, en donde pareciera que la ausencia de una justificación razonable es fundamental.

El requisito N° 2, mencionado en 6 ocasiones. A diferencia del primer período, no es el requisito más enunciado, pero sigue teniendo relevancia en las sentencias, por lo que se puede concluir que, en las sentencias acogidas hay claridad en torno a los verbos rectores de la discriminación.

Luego, el requisito N° 3 se menciona en 4 ocasiones. Dentro de éste se ha incorporado el requisito “Prueba del daño”, mencionado en una ocasión. La prueba del daño se considera dentro de este apartado, pues en el contexto de la Ley 20.609, el daño dice relación con la prueba de que el demandante ha sido privado, perturbado o amenazado en el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales. Por otra parte, no se relaciona el primer requisito con la necesidad de una categoría sospechosa, como si ocurría en el primer período.

El requisito N°4 es mencionado en 3 ocasiones. No queda claro en las sentencias si la categoría sospechosa es un requisito independiente de la necesidad de que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, pues es mencionado como un requisito aparte, pero en pocas ocasiones.

Por último, se establecen como requisitos los N° 5 y 6; el primero mencionado en 3 ocasiones y el segundo en una ocasión. Respecto de estos requisitos, no habría discusión en las sentencias para su configuración.

En conclusión, se puede observar que, en este segundo período de sentencias acogidas, se conceptualiza la discriminación arbitraria en base al art. 2 de la Ley. Luego, los tribunales utilizan estándares conceptuales generando fórmulas definicionales que identifican los requisitos necesarios y suficientes que deben concurrir para etiquetar un conjunto de hechos como de discriminación arbitraria. De la elaboración de estos requisitos, se puede decir que los más utilizados son: “Que carezca de justificación razonable”, “Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia” y “Que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales”. Por ello existiría acuerdo

respecto de los verbos rectores, la necesidad de probar los perjuicios y de la ausencia de justificación. No así con la necesidad de que se pruebe una categoría sospechosa, la cual es un requisito enunciado en menos ocasiones y cuya independencia no queda clara en las sentencias.

Respecto de la distribución de la carga de la prueba, del análisis de las sentencias acogidas en el segundo periodo se puede concluir que como regla general se mantienen las reglas tradicionales. Se observa que en la mayoría de las sentencias no se hace mención alguna a este tópico o simplemente se cita el art. 1698 del Código Civil, atribuyendo sin más al denunciante el peso de la prueba.

Sin perjuicio de lo anterior, las sentencias López con Su-Bus Chile, Leal con Lan Airlines, Covarrubias con León, y Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco, cambian las reglas tradicionales.

En las tres primeras, el tribunal hace mención a la falta de prueba por parte del demandado de la justificación razonable de su actuar. En la sentencia Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco, la Corte de Apelaciones de Temuco reconoce el carácter de excepción al inc. 3 del art. 2 de la Ley. Señala que como el demandado pretende invocar como defensa la excepción contemplada en dicho inciso, le corresponde acreditar dicho supuesto, lo que no hace, siendo condenado en primera y segunda instancias.

Además, en la misma sentencia se incorpora el concepto de la carga dinámica de la prueba, pues el demandado se encontraba en mejores condiciones de proveer la prueba necesaria. Sin embargo, dicha mención es revocada en la sentencia del tribunal *ad quem*. No obstante, la referencia que se hace en primera instancia no deja de tener relevancia por su posterior revocación, pues permite avizorar la preocupación por ciertas situaciones en las que las partes se encuentran en asimetría para proveer la prueba necesaria.

En conclusión, en la mayoría de las sentencias se mantienen las reglas tradicionales de la distribución de la carga de la prueba, pero en cuatro sentencias se deja entrever un cambio de visión en el cual se atribuye la carga de la justificación al demandado.

Respecto de la solución de conflictos entre derechos fundamentales, la regla general es que se omita toda remisión, sin embargo, algunas sentencias plantean formas de resolver conflictos. En las sentencias López con Su-Bus Chile y Leal con Lan Airlines, se reconoce que el ejercicio de los derechos fundamentales está limitado por la Constitución, las normas legales y los principios que gobiernan nuestro derecho. Esta visión, sería coincidente con la

concepción contractualista de los derechos en cuanto fija límites externos derivados de la vida en comunidad, los cuales vienen impuestos desde fuera del derecho, sea por el constituyente, el legislador o el juez.

En las sentencias Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco y Gutiérrez con Red De Televisión, el tribunal considera que los derechos fundamentales no son absolutos, lo que sería coincidente con la concepción contractualista de los derechos en cuanto fija límites internos. Para fijar los límites de cada derecho, se delimita el contenido esencial de los derechos, se analizan los derechos y los deberes que cada derecho conlleva y la función de cada uno en el caso concreto, solucionando de esta forma la colisión entre derechos fundamentales.

Por último, en la sentencia Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada, se efectúa una ponderación de derechos coincidente con el *ad hoc balancing*, en donde la jueza analiza el conflicto basándose en el principio de proporcionalidad y sus subprincipios.

En conclusión, la regla general es que en las sentencias no se haga alusión a una solución de conflictos entre derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias López con Su-Bus Chile y Leal con Lan Airlines, Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco, Gutiérrez con Red De Televisión, y Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada, se solucionan conflictos de distintas formas.

3.2. Análisis de criterios en acciones rechazadas

A continuación se analizarán las 25 sentencias que fueron rechazadas⁵⁰ entre abril del año 2015 y julio del año 2017, según los criterios.

⁵⁰ Aquellas acciones que fueron rechazadas y que son objeto de análisis son: Letelier con Colegio Nuestra Señora del Huerto, de fecha 24 de abril del año 2015; Antinao con Lankeren, de fecha 25 de mayo de 2015; Giancaman Con Municipalidad de Concepción, de fecha 13 de julio del año 2015; Letelier Con Amarales, de fecha 13 de julio del año 2015; Soto Con Línea De Microbuses, de fecha 21 de agosto del año 2015; González con Araya, de fecha 13 de octubre del año 2015; Claro con Asociación de Rodeo de fecha 22 de octubre del año 2015; Moris con Centro Educacional Novo Mundo Limitada, de fecha 7 de diciembre del año 2015; Escalona con Colegio Pumahue de Chicureo, de fecha 22 de enero del año 2016; Díaz con Metro S.A., de fecha 8 de marzo del año 2016; Zepeda con Gobierno Regional de Arica y Parinacota; Contreras con Banco Itaú, de fecha 22 de abril del año 2016; Rodríguez con Sernatur, de fecha 19 de mayo del año 2016; Ñeguey con Carvajal, de fecha 10 de junio del año 2016; De Sousa Lima con Colegio Internacional Sek, de fecha 10 de junio del año 2016; Laming con Sotomayor, de fecha 22 de junio del año 2016; Poblete con Inacap, de fecha 20 de julio del año 2016; Quinteros con Universidad Andrés Bello, de fecha 14 de septiembre del año 2016; Sánchez Copaja Sheila con Municipalidad De Arica, de fecha 31 de enero del año 2017; Quintana con Universidad Finis Terrae, de fecha 13 de febrero del año 2017; Sandoval con Metro S.A, de fecha 13 de marzo del año 2017; Ferroni con Colegio Patmos, de fecha 7 de junio del año 2017; Núñez con Congregación Salesiana, de fecha 19 de junio del año

3.2.1. Conceptualización de la discriminación arbitraria

En la sentencia *Moris con Centro Educacional Novo Mundo Limitada*⁵¹ (2015), el juez cita el art. 2 de la Ley. Luego señala en el considerando décimo tercero “Que, en consecuencia, el actuar del denunciado, según se ha consignado en los motivos que anteceden, constituye un acto de discriminación arbitraria, ya que ha realizado una distinción o exclusión carente de justificación razonable, que ha causado en forma evidente, una privación y perturbación en el ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República” (*Moris con Centro Educacional Novo*, 2015, pág. 13). Con base en lo anterior, los requisitos identificados, son:

- Que haya una distinción o exclusión.
- Carente de justificación razonable.
- Que cause una privación y perturbación en el ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley.

En la sentencia *Giancaman con Municipalidad de Concepción* (2015), el juez señala en el considerando noveno, que la ley establece tres requisitos copulativos para determinar en qué caso se está frente a una discriminación (2015, pág. 25):

- Que se trate de una distinción, exclusión o restricción.
- Que carezca de justificación razonable.
- Que cause en forma evidente, 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. Es irrelevante si la conducta proviene de agentes del Estado o de particulares.

2017; *Ulloa con Terminal Pacifico Sur Valparaíso*, de fecha 11 de junio del año 2017; *Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal*, de fecha 27 de julio del año 2017.

⁵¹ Acción acogida por el tribunal *a quo* en causa rol C-1654-2015, tramitada ante el 27° Juzgado Civil de Santiago y revocada por el tribunal *ad quem*, en sentencia rol civil 2620-2016, tramitada ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El tribunal *ad quem* revoca la sentencia, señalando que no hay elementos suficientes que permitan afirmar que la denunciada actuó de forma arbitraria y menos discriminatoria.

Agrega en el considerando décimo (2015, pág. 26) que se debe:

- Explicar el motivo de la discriminación, ya sean las categorías sospechosas enunciadas en la ley o ciertas condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad.

En la sentencia Letelier con Amarales (2015) se cita el art. 2 de la Ley N ° 20.609. Señala en el considerando décimo quinto como requisito que “la discriminación debe ser arbitraria. No se exige, por tanto, la ilegalidad como factor de configuración, sino que la falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación de un fin” (Letelier con Amarales, 2015, pág. 18). Luego, en el mismo considerando señala que la calificación de discriminación arbitraria queda entregada al juez de la causa (Letelier con Amarales, 2015, pág. 19). Y termina el considerando señalando que “en el proceso respectivo se debe demostrar la falta de contenido de la decisión en que se traduce la distinción, exclusión, restricción o preferencia. Dicha discriminación puede provenir de una actividad o de una inactividad. En ambos casos, puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material” (Letelier con Amarales, 2015, pág. 19). Los requisitos que se desprenden son los siguientes:

- La discriminación debe ser arbitraria, no ilegal. El/ la juez/a debe calificar la discriminación como arbitraria en un análisis casuístico.
- Que se traduzca en una distinción, exclusión, restricción o preferencia.
- Demostrar la falta de contenido de la decisión en que se traduce la distinción, exclusión, restricción o preferencia.
- Dicha discriminación puede provenir de una actividad o de una inactividad. En ambos casos, puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.

En la sentencia González con Araya (2015) se define la discriminación arbitraria por medio del art. 2 de la Ley. Se rechaza la acción, con base en que los hechos que fueron establecidos no cumplen con los requisitos que se exponen a continuación y, como señala el tribunal en el considerando cuarto, más que una discriminación constituye un “simple altercado verbal por el uso de un estacionamiento para discapacitados” (González con Araya, 2015, pág. 4). Los requisitos que señala:

- Que los hechos constituyan una distinción, exclusión, restricción o preferencia.

- Que cause una privación, perturbación o amenaza, en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

En la sentencia Claro con Asociación de Rodeo (2015), el tribunal cita el art. 2 de la Ley. Posteriormente, señala que la decisión de la Asociación de Rodeo, en orden a negar la incorporación del demandante no es un acto de discriminación arbitraria, pues fue precedida de requisitos, contiene sus motivos y fue comunicada al demandante, además de ser parte de las obligaciones y facultades del Directorio.

La sentencia continúa señalando en el considerando décimo cuarto que, como no se acreditó la existencia de un acto de discriminación arbitraria, “resulta innecesario analizar si dicho acto causó privación y perturbación en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales y si, por consiguiente, provocó daño patrimonial y moral” (Claro con Asociación de Rodeo Chileno de Osorno, 2015, pág. 30). De lo anterior se desprende que los requisitos son:

- Que no tuviese un fundamento razonable.
- Que dicho acto causa privación, perturbación en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales.
- Que ocasionó daño patrimonial y moral.

En la sentencia Escalona con Colegio Pumahue de Chicureo (2016) hace referencia al art. 2 de la Ley para definir la discriminación arbitraria. Luego de acreditar la existencia del derecho a la identidad menciona como requisito el siguiente:

- Señala en el considerando décimo tercero que se debe acreditar el supuesto fáctico en el que se funda la demanda, “si efectivamente nos encontramos ante una persona transgénero, cuya identidad de género se encuentra indiscutiblemente establecida y que no se condice con su sexo biológico” (2016, pág. 68). De esta forma, la jueza brinda especial importancia a la categoría sospechosa, pues producto de que el demandante no logra probar la identidad de género, se rechaza la acción.

En la sentencia Díaz con Metro S.A (2016) se cita el art. 2 de la Ley N° 20.609. A continuación, se rechaza la acción debido a que el denunciante no logra acreditar los supuestos normativos que configurarían la discriminación arbitraria. No obstante, el tribunal analiza la prueba de la parte demanda, la cual estima, justifica plenamente el actuar de Metro S.A. Señala en el considerando décimo tercero que “ha quedado establecido que no

se produjo en contra de don Felipe Díaz Brito por parte de Metro S.A., ninguna distinción, exclusión o restricción que no tuviere una justificación razonable, y que en consonancia con ello, tampoco se ha producido vulneración de sus derechos fundamentales...” (Díaz con Empresa Transportes de Pasajeros Metro S.A., 2016, págs. 18-19). De ello se deduce que los requisitos son:

- Probar que hubo una distinción, exclusión o restricción.
- Que no obedece a una justificación razonable.
- Que ha producido vulneración de sus derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o los Tratados Internacionales vigentes ratificados por Chile.

En la sentencia Contreras con Banco Itaú Chile, el juez señala textualmente en el considerando décimo sexto “Que, según la definición de discriminación arbitraria proporcionada por la misma Ley N° 20.609, a juicio de este sentenciador, cuatro son los elementos que deben concurrir para considerar que existe una infracción a la misma y que, por ende, procede la intervención de un tercero imparcial para restablecer el imperio del Derecho” (Contreras con Banco Itau Chile, 2016, pág. 67). Los requisitos que señala son:

- Distinción, exclusión o restricción. El tribunal señala que efectivamente se excluye al denunciante, al no otorgarle un crédito hipotecario.
Que carezca de justificación razonable o arbitrariedad. Señala en el considerando décimo sexto que “En este sentido, la falta de razonabilidad o arbitrariedad en el actuar, viene dada por la falta de fundamento o de proporcionalidad en el mismo, o la desviación de su finalidad; es decir, un actuar contrario a la razón, o guiado únicamente por capricho” (Contreras con Banco Itau Chile, 2016, pág. 68). En el caso, no se cumple con este requisito, pues el criterio de IMC, es un criterio objetivo.
- Cuando se funden en motivos tales como la apariencia personal y la enfermedad. Con este criterio, el tribunal hace alusión a que debe fundarse en una categoría sospechosa.
- 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 la sentencia Rodríguez con Sernatur (2016), se señala en el considerando sexto que, con base en lo dispuesto en el art. 2 de la Ley N° 20.609, se debe comprobar si a raíz de no haberse prorrogado la contrata de los demandantes:

- Se les causó una privación en el goce legítimo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de la República en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.
- Si el hecho se verificó mediante un acto arbitrario.
- Si no se justificó por parte de la demandada.

En la sentencia Ñeguey con Carvajal (2016) se cita el art. 2 de la Ley. En el considerando décimo segundo señala aquello que caracteriza la arbitrariedad, esto es, “Que, en la ley aparece sancionada la discriminación que sea arbitraria, es decir, una discriminación contraria a la justicia, la razón o las leyes, que obedece sólo a la voluntad o al capricho, en otros términos una discriminación que no encuentra sustento alguno en el ordenamiento jurídico...” (Ñeguey con Carvajal, 2016, pág. 15). El requisito que se señala es:

- Conducta arbitraria.

En la sentencia De Sousa Lima con Colegio Internacional Sek-Chile S.A (2016) se cita el art. 2 de la Ley y se define discriminación arbitraria como “aquella que no tiene fundamento, es ‘desproporcionada, o tiene una clara distorsión de fines’” (2016, pág. 4). Por lo anterior, se debe demostrar:

- La falta de contenido de la decisión en que se traduce la distinción, exclusión, restricción o preferencia (2016, pág. 5).
- La distinción, exclusión, restricción o preferencia.
- En el considerando octavo señala que, puede provenir de una actividad o de una inactividad. En ambos casos puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material (2016, pág. 5).

En la sentencia Poblete con Inacap (2016), cita el art. 2 de la ley 20.609 y señala como requisitos en su considerando décimo cuarto, los siguientes:

- Que exista una diferencia de trato (2016, pág. 28).
- Que carezca de justificación admisible (2016, pág. 28).
- Que vulnere algún derecho fundamental. El tribunal precisa que este requisito constituiría una carga adicional para el demandante, desde el punto de vista del derecho Internacional y Constitucional. Esto debido a que en estos últimos, una conducta puede ser discriminatoria aun cuando no se afecten derechos fundamentales. Un ejemplo de ello sería el recurso de protección en el cual bastaría con probar la diferencia de trato y que dicha diferencia ha carecido de justificación admisible (2016, pág. 28).

En la sentencia Quinteros con Universidad Andrés Bello (2016), la jueza establece como requisitos en el considerando décimo quinto, los siguientes (2016, pág. 29):

- La existencia de una distinción, exclusión o restricción.
- Que se funden en categorías referidas a condiciones, características o circunstancias personales de los individuos, y no a hechos.
- Que carezca de justificación razonable.
- Efectividad de haber sufrido la actora una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental.

En la sentencia Sandoval con Empresa de Transporte de Pasajeros. Metro S.A (2017), en el considerando undécimo se agregan como requisitos copulativos (2017, págs. 11-12):

- Que se trate de una distinción, exclusión o restricción, efectuada por agentes del Estado o particulares.
- Que tal acto carezca de justificación razonable.
- Que se cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.

En la sentencia Ferroni con Colegio Patmos Limitada (2017, págs. 78-85), en el considerando tercero se señalan como requisitos:

- Distinción, exclusión o restricción.
- Que carezca de justificación razonable.
- Cuando se funden en motivos tales como la apariencia personal y la enfermedad.
- Que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.

En la sentencia Núñez con Liceo Salesiano Manuel Arriarán Barros (2017), en su considerando décimo establece como requisito:

- Que no exista una justificación razonable (2017, págs. 11-12).

En la sentencia Ulloa con Terminal Pacifico Sur Valparaíso, se señala en el considerando noveno y décimo como requisitos los siguientes (2017, págs. 11-12):

- Acto de discriminación arbitraria que carezca de justificación razonable
- De la afectación a derechos fundamentales.

En la sentencia Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal (2017), en el considerando octavo se señala que una vez determinados los hechos acreditados en la causa, la sentenciadora está en la obligación de determinar la concurrencia de las siguientes premisas fundamentales para hacer una correcta interpretación y ponderación del caso (2017, pág. 21):

- Establecer si existió o no un trato diferenciador a partir de una distinción, exclusión o restricción.
- Por parte de agentes del Estado o particulares.
- Si carece de justificación razonable.
- Resultando afirmativa su concurrencia, determinar si el trato diferenciador causa al denunciante una 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 nuestro país y que se encuentren vigentes.

3.2.2. Distribución de la carga de la prueba

En la sentencia Moris con Centro Educacional Novo Mundo Limitada (2015), la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol Civil -2620-2015 revoca la sentencia en primera instancia y rechaza la acción de discriminación, debido a que no se acreditan, por el denunciante, los presupuestos fácticos en los que se fundaba su demanda. Si bien dicha sentencia no cambia el criterio establecido en el art. 1698 del Código Civil, es relevante pues habla del estándar de prueba que se precisa para el demandante. Señala que para considerar probada la discriminación, se requiere que el demandante allegue elementos precisos que demuestren lo alegado. Por ello, los elementos que sustentan la denuncia deben obtenerse de elementos fidedignos y cuya existencia parezca revestida de plausibilidad, lo que en el caso concreto no sucede.

En la sentencia Claro con Asociación de Rodeo (2015), el tribunal cita el art. 1698 y rechaza la configuración de la discriminación arbitraria, en función de la prueba rendida por ambas partes. El tribunal señala que el demandante no probó fehacientemente que fue objeto de una discriminación y, por su parte, el demandado acreditó abundantemente que su decisión tenía una justificación razonable. De lo anterior, se concluye que se asigna al demandado la carga de la justificación de su conducta.

En la sentencia Escalona con Colegio Pumahue (2016), se señala en el considerando décimo cuarto que la denunciada interpuso como excepción “la especial de la Ley N° 20.609, esto es que se obró en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de enseñanza. Al respecto cabe señalar que ello corresponde a una cuestión de fondo que debe acreditarse con prueba legal suficiente...” (2016, pág. 69). De la cita se desprende que si se alega como excepción que se obró en el ejercicio legítimo de un derecho de aquéllos contemplados en el inc. 3 del art. 2 de la Ley, debe acreditarse lo alegado por la parte demandada con prueba legal suficiente. De esta forma, se traslada nuevamente al demandado la carga de la justificación.

En la causa Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal (2017), se señala en el considerando sexto cuál es la regla aplicable ante la ausencia de una regla especial de distribución de la carga de la prueba. Se señala que se debe atender el art. 1698, es en virtud de éste que corresponde al actor la carga de probar el hecho constitutivo de su denuncia, y al denunciado le corresponde acreditar los hechos constitutivos de la pretensión. “Así, en el caso sublite, deber el actor acreditar la acción u omisión de discriminación

imputable al denunciado que le implica un trato desigualitario y que ésta o aquélla resulta lesiva del legítimo ejercicio o goce de uno o más derechos fundamentales; correspondiéndole al denunciado demostrar que tal acción u omisión no resulta arbitraria por detentar una justificación razonable” (2017, pág. 19).

En la misma sentencia, en el considerando undécimo, se establece el valor probatorio de las categorías sospechosas. Señala que son un mecanismo para verificar si una determinada medida implica una discriminación arbitraria. Para el juez o la jueza, establecida una diferencia conforme a un criterio sospechoso “se deberá exigir una justificación altamente razonable que la justifique y elimine su potencial indicio de arbitrariedad” (Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal, 2017, pág. 24).

3.2.3. Solución de conflicto entre derechos fundamentales

En la causa Letelier con Amarales (2015), en su considerando décimo cuarto señala que “dada la dictación de la Ley N° 20.609, aparece que la autoridad administrativa denunciada contaba con la facultad para poner término anticipado a los servicios a contrata prestados por los denunciantes; servicios que, como se adelantó, tienen por principal característica la precariedad en cuanto a su duración, sujeta a las necesidades del Servicio, lo que importa concluir que la entidad empleadora no ha hecho otra cosa que hacer uso de la facultad que la ley le autoriza” (2015, pág. 17). Además señala que el/ la juez/a, debe calificar la discriminación como arbitraria en un análisis casuístico. En el presente caso, el tribunal analiza los intereses implicados y asigna valores a ambos derechos. La ponderación efectuada tiene mayor relación con el *ad hoc balancing*, pues el juez debe realizar una ponderación de cada derecho en el caso concreto. En la parte resolutive de la sentencia, se otorga preferencia de la facultad discrecional del ente administrativo.

En la sentencia Escalona con Colegio Pumahue de Chicureo (2016), se señala en el considerando décimo cuarto que la denunciada interpuso como excepción “la especial de la Ley N° 20.609, esto es, que se obró en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de enseñanza. Al respecto cabe señalar que ello corresponde a una cuestión de fondo que debe acreditarse con prueba legal suficiente y que, además, encontrándonos ante una colisión de derechos fundamentales corresponde al Tribunal determinar caso a caso, de acuerdo a la prueba ofrecida, cuál derecho tendrá primacía por sobre el otro de acuerdo a las circunstancias propias de cada caso particular” (2016, pág. 69).

De la cita se desprende que, ante una colisión de derechos fundamentales el llamado a resolver caso a caso es el tribunal. Ello quiere decir que no existe una jerarquía de derechos establecida previamente por la Constitución o por la Ley. Por otra parte, dice relación con la ponderación de derechos, pues el tribunal equipara los bienes jurídicos en pugna y finalmente determina la primacía de uno por sobre el otro.

Esta forma de ponderación se aleja de la concepción contractualista de los derechos fundamentales, pues no instituye límites a los derechos, sino que establece la predominancia de uno por sobre el otro. Siguiendo con el razonamiento, la forma de solución de conflictos del tribunal dice relación con el ad hoc *balancing*, pues el juez no realiza una ponderación abstracta de los derechos, sino que considera las circunstancias del caso concreto. Como no se acredita el presupuesto fáctico que da origen a los autos, el tribunal rechaza la acción y no continúa con el razonamiento.

En la sentencia Contreras con Banco Itaú Chile (2016), el juez señala en el considerando vigésimo segundo “Que, desde ya, se avizora que existen derechos fundamentales en conflicto: por un lado, la igualdad y la propiedad; por otro el derecho a desarrollar una actividad económica, en conformidad con la ley. Esta pugna se encuentra resuelta expresamente por la Ley N° 20.609, en cuanto considera razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial el contenido en el número 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, en lo pertinente al presente caso” (2016, pág. 72).

A primera vista, el juez de la causa plantea que la Ley N° 20.609 establece una jerarquización de derechos fundamentales, que haría primar el derecho a desarrollar una actividad económica por encima del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

Esto pareciera no ser tal, pues con anterioridad el tribunal señala: “La razonabilidad implica que ‘la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación’ (Bilbao, Julián y Rey, Fernando, ‘El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española’, en El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción, Ed. Comisión Nacional de los

Derechos Humanos, México, D.F., 2003, p. 19). (Contreras con Banco Itau Chile, 2016, pág. 69).

De la cita se desprende, que la búsqueda de igualdad jurídica se satisface en la medida que se efectúen distinciones o exclusiones razonables. Para ello se requiere de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que se satisface con invocar el derecho fundamental contenido en art. 19 N° 21 de la Constitución. Pero no basta con invocar un fin legítimo, sino que se requiere que sea valorado mediante el principio de proporcionalidad. Como ya se revisó en el marco teórico, el análisis basado en el *ad hoc balancing*, busca determinar la razonabilidad y objetividad de una conducta, lo que se hace mediante la aplicación del principio de proporcionalidad y sus subprincipios, adecuación, necesidad y razonabilidad *stricto sensu*.

A lo anterior debe agregarse lo dictado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa rol civil -1018-2016, que señala en el considerando sexto “En cuanto a que constituir un error el que la sentencia en alzada sostenga que se excluye la posibilidad de discriminación arbitraria por el hecho de que las denunciadas lleven a cabo una actividad económica legítima protegida por el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, debe señalarse que ella es una conclusión a la que puede arribarse al examinar lo dispuesto en el inciso final del artículo 2 de la Ley N° 20.609, que dispone que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que -no obstante fundarse en alguno de los criterios prohibidos, descritos en el inciso primero de esa disposición- se encuentren justificadas en el legítimo ejercicio de otro derecho fundamental. No puede entenderse que esta afirmación del fallo apelado es una conclusión ajena al contexto en que se pronuncia; y, ella debe admitirse como válida en tanto se expresa después de haberse establecido en la sentencia que la actuación de las denunciadas tenía una justificación razonable” (Apelación Contreras con Banco Itaú, 2016, pág. 3).

Así las cosas, el razonamiento del tribunal en torno a la solución de conflictos se alejaría de la jerarquización de derechos, y sería más cercana al *ad hoc balancing*, pues menciona la relación de proporcionalidad y a una justificación razonable.

En la sentencia Quinteros con Universidad Andrés Bello, la jueza señala en el considerando décimo cuarto, que “La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Es decir, aun cuando pudiesen existir -en el actuar de la demandada- conductas que en

definitiva se puedan declarar como constitutivas de discriminación arbitraria, éstas se considerarán razonables cuando se justifiquen en el ejercicio legítimo de una garantía Constitucional, que en este caso se trata de los derechos que ejerció y que tiene la demandada como establecimiento educacional con autonomía reconocida por el Ministerio de Educación” (2016, pág. 28).

De la cita se desprende que el tribunal establece una jerarquía de derechos en base al inc. 3 del art. 2 de la Ley N° 20.609, pues señala que aun cuando existan conductas constitutivas de discriminación arbitraria, éstas se considerarán razonables cuando se justifique el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. El tribunal no hace referencia a lo que debe entenderse por ejercicio legítimo, tampoco hace referencia a que la demandada debe justificar razonablemente su conducta. Por ello y como se puede apreciar, el razonamiento del tribunal es errado, pues el espíritu de la ley no fue establecer *a priori* categorías previas y rígidas que permitan establecer la primacía de la libertad de enseñanza, como un derecho con una jerarquía superior al de igualdad y no discriminación.

Habiendo analizado las 25 sentencias que fueron rechazadas entre abril del año 2015 y julio del año 2017, se concluye lo siguiente:

Respecto a la conceptualización de la discriminación arbitraria, todas las sentencias que fueron analizadas citan el art. 2 de la Ley N° 20.609 para definirla. No obstante, hay sentencias que agregan elementos descriptivos y que establecen requisitos adicionales.

En comparación con el primer período, el segundo también se remite a la falta de fundamento, desproporcionalidad y/o desviación de un fin⁵⁷ como elementos descriptivos de la arbitrariedad. Además, se menciona en una ocasión como elementos descriptivos, sin que sean elementos taxativos o copulativos:

- Actuar contrario a la razón, o guiado únicamente por capricho.
- Una discriminación contraria a la justicia, la razón o las leyes, que obedece sólo a la voluntad o al capricho; en otros términos, una discriminación que no encuentra sustento alguno en el ordenamiento jurídico.

⁵⁷ Se menciona en dos ocasiones.

A continuación se exponen los principales requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria, según la cantidad de veces que fueron mencionados en las sentencias que rechazan la acción, en este segundo periodo.

	Requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria	Menciones
1	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. La prueba del daño patrimonial y moral. ⁵⁸	14
2	Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia ⁵⁹ .	12
3	Que carezca de justificación razonable.	12
4	La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa.	5
5	Arbitrariedad.	4
6	Demostrar la falta de contenido de la decisión.	2
7	Que el hecho constituye una acción o una omisión. Puede provenir de una actividad o una inactividad. Puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.	2
8	Efectuado por un particular o agente del Estado	2

Recuadro N°3: Requisitos enunciados en sentencias rechazadas entre abril del año 2015 y julio del año 2017.

⁵⁸ Mencionado en una ocasión.

⁵⁹ Preferencia nombrada en dos ocasiones.

Respecto al requisito N° 1 enunciado 10 veces, cabe señalar que se incluye dentro de éste “La prueba del daño patrimonial y moral”. Con esto, el juez se aleja del resto de las sentencias que sólo exigen la prueba de la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. Se aleja pues, eleva el estándar de prueba e incorpora requisitos adicionales no contemplados en la Ley.

El requisito N°2 se enuncia en 9 ocasiones, considerando en 2 ocasiones la preferencia, la cual no se contempla en la Ley. A diferencia del primer período no es el requisito más enunciado, pero sigue teniendo relevancia en las sentencias, por lo que se puede concluir que en las sentencias rechazadas hay claridad en torno a los verbos rectores de la discriminación.

El requisito N° 3 fue enunciado en 8 ocasiones, siendo uno de los más recurrentes. Cabe señalar que está relacionado con el requisito N°5 “Arbitrariedad” y con el N°6 “Demostrar la falta de contenido de la decisión”. Todos estarían ligados, pues se dice que la decisión debe ser arbitraria. La arbitrariedad, por su parte, consiste en la falta de fundamento, la falta de proporcionalidad o la desviación de su fin, lo que puede resumirse en la falta de una justificación razonable o en la falta de contenido de la decisión.

El requisito N°4, fue mencionado en 4 ocasiones, teniendo por ello una relevancia mucho menor a las anteriores. No queda claro en las sentencias si la categoría sospechosa es un requisito independiente de la necesidad de que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, pues es mencionado como un requisito aparte, no obstante, es mencionado en pocas ocasiones.

Por último, el requisito N° 7, es mencionado en 2 ocasiones. Respecto de éste, no habría discusión en las sentencias para su configuración.

En conclusión, se puede observar que, en este segundo período de sentencias rechazadas, se conceptualiza la discriminación arbitraria a partir del art. 2 de la Ley. Luego, en algunas sentencias los tribunales utilizan estándares conceptuales generando fórmulas definicionales que identifican los requisitos necesarios y suficientes que deben concurrir para etiquetar un conjunto de hechos como de discriminación arbitraria.

De la elaboración de estos requisitos, se puede decir que resulta necesario probar que ha existido una acción u omisión, que consista en privar, excluir, restringir o establecer preferencias, que causen una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales y que carezca de una justificación razonable. No queda claro si

además se requeriría probar tanto el daño moral como patrimonial sufrido con la conducta. No se logra comprender si de la prueba de una categoría sospechosa se presume la vulneración de un derecho fundamental o si habiendo probado la existencia de una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales además se requiere probar la existencia de una categoría sospechosa. Tampoco habría acuerdo respecto de si la arbitrariedad, ausencia de justificación razonable y la falta de contenido configurarían un mismo requisito o son distintos. Por lo anterior se puede afirmar que la conceptualización de la discriminación arbitraria no es adecuada, por cuanto no son claros en la forma en que deben ser aplicados y muchas veces se vuelven tautológicos.

Respecto a la distribución de la carga de la prueba, del análisis de las sentencias acogidas en el segundo periodo se puede concluir que como regla general se mantienen las reglas tradicionales. Se observa que en la mayoría de las sentencias no se hace mención alguna a este tópico o simplemente se cita el art. 1698 del Código Civil, atribuyendo sin más al denunciante el peso de la prueba.

Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias Claro con Asociación de Rodeo, Escalona con Colegio Pumahue y Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal se asigna al demandado la carga de la justificación de su conducta. La sentencia más clarificadora es la sentencia Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal, en la que se señala que por aplicación del art. 1698 del Código Civil, una vez acreditado por el denunciante el trato discriminatorio y el perjuicio que con ello se ocasiona, corresponde al denunciado demostrar que la acción u omisión no resulta arbitraria por detentar una justificación razonable.

En conclusión, en la mayoría de las sentencias se mantienen las reglas tradicionales de la distribución de la carga de la prueba, pero en dos sentencias se deja entrever un cambio de visión en el cual se atribuye la carga de la justificación al demandado, en virtud del mismo art. 1698 del Código Civil.

Respecto a la solución de conflictos entre derechos fundamentales, la regla general es que se omita toda remisión, sin embargo, algunas sentencias plantean formas de resolver conflictos. En la sentencia Letelier con Amarales, Escalona con Colegio Pumahue de Chicureo y Contreras con Banco Itaú, el tribunal analiza los intereses implicados y asigna valores a los derechos contrapuestos. Lo anterior dice relación con la ponderación de derechos, la que en ambas sentencias sería más cercana al *ad hoc balancing*, pues el juez evalúa cada derecho, en el caso concreto. Por otra parte, en la sentencia Quinteros con

Universidad Andrés Bello, se avizora una forma de solucionar los conflictos coincidente con la jerarquización de derechos fundamentales, pues establece *a priori* la existencia y primacía de categorías previas y rígidas.

3.3. Conclusiones

Habiendo analizado las 37 sentencias dictadas en este segundo período se pueden efectuar las siguientes conclusiones.

Respecto de los estándares conceptuales, todas las sentencias que fueron analizadas, citan el art. 2 de la Ley N° 20.609 para definir la discriminación arbitraria. No obstante, hay sentencias en que agregan elementos descriptivos y que en reiteradas ocasiones establecen requisitos adicionales.

En cuanto a las definiciones, se consideraban como elementos descriptivos de la discriminación arbitraria los siguientes:

- Aquélla que no tiene fundamento es desproporcionada o tiene una clara distorsión de fines.
- Depende solamente de la voluntad o el capricho de una o más personas.
- No obedecen a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes.
- No permite a un observador imparcial externo concluir que el hecho es objetivo.
- No encuentra sustento alguno en el ordenamiento jurídico.

A continuación, se exponen los requisitos mencionados tanto en las sentencias que acogen como en las que rechazan la acción.

	Requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria	Menciones
1	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. La prueba del daño patrimonial y moral ⁶⁰ .	18
2	Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia ⁶¹ .	17
3	Que carezca de justificación razonable.	16
4	La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa.	9
5	Arbitrariedad.	6
6	Efectuado por un particular o agente del Estado	4
7	Que el hecho constituye una acción o una omisión. Puede provenir de una actividad o una inactividad. Puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.	4

Recuadro N°4: Requisitos enunciados en sentencias acogidas y rechazadas entre abril del año 2015 y julio del año 2017.

⁶⁰ Mencionado en una ocasión.

⁶¹ Preferencia, fue nombrado tres ocasiones.

De la elaboración de estos requisitos se puede decir que resulta necesario probar que ha existido una acción u omisión, que consista en privar, excluir, restringir o establecer preferencias, que causen una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales y que carezca de una justificación razonable.

No queda claro si la prueba del daño es o no un requisito adicional. No se logra comprender si de la prueba de una categoría sospechosa se presume la vulneración de un derecho fundamental o si, habiendo probado la existencia de una privación perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, además se requiere probar la existencia de una categoría sospechosa. Tampoco habría acuerdo respecto de si la ausencia de una justificación razonable implica la presencia de arbitrariedad o son requisitos separados. Por lo anterior se puede afirmar que la conceptualización de la discriminación arbitraria no es adecuada, por cuanto no son claros en la forma en que deben ser aplicados y muchas veces se vuelven tautológicos.

Respecto de la carga de la prueba, la regla general es que se preserven las reglas tradicionales acerca de atribución de la carga de la prueba. Lo anterior, ya sea porque no se hace mención alguna o porque simplemente se cita el art. 1698 del Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias López con Su-Bus Chile, Leal con Lan Airlines, Covarrubias con León, Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco, Claro con Asociación de Rodeo, Escalona con Colegio Pumahue y Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal se avizora un cambio de visión, en el cual se atribuye la carga de la justificación de la conducta al demandado, en virtud del mismo art. 1698 del Código Civil.

Respecto de la solución de conflictos entre derechos fundamentales, la regla general es que se omita toda remisión. Sin embargo, en las sentencias López con Su-Bus Chile, Leal con Lan Airlines, Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco, Gutiérrez con Red De Televisión, Letelier con Amarales, Escalona con Colegio Pumahue de Chicureo, Contreras con Banco Itaú, Quinteros con Universidad Andrés Bello y Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada plantean formas de resolver conflictos. Las sentencias que acogen la acción serían más cercanas a una visión contractualista de los derechos fundamentales, por cuanto establecen límites a los derechos fundamentales ya sea provenientes del Constituyente, el legislador, el juez o de su contenido esencial. En las sentencias que rechazan la acción predomina una concepción liberal de los derechos fundamentales porque entiende que éstos son absolutos, razón por la que se establece una jerarquización o ponderación de los mismos.

Conclusiones

En la presente tesis se planteó como tema realizar un análisis cualitativo y cuantitativo de las sentencias definitivas y sus respectivos recursos, emanadas de tribunales inferiores y superiores, dictadas entre julio del año 2012 y julio del año 2017, en el procedimiento por acción de no discriminación arbitraria contemplado en la Ley N° 20.609.

Para abarcar este tema se planteó la siguiente pregunta de investigación: en los procesos antes señalados y en el período de tiempo indicado ¿se efectuó por los y las operadores y operadoras del derecho una adecuada conceptualización de la discriminación arbitraria, distribución de la carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales?

La hipótesis que se sostuvo es que en los procesos señalados y durante el tiempo indicado la jurisprudencia ha sido errática en la conceptualización de la discriminación arbitraria, no es clara respecto a la distribución de la carga de la prueba y no ha aplicado una adecuada forma de solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Para realizar la tesis se utilizó la metodología del derecho, en específico la metodología procesal para la interpretación, complementación y aplicación del derecho y la metodología jurisprudencial para la creación y modificación de la jurisprudencia. En cuanto a los métodos generales aplicables a la investigación jurídica se utilizaron los métodos sistemático, inductivo y el científico.

Para la consecución de dicho objetivo general se llevaron a cabo los objetivos específicos. Se rastreó, estudió y fichó 68 causas; se estableció el marco normativo y teórico; se analizó en cada sentencia la conceptualización de la discriminación arbitraria, la distribución de la carga de la prueba y las formas de solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Respecto del marco normativo, cabe señalar que el principio de igualdad y no discriminación mantiene una regulación constitucional y legal. La regulación constitucional se expresa en los art. 1 y 19 N° 2, 16 y 22. Además, mediante el art. 5 inc. 2 de la Constitución Política de la República, se entiende comprendida dentro de esta regulación, la normativa contemplada dentro de los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La regulación legal comprende diversos cuerpos normativos, dentro de los cuales se encuentra la Ley N° 20.609.

En cuanto al marco teórico, se hizo referencia a los conceptos de principio de igualdad, principio de no discriminación, conceptualización de la discriminación arbitraria, carga de la prueba, y solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Respecto del principio de igualdad, se debe señalar que no toda igualdad es relevante, sino que es relevante que exista igualdad en las relaciones sociales entre individuos o entre grupos de individuos o entre los individuos con el grupo. Las situaciones en que resulta relevante que exista igualdad son en la justicia retributiva y atributiva.

El juez o la jueza al momento de aplicar la Ley N° 20.609, se ve enfrentado/a a una situación de justicia atributiva. Para que, en estos casos, pueda distinguir entre una situación de igualdad justa de una injusta, requiere de un criterio de justicia. Este criterio es la regla de justicia que consiste en “la regla según la cual se debe tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual” (Bobbio, 1977, pág. 64). Lo anterior, sin perjuicio de las críticas efectuadas a dicha regla. Se afirma que la acción de no discriminación arbitraria es una manifestación de dicha regla de justicia. Esto, pues se entrega un mecanismo a sujetos/as pertenecientes a sectores sociales históricamente marginados y discriminados, para que rectifiquen las situaciones en las que siendo iguales, se les trata de una forma desigual y aquéllas en que siendo desiguales se les trata de una forma igual. Se señala que para que el juez pueda aplicar la regla de justicia, primero se debe constituir el modo de tratar a un determinado sujeto en una determinada relación, luego reconstituir la igualdad social aplicando la regla de justicia.

Finalmente, se estudiaron las formas que ha adquirido el principio de igualdad, a saber: la igualdad de todos, la igualdad frente a la ley, la igualdad jurídica, la igualdad de derecho, la igualdad en los derechos, la igualdad de oportunidades y la igualdad de hecho.

Al hacer una revisión de todas las sentencias, se deja entrever que hacen alusión al concepto de igualdad como igualdad en los derechos, pues el fin de las acciones impetradas es gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, del derecho fundamental de igualdad y no discriminación, el cual está constitucionalmente garantizado. También se hace alusión a la igualdad de oportunidades, como es el caso de la sentencia Salinas con Colegio Alemán de Temuco (2015), en la que se invoca la posibilidad de ejercer el derecho a la educación en igualdad de oportunidades.

Luego se habla sobre el principio de no discriminación. Se señala que éste sería una expresión de concreción del principio de igualdad. La naturaleza jurídica de ambos principios

es ser de *ius cogens*, pues son fundamentales y permean todo el ordenamiento jurídico. Se define la no discriminación citando el párrafo 7 de su Observación General N° 18. No discriminación, del 11 de septiembre de 1989. De dicha definición se desprende que los elementos determinantes de la discriminación son:

- Supone un ejercicio relacional.
- Requiere de una acción u omisión efectuada por agentes del Estado o particulares, que puede consistir en una distinción, exclusión, restricción, o preferencia.
- La prohibición de hacer distinciones, exclusiones o restricciones con base en estos criterios. La excepción es que exista una justificación razonable. La legitimidad de las diferencias de trato se establece mediante un examen de objetividad y razonabilidad de la medida que introduce la distinción.
- Los motivos de discriminación o categorías sospechosas contienen una presunción de arbitrariedad, debido a que históricamente han sido usados para relegar, excluir o subordinar a ciertos sectores de la sociedad.
- Debe tener por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Luego se estudió el concepto de discriminación estructural, el cual debe complementar el concepto clásico de igualdad. Resulta necesaria su incorporación, pues es sólo con base en ésta que se puede sostener que es legítimo e incluso necesario efectuar excepciones y diferenciaciones a favor de quienes han sido históricamente marginados.

Como primer criterio a analizar en las sentencias, se estudió la conceptualización de la discriminación arbitraria. Se estudió si los y las operadores y operadoras del derecho, han elaborado fórmulas definicionales que identifiquen los requisitos de uso de un concepto jurídico, esto es, las condiciones necesarias y suficientes que deben concurrir para etiquetar un conjunto de hechos con el término correspondiente.

Se estudia como segundo criterio de análisis la carga de la prueba. Se define carga o peso de la prueba como “la necesidad en que se encuentra la persona que sostiene un hecho o reclama un derecho de probar la existencia de uno u otro” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 420). La regla general, en principio, sería la contemplada en el art. 1698 del Código Civil, el cual excepcionalmente puede ser alterado por presunciones legales.

Luego se estudia la doctrina que sostiene que bastaría con que el demandado pruebe que ha sido objeto de una distinción, exclusión o restricción en virtud de una categoría sospechosa, para configurar una discriminación arbitraria, siendo de cargo del demandado, probar que dicha distinción, exclusión o restricción obedece a una justificación objetiva y razonable. Además, se hace una revisión de la discusión parlamentaria en la que se ven reflejadas ambas posiciones.

Posteriormente, se señala que hasta marzo de 2015, la interpretación imperante era que las sentencias mantengan las reglas tradicionales, no obstante, se anticipa un cambio de visión. Las sentencias analizadas posteriormente, fueron clasificadas en torno a si: i) se rechaza un desplazamiento de la carga de la prueba; ii) se adoptan soluciones intermedias, asignando al demandante la carga de la prueba, atribuyendo al demandado la carga de la justificación; o si finalmente, iii) se desplazó la carga de la prueba al demandado, o se han introducido nuevos conceptos que alteran las reglas tradicionales, referentes al peso de la prueba.

El tercer criterio analizado, fueron las formas de solución de conflictos entre derecho fundamentales. Se estudió que el inc. 3 del art. 2 de la Ley, comprende la eventualidad de que exista una colisión entre el derecho fundamental de igualdad y no discriminación con otros derechos fundamentales. Se definió el concepto de derechos fundamentales y de derechos humanos. Luego se repasaron los derechos contemplados en el inc. 3 del art. 2 de la Ley.

Se estudió la resolución de conflictos según la concepción liberal de los derechos fundamentales. Esta concepción entiende que los derechos fundamentales son absolutos, lo que lleva necesariamente a la colisión entre ellos. Esta teoría entrega dos formas de solución de conflictos, la jerarquización y la ponderación. Dentro del último, se encuentra el *balancing* amplio y el *ad hoc balancing*.

Luego se estudió la resolución de conflictos según la concepción contractualista de los derechos fundamentales. Esta teoría reconoce límites a los derechos fundamentales, los cuales pueden ser externos o internos. Los límites externos, pueden ser directos o indirectos.

En el segundo capítulo se hizo una revisión del panorama general de las acciones de no discriminación arbitraria, logrando establecer y delimitar el objeto de estudio.

En primer lugar se efectuó una revisión gráfica de los datos entregados por el Poder Judicial en respuesta a solicitud de transparencia, los que fueron complementados con los datos disponibles en su página web.

En el estudio estadístico de las sentencias, se expusieron 8 gráficos con información relevante para el análisis sobre las acciones de no discriminación. En primer lugar, se señala que en el período investigado ingresaron 295 acciones, las que se distribuyeron por año. Luego se expusieron las acciones desagregadas según territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones a la que pertenecen.

Se presentó la totalidad de causas terminadas por año, las que ascienden al total de 159 causas y que se distribuyeron por año y por forma de término. Luego se exponen las 68 causas terminadas por sentencia definitiva, distribuidas por año de dictación. Dentro de las acciones terminadas por sentencia definitiva, se comparan las acciones acogidas (15 acciones) y las rechazadas (39 acciones), siendo la proporción de 28% y 72% respectivamente. Y luego se analizan por el año en que se acogen o rechazan.

Finalmente, se expusieron las causas terminadas por sentencia definitiva, según la categoría sospechosa invocada. De estos datos cabe destacar que la categoría que se invoca con mayor frecuencia es la de enfermedad o discapacidad, siendo invocada en 25 ocasiones, lo que sin considerar las sentencias que no aparecen en el sistema, representan el 46% de las categorías invocadas. Resultaría interesante investigar por qué esta categoría tiene una mayor cobertura que las otras, pero responder a esa pregunta debe ser objeto de otra investigación.

En segundo lugar se hizo una revisión de las sentencias acogidas y rechazadas entre julio del año 2012 y marzo del año 2015, con base en los criterios de conceptualización de la discriminación arbitraria, carga de la prueba y solución de conflictos entre derechos fundamentales. Se señaló que, de las 21 sentencias dictadas en dicho período, se analizaron 17 (3 acogidas y 14 rechazadas), pues los textos de 4 sentencias, no se encontraban disponibles en el sitio web del Poder Judicial.

Se concluyó que en el primer período se conceptualiza la discriminación arbitraria en base al art. 2 de la Ley. No obstante, en las sentencias se utilizaron elementos descriptivos

no contemplados en dicho artículo; éstos son: la falta de fundamento, la falta de proporcionalidad o la desviación de su fin.

Además, los tribunales utilizaron estándares conceptuales generando fórmulas definicionales que identifican los requisitos necesarios y suficientes que debiesen concurrir para etiquetar un conjunto de hechos como de discriminación arbitraria. Los requisitos más utilizados fueron: “Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia”, “Que cause privación perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales”, “La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa”, “Que carezca de justificación razonable” y la “Arbitrariedad”. Existe acuerdo en la jurisprudencia respecto del primer requisito, no así respecto de los otros cuatro. Por lo anterior, se puede afirmar que la conceptualización de la discriminación arbitraria, en la primera etapa no fueron adecuados, por cuanto no son claros en la forma en que deben ser aplicados y muchas veces se vuelven tautológicos.

Respecto de la carga de la prueba, como regla general en el primer período no se hizo mención alguna a ésta o sólo se cita el art. 1698 del Código Civil, sin hacer aclaraciones, o simplemente se señala que es el denunciante quien tiene el peso de la prueba. La única sentencia que cambia esta lógica es la del caso Majmud con MOP, en la cual la sentenciadora, si bien no traslada completamente el peso de la prueba, pareciera haber adoptado una solución intermedia, en que tras asignar al demandante la carga de la prueba, atribuyen al demandado la carga de la justificación.

Respecto de la solución de conflictos entre derechos fundamentales, la regla general es que se omita toda remisión, sin embargo, algunas sentencias plantean formas de resolver conflictos. Éstas son: el caso Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, Cardemil con López Maturana, Pérez con Sotomayor, Díaz con Armada de Chile y Munnier con Amarales.

Todas las sentencias nombradas, (salvo el caso Cardemil con López Maturana) serían ejemplos de una delimitación interna de los derechos fundamentales, debido a que se entiende que estos derechos no son absolutos y plantea límites a éstos. Por todo esto, es posible concluir que, en la primera etapa, los tribunales son más cercanos a una teoría contractualista de los derechos fundamentales, pues se entiende que éstos no son absolutos, ya que encuentran limitaciones proporcionadas por su contenido esencial.

En el tercer capítulo se estudiaron las sentencias dictadas entre abril del año 2015 y julio del año 2017. En total se dictaron 47 sentencias, no obstante, se analizaron 37 sentencias (12 acogidas y 25 rechazadas), pues el texto de 10 causas no se encontraba disponible en la plataforma web del Poder Judicial.

En primer lugar se analizaron las sentencias acogidas y, en segundo lugar, aquéllas que fueron rechazadas. En cada sección se analizaron las sentencias con base en los criterios de conceptualización de la discriminación arbitraria, la carga de la prueba y la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Respecto de la conceptualización de la discriminación arbitraria, todas las sentencias que fueron analizadas citan el art. 2 de la Ley N° 20.609 para definir la discriminación arbitraria. No obstante, hay sentencias en que agregan elementos descriptivos y requisitos adicionales.

En cuanto a los elementos descriptivos, tanto en el primer como en el segundo periodo se utilizaron elementos no contemplados en el art. 2 de la Ley; éstos son: la falta de fundamento, la falta de proporcionalidad o la desviación de su fin. Además, se enunciaron los siguientes:

- Depende solamente de la voluntad o el capricho de una o más personas.
- No obedecen a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes.
- No permite a un observador imparcial externo concluir que el hecho es objetivo.
- No encuentra sustento alguno en el ordenamiento jurídico.

En este período, al igual que en el primero, se elaboran criterios que permiten clasificar y evaluar la realidad para calificar un acto de discriminación arbitraria. En comparación con el primer período, tienen en común que se mencionan como requisitos para la configuración de la discriminación arbitraria, los siguientes:

	Requisitos establecidos para la configuración de la discriminación arbitraria	Menciones
1	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.	22
2	Que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia ⁶² .	22
3	Que carezca de justificación razonable.	20
4	La discriminación debe basarse en una categoría sospechosa.	13
5	Arbitrariedad.	10
6	Efectuado por un particular o agente del Estado	6
7	Que el hecho constituye una acción o una omisión. Puede provenir de una actividad o una inactividad. Puede ser producto de una declaración u omisión formal, o de una actividad o inactividad puramente material.	6

Recuadro N°5: Requisitos enunciados en la totalidad de las sentencias dictadas entre julio del año 2012 y julio del año 2017.

⁶² Preferencia, fue nombrado cuatro ocasiones.

Todos los elementos que han sido mencionados en ambas etapas se encuentran comprendidos en la definición de discriminación entregada en el marco conceptual.

De la elaboración de estos requisitos, se puede decir que resulta necesario probar que ha existido una acción u omisión, provocada por un particular o un órgano del Estado, que consista en privar, excluir, restringir o establecer preferencias, que causen una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales y que carezca de una justificación razonable.

Del estudio de la totalidad de las sentencias no se logra comprender si el requisito de una categoría sospechosa es independiente. No es claro si de la prueba de una categoría sospechosa se presume la vulneración de un derecho fundamental o si, habiendo probado la existencia de una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, además se requiere probar la existencia de una categoría sospechosa. Tampoco habría acuerdo respecto de si la arbitrariedad y la ausencia de una justificación razonable configurarían un mismo requisito o son distintos.

Respondiendo a las preguntas de investigación planteadas: ¿Los tribunales han utilizado estándares conceptuales para configurar la discriminación arbitraria? Si bien no es la regla general, algunos tribunales han utilizado estándares conceptuales. ¿Cuáles han sido estos estándares conceptuales? Los 7 elementos que fueron mencionados anteriormente configuran el estándar conceptual. ¿Son estándares conceptuales adecuados? Se concluye que la conceptualización de la discriminación arbitraria no es adecuada, por cuanto no es certera la forma en que deben ser aplicados e interpretados los requisitos. En este sentido, se considera que las definiciones judiciales de la discriminación arbitraria son tautológicas, lo que finalmente les permite a los y las operadores y apearadoras de justicia tomar decisiones (acerca de qué infringe y qué no infringe la prohibición de hacer diferencias arbitrarias) que no se fundan en el derecho, sino en sus propias preferencias personales (Correa Sutil, 2011, pág. 97). ¿Restringen o facilitan la configuración de la discriminación arbitraria? Este estándar conceptual, restringe la configuración de la discriminación arbitraria, pues en comparación con otras acciones, contempla requisitos con mayores exigencias, como es 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.

Respecto de la carga de la prueba, en el segundo período la regla general es que se preserven las reglas tradicionales acerca de la distribución de la carga de la prueba, al igual que en el primero. Lo anterior, ya sea porque no se hace mención alguna a la carga de la prueba o porque se cita el art. 1698 del Código Civil, sin entregar mayores explicaciones. No obstante, algunas sentencias se desmarcan de este común denominador. La sentencia Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal merece especial mención, pues en ella se señala que la norma que debe aplicarse es el art. 1698 del Código Civil, y es en razón del mismo artículo, que una vez acreditado por el demandante una acción u omisión de discriminación imputable al denunciado que le implica un trato desigualitario y que ésta o aquella resulta lesiva del legítimo ejercicio o goce de uno o más derechos fundamentales, correspondiéndole al denunciado demostrar que tal acción u omisión no resulta arbitraria por detentar una justificación razonable (Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal, 2017, pág. 25).

En el caso Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco se hace referencia a la teoría de la carga dinámica de la prueba. No obstante, en una instancia posterior, dicha remisión es eliminada por el tribunal ad quem. Este punto resulta importante, pues se considera un nuevo elemento, al cual en el primer período ni siquiera se hizo alusión, lo que habla de un cambio en la forma de comprender la distribución de la carga de la prueba.

En las sentencias López con Su-Bus, Leal con Lan Airlines, Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco, Covarrubias con León, Claro con Asociación de Rodeo y Escalona con Colegio Pumahue se afirma expresamente que es de cargo del denunciado presentar la prueba que justifique de forma razonable su conducta. En comparación con el primer período, lo anterior sólo se da en el caso Majmud con MOP. Todos estos casos tienen en común que, si bien no se traslada completamente el peso de la prueba, pareciera haber adoptado una solución intermedia, en que tras asignar al demandante la carga de la prueba, atribuyen al demandado la carga de la justificación. Si bien en el primer período, con la sentencia Majmud con MOP sólo se anticipaba un cambio de visión, en este segundo período dicho cambio tiene mayor fuerza, pues son 6 sentencias en las que se considera la anterior.

Respondiendo a las preguntas de investigación: Ante la ausencia de una norma específica referida a la carga de la prueba en la Ley N ° 20.609, ¿qué reglas han aplicado los tribunales para distribuir la prueba? Por regla general, los tribunales han aplicado el art. 1698 del Código Civil. Para una parte minoritaria de la jurisprudencia, probado por el demandante

que ha existido una acción u omisión, que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, 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, y/o que se funde en una categoría sospechosa, se presumiría que el hecho es arbitrario, razón por la cual, le corresponde al denunciado demostrar que tal acción u omisión, no resulta arbitraria por detentar una justificación razonable. En cuanto a las categorías sospechosas, se concluye que son un mecanismo para verificar si una determinada medida implica una discriminación arbitraria. Esto, pues establecida una diferencia conforme a un criterio sospechoso, el juez o la jueza deberá exigir una justificación altamente razonable que la justifique y elimine su potencial indicio de arbitrariedad.

¿Cómo afecta la normativa aplicada al demandante o al demandado? La aplicación irrestricta de la concepción clásica de la distribución de la carga de la prueba deja a la víctima en una situación sumamente desmejorada, transformando la acreditación del acto discriminatorio en una “prueba diabólica”. ¿Con la aplicación de estas normas quedan las partes en igualdad de condiciones? La aplicación irrestricta del art. 1698 del Código Civil, deja a la víctima en una situación de indefensión. Pero, permitir la inversión del *onus probandi*, deja a las partes en igualdad de condiciones. Esto, pues sería de cargo del demandado la justificación de su conducta. ¿Se han utilizado criterios provenientes de otros cuerpos normativos? Si, en una sentencia se hizo referencia a la Teoría de la carga dinámica de la prueba; no obstante, dicha remisión fue desestimada en una instancia posterior.

Respecto de la solución de conflictos entre derechos fundamentales, las sentencias que hacen remisión a alguna forma de solución de conflictos son:

En la sentencia Quinteros con Universidad Andrés Bello, se establece una jerarquía de derechos, pues el tribunal señala que aun cuando existan conductas constitutivas de discriminación arbitraria, éstas se considerarán razonables cuando se justifique el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, haciendo alusión al inc. 3 del art. 2 de la Ley.

En la sentencia Letelier con Amarales, se efectúa por el tribunal una ponderación de derechos en abstracto, lo que dice relación con un *balancing* amplio.

En la sentencia Escalona con Colegio Pumahue, Contreras con Banco Itaú Chile y Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada se efectúa por el tribunal una ponderación de derechos en concreto, lo que dice relación con un ad hoc *balancing*.

En las sentencias López con Su-Bus Chile y Leal con Lan Airlines, se reconoce que el ejercicio de los derechos fundamentales está limitado por la Constitución, las normas legales y los principios que gobiernan nuestro derecho. Esta visión, sería coincidente con la concepción contractualista de los derechos en cuanto fija límites externos derivados de la vida en comunidad, los cuales vienen impuestos desde fuera del derecho, sea por el constituyente, el legislador o el juez.

En la sentencia Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, Pérez con Sotomayor, Díaz con Armada de Chile, Munnier con Amarales, Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco y Gutiérrez con Red De Televisión se entiende que los derechos fundamentales no son absolutos. Por ello, se efectúa un razonamiento coincidente con la concepción contractualista de los derechos, en cuanto fija límites internos.

Respondiendo a las preguntas de investigación: ¿Se han solucionado conflictos entre derechos fundamentales? La regla general es que no se haga referencia alguna a una posible solución de conflictos, sin embargo, en 12 sentencias se trató el problema. ¿Qué formas de solución se han aplicado para dar fin a los posibles conflictos? Según la concepción liberal de los derechos fundamentales, se ha aplicado la jerarquización y la ponderación de derechos en sus dos formas, el *Balancing* amplio y el *Ad hoc balancing*. Según la concepción contractualista de los derechos fundamentales, se han fijado límites externos e internos. ¿Bajo qué requisitos el ejercicio de un derecho fundamental sirve como defensa? Algo que queda claro del análisis de las sentencias, es que no es suficiente invocar un derecho fundamental de los contemplados en el inc. 3 del art. 2 de la Ley, para que exista una justificación razonable, sino que se requiere de un ejercicio legítimo de éste. Para determinar cuándo va a existir un ejercicio legítimo, se requiere evaluar ambos derechos utilizando una de las formas de solución entre conflictos de derechos fundamentales, que han sido reseñadas.

Bibliografía

- Alessandri, A., & Somarriva, M. (2011). *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general. Tomo segundo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Aldunate, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: LegalPublishing.
- Alexy, R. (2005). Los derechos constitucionales y el sistema jurídico. En C. E. Valdés, *Teoría del discurso y derechos Constitucionales* (págs. 78-87). México: Editorial Fontamara.
- Alvear Téllez, J., & Covarrubias, I. (2012). Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación 'antidiscriminación'. *Actualidad Jurídica*(26), 1-30.
- Bayesky, A. (1990). El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional. *Human Rights Law Journal*, 11(1-2).
- Bertelsen, S. (2010). *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*. Santiago: Tribunal Constitucional.
- Bobbio, N. (1977). *Igualdad y libertad*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Carranza M., J., Concha F., B., & Varas A., P. (Octubre de 2014). Análisis crítico de la jurisprudencia sobre discriminación sexual, antes y después a la Ley N° 20.609 y propuestas de modificaciones. *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Chile: Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Recuperado el 26 de febrero de 2017, de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129994/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-de-la-%20jurisprudencia-%20sobre-%20discriminaci%C3%B3n-%20sexual-antes-y-despu%C3%A9s-a-la-ley-20.609-y-%20propuestas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Casas B., L. (2014). Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos. *ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS*(10), 127-137.
- Cea Egaña, L. (2012). *Derecho Constitucional Chileno* (2 ed. ed.). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2 de julio de 2009). *OBSERVACIÓN GENERAL N° 20. La no discriminación y los derechos económicos,*

sociales y culturales (artículo 2, párrafo del Pacto internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consejo Económico Social. Ginebra: Naciones Unidas.

Comité para la Eliminación de la Discriminación en Contra de la Mujer. (2012). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1° a 19 de octubre de 2012)*. Ginebra: Naciones Unidas.

Correa Sutil, J. (2011). Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley ¿saliendo de la pura tautología? En J. Couso, Anuario de Derecho Público 2011 (págs. 96- 126). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de enero de 1984). Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

Couso, J. (2012). Acerca de la pertenencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile. *Derecho Público Iberoamericano*, 193-199.

Díaz, J. (octubre de 2013). Primera Sentencia Ley Antidiscriminación

Díaz, J. (2013) ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General de Antidiscriminación?. *Actualidad Jurídica* (28), 279-297.

Dulitzky, A. (2010). Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. En D. Caicedo, & A. Porras, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerios de justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Gauché, X. (enero-abril de 2014). Análisis crítico a la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del DIDH y las convenciones de la OEA contra la discriminación de 2013. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, V, 11-58.

Gil, A. (7 de mayo de 2010). Cargas probatorias dinámicas una solución ante la dificultad probatoria. *Estudios Ius Novum*, 63-86. Obtenido de *Revistaiusnovum*: <https://revistaiusnovum.files.wordpress.com/2017/05/7.pdf>.

- Hunderson, H. (2004). De los tratados internacionales de los derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Instituto de Derechos Humanos*, 39, 71-99.
- Irrazabal , P., & Nash, C. (2010). De Justicia Constitucional y derechos fundamentales en Chile. En V. Bazán , & C. Nash, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución* (págs. 149-160). Uruguay: Konrad Adenauer.
- Medina, C. (2005). De las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre derechos Humanos en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de Siglo: 1979-2004* (págs. 209-270). San José: Costa Rica.
- Miné, M. (31 de marzo-1 de abril de 2003). Los conceptos de discriminación directa e indirecta. Conferencia "Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato", (págs. 1-12). Tréves. Obtenido de http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2003_Mine_ES.pdf
- Muñoz L., F. (2013). No "separados pero iguales en Chile": un análisis del Derecho Antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia. *Estudios Constitucionales*, 201-228.
- Muñoz L., F. (diciembre de 2015). 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)*, 145-167. Obtenido de <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v28n2/art08.pdf>
- Nash, C. (2012). Estudio introductorio: la recepción del derecho Internacional de los derechos Humanos. En C. Nash, *Recepción y aplicación del derechos Internacional De los Derechos Humanos en Chile* (págs. 13-73). Santiago: Centro de derechos humanos, Facultad de derechos, Universidad de Chile.
- Nash, C., & David, V. (2010). Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En C. Nash, & I. Mujica, (Eds.) *Derechos Humanos y Juicio Justo* (págs. 159-212). Lima: Colam.
- Nash, C., & Medina , C. (2007). *Introducción al sistema interamericano de Derechos Humanos: introducción a sus mecanismo de protección*. Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.

- Nieto F., R., Parada F., O., & Varas A., P. (. (2014). TESIS DE GRADO ANALISIS LEY N° 20.609 LEY ANTIDISCRIMINACIÓN O LEY ZAMUDIO. *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Recuperado el 26 de febrero de 2017, de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113346/de-nieto_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- O'Donnell, D. (2012). Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano (2 ed.). México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Shelton, D. (2008). Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En F. d. Centro de Derechos Humanos, *Anuario de Derechos Humanos* (págs. 15-39). Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Palacios, P. (2006). LA NO DISCRIMINACIÓN. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Santiago: LOM ediciones Ltda.
- Peces-Barba Martínez, G., De Asis, R., & Llamas, Á. (1991). Curso de Derechos Fundamentales. Madrid: EUDEMA.
- Ponce de León, L. (1996). Metodología del Derecho. México: Porrúa S.A.
- Valdés, T. (2013). La CEDAW y el estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. *Anuario de Derechos Humanos*, 171-181.
- Vargas, A. (2009). *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. Recuperado el 10 de junio de 2017, de www.acaderc.org.ar: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>

Normativa

Asamblea General de la OEA. (5 de junio de 2013). *Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia*.

Ministerio Secretaría General de Gobierno. (12 de julio de 2012). Ley N ° 20.609. *Establece Medidas contra la Discriminación*. Santiago, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Obtenido de <https://www.leychile.cl/n?i=104292&f=2012-07-24&p=>

Páginas web

Biblioteca del Congreso Nacional. (2012). *Historia de la Ley N ° 20.609. Establece medidas contra la discriminación*. Recuperado el 20 de marzo de 2017, de <http://www.leychile.cl>:

<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/.../HL20609>

...

Corte Suprema. (26 de febrero de 2017). *www.decs.pjud.cl*. Obtenido de Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Recuperado el 20 de marzo de 2017, de: <http://decs.pjud.cl/index.php/informes/estadisticas-poder-judicial/531-ley-zamudio>.

Ellies, C. (11 de septiembre de 2016). *www.sigachile.cl*. Recuperado el 26 de febrero de 2017, de Ciudadanos por la accesibilidad. Recuperado el 20 de marzo de 2017, de: <http://www.sigachile.cl/2016/09/ley-zamudio/>

Poder Judicial. (s.f.). *www.pjud.cl*. Recuperado el 26 de febrero de 2017, de Poder Judicial Republica de Chile: <http://www.pjud.cl/home>

Poder Judicial. (19 de julio de 2017). Poder Judicial República de Chile. Obtenido de www.pjud.cl: <http://www.pjud.cl/>

Jurisprudencia

Adasme con Banco del Estado de Chile, C-26297-2014 (5° Juzgado Civil de Santiago 28 de octubre de 2015).

Agurto con Cía. de Transportes JAC, C-572-2015 (Juzgado de Letras de Villarrica 5 de agosto de 2016).

Antinao con Van Lanckeren , C-517.2014 (Juzgado Civil de Lautaro 25 de mayo de 2015).

Carmona con Vargas, C-4968-2013 (23° Juzgado Civil de Santiago 30 de enero de 2014).

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo de Reparaciones y Costas. , Serie C No. 239, (Corte Interamericana de derechos Humanos 24 de septiembre de 2012).

Claro con Asociación de Rodeo Chileno de Osorno, C-3015-2014 (1° Juzgado de Letras de Osorno 22 de octubre de 2015).

Contreras con Banco Itaú Chile, C-4409-2014 (3° Juzgado Civil de Viña del Mar 22 de abril de 2016).

Covarrubias con León, C-3388-2015 (1° Juzgado Civil de Puente Alto 26 de agosto de 2016).

Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal, C-2652-2017 (1° Juzgado Civil de San Miguel 27 de julio de 2017).

De Sousa Lima con Colegio Internacional , C-15208-2016 (18° Juzgado Civil de Santiago 10 de junio de 2016).

Díaz con Empresa Transportes de Pasajeros Metro S.A., C-6720-2015 (30° Juzgado Civil de Santiago 08 de marzo de 2016).

Diaz Letelier con Colegio Nuestra Señora del Huerto, C-2002-2014 (1° Juzgado Civil de Cañete 24 de abril de 2015).

Homicidio Calificado en la persona de Daniel Zamudio, Rit 203-2013 (4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago 2013 de octubre de 2013).

Escalona con Colegio Pumahue Chicureo, C-1165-2015 (Juzgado de Letras de Colina 22 de enero de 2016).

Ferroni con Colegio Patmos Limitada , C-3505-2016 (3° Juzgado Civil de Viña del Mar 7 de junio de 2017).

Giancaman con Municipalidad de Concepción, C-407-2015 (3° Juzgado Civil de Concepción 13 de julio de 2015).

González Romero Jacqueline/Araya, C-1959-2015 (3 Juzgado de Letras de la Serena 13 de octubre de 2015).

Gutiérrez con Red televisión, C-8602-2016 (12° Juzgado Civil de Santiago 08 de agosto de 2016).

Laming con Sotomayor, C-9219-2014 (16° Juzgado Civil de Santiago 22 de junio de 2016).

Leal con Lan Airlines S.A. , C-6545-2013 (1° Juzgado Civil de Temuco 15 de mayo de 2015).

Letelier con Amarales, C-10527-2014 (10° Juzgado Civil de Santiago 19 de agosto de 2015).

López con Su-Bus S.A., C-1975-2014 (2° Juzgado de Letras de San Bernarndo 27 de abril de 2015).

Luci con I. Municipalidad de Ñuñoa, C-24166-2015 (7° Juzgado Civil de Santiago 24 de octubre de 2015).

Majmud con MOP, C-5451-2013 (4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta 30 de junio de 2014).

Moris con Centro Educacional Novo, C-1654-2015 (27 Juzgado Civil de Santiago 7 de diciembre de 2015).

Ñeguey con Carvajal , C-129-2015 (Juzgado de Letras de Cañete 10 de junio de 2016).

Núñez con Liceo Salesiano Manuel Arriarán Barros , C-132305-2016 (4° Juzgado Civil de San Miguel 19 de junio de 2017).

Orellana con Sociedad Comercializadora Cugat, C-13702-2016 (1° Juzgado Civil de Rancagua 27 de abril de 2016).

Ortiz con Ministerio Público, C-20750-2012 (22° Juzgado de Letras de Santiago 25 de junio de 2013).

Pérez con Sotomayor, C-10792-2014 (7° Juzgado Civil de Santiago 9 de febrero de 2015).

Poblete con Inacap, C-18353-2015 (1° Juzgado Civil de Rancagua 20 de Julio de 2016).

Quintana con Universidad Finis Terrae, C-7987-2016 (7° Juzgado Civil de Santiago 13 de febrero de 2017).

Quinteros con Universidad Andrés Bello, C-17928-2015 (29° Juzgado Civil de Santiago 14 de septiembre de 2016).

Rodríguez con Servicio Nacional de Turismo SERNATUR, C-4411-2015 (6 Juzgado Civil de Santiago 19 de mayo de 2016).

Salinas con Sociedad Colegio Alemán, C-5230-2015 (1° Juzgado Civil de Temuco 22 de diciembre de 2015).

Sandoval con Empresa de Transporte de Pasajeros. Metro S.A, C-20679-2016 (29° Juzgado Civil de Santiago 13 de marzo de 2017).

Sheila Marianella Sánchez Copaja con Ilustre Municipalidad de Arica, C-2113-2016 (2° Juzgado de Letras de Arica 23 de enero de 2017).

Soto con Línea de Microbuses N° 4, C-1509-2015 (1 Juzgado de Valdivia 21 de agosto de 2015).

Ulloa con Terminal Pacifico Sur Valparaíso, C-2372-2016 (4 Juzgado Civil de Valparaíso 11 de julio de 2017).

Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada, C-27742-2016 (17° Juzgado Civil de Santiago 31 de julio de 2017).

Valdebenito con Aránguiz, C-45281-2014 (2° Juzgado Civil de San Miguel 14 de abril de 2016).

Valdebenito Varas Patricia Lica con Schiappacasse Maturana Carlos Daniel, C-4414-2015 (1° Juzgado Civil de Viña del Mar 26 de agosto de 2016).

Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, C-17314-2012 (3° Juzgado Civil de Santiago 30 de julio de 2012).

Zepeda Castro con Gobierno Regional de Arica y Parinacota, C-965-2015 (2° Juzgado de Letras de Arica 12 de abril de 2016).

Cortes de Apelaciones y Corte Suprema

ADASME BÁEZ MANUEL ANTONIO/ BANCO DEL ESTADO DE CHILE, C-26297-2014
(Corte de Apelaciones de Santiago 15 de marzo de 2016).

Apelación Díaz Letelier con Nuestra Señora del Huerto, Civil 1002-2015 (Corte de
Apelaciones de Valparaíso 9 de julio de 2017).

ESCALONA CÁCERES Y OTRO / COLEGIO PUMAHUE CHICUREO, Civil 1785-2016
(Corte de Apelaciones de Santiago 10 de junio de 2016).

LETELIER AGUILAR CRISTIÁN OMAR/AMARALES OSORIO PATRICIA, CIVIL-9957-2015
(Corte de Apelaciones de Santiago 05 de noviembre de 2015).

RODRIGO J. CLARO RIETHMULLER C/ ASOCIACIÓN DE RODEO CHILENO DE
OSORNO, Civil 1496-2015 (Corte de Apelaciones de Valdivia 2 de diciembre de
2015).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ EDUARDO/SERVICIO NACIONAL DE TURISMO, Civil 12553-
2015 (Corte de Apelaciones de Santiago 11 de diciembre de 2015).

CONTRERAS TENENBAUM JAIME FELIPE CON BANCO ITAÚ CHILE Y OTRO., Civil
2235-2015 (Corte de Apelaciones de Valparaíso 10 de noviembre de 2015).

DE SOUSA LIMA NOGUEIRA ARMANDO/ COLEGIO INTERNACIONAL SEK-CHILE S.A,
Civil 3583-2016 (Corte de Apelaciones de Santiago 17 de junio de 2016).

GIACAMAN MONSALVE AHMED E CON MUNICIPALIDAD DE CONCEPCION, Civil 1499-
2015 (Corte de Apelaciones de Concepción 13 de octubre de 2015).

MORIS VERGARA LIZA/ CENTRO EDUCACIONAL NOVO MUNDO LIMITADA, Civil 2620-
2016 (Corte de Apelaciones de Santiago 10 de junio de 2016).

MORIS VERGARA LIZA/ CENTRO EDUCACIONAL NOVO MUNDO LIMITADA, Rol 49671-
2016 (Corte Suprema 5 de octubre de 2016).

MUNNIER SOTO MARIA/AMARALES OSORIO PATRICIA, Civil 4442-2014 (Corte de
Apelaciones de Santiago 2014 de julio de 22).

PÉREZ ROCCO JUAN FRANCISCO/SOTOMAYOR ECHEÑIQUE OCTAVIO, 5572-2015
(Corte de Apelaciones de Santiago 13 de octubre de 2015).

SOTO SOTO HERMINDA C/ LÍNEA MICROBUSES N° 4 VALDIVIA, Civil 1280-2015 (Corte
de Apelaciones de Valdivia 16 de octubre de 2015).

SALINAS / SOCIEDAD COLEGIO ALEMÁN DE TEMUCO, Civil 79-2016 (Corte de
Apelaciones de Temuco 26 de junio de 2016).

VELÁSQUEZ DÍAZ MARCO ANTONIO DEMANDADO: ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE
ANCUD, Civil 292-2015 (Corte de Apelaciones de Puerto Montt 7 de mayo de 2015).

VERBAL STOCKMEYER GONZALO/SERVICIO DE REGISTRO ELECTORAL DE CHILE,
Civil 292-2015 (Corte de Apelaciones de Santiago 03 de junio de 2015).

Recurso de Casación en el Fondo Salinas con Colegio Alemán de Temuco, Civil -21702-
2016 (Corte Suprema 25 de mayo de 2016).

Anexos

Fichas jurisprudenciales

Período: desde julio del año 2012 hasta marzo del año 2015		Página
Ficha 1	Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada	125
Ficha 2	Morandé con Conicyt	126
Ficha 3	Martínez con Lemus	127
Ficha 4	González con Tobar	129
Ficha 5	Pascual con Banco del Estado de Chile	130
Ficha 6	Carmona con Vargas	131
Ficha 7	Fuentes con Complejo Turístico Costa Barúa Ltda	132
Ficha 8	López con Instituto Nacional de Estadísticas	133
Ficha 9	Peña con Tamayo	135
Ficha 10	Majmud con Ministerio de Obras Publicas Dirección Gral de Mop	136
Ficha11	Ojeda con Mallat	138
Ficha12	Ojeda con Servicio de Cooperación Técnica- Sercotec.	139
Ficha13	Díaz con Armada de Chile	140
Ficha14	Cardemil con López de Maturana	143
Ficha15	Pérez con Sotomayor	145
Ficha16	Verbal con Servicio ce Registro Electoral de Chile	147
Ficha17	Munnier con Amarales	149

Segundo Período: desde abril del año 2015 hasta el 31 de julio del año 2017.

		Página
Ficha 1	Díaz Letelier Eugenia con Colegio Nuestra Señora del Huerto	151
Ficha 2	López con Su-Bus Chile S.A.	153
Ficha 3	Irma Antinao Deumacán con Peter Van Lankeren Braun y otros	156
Ficha 4	Giancaman con Municipalidad de Concepción	158
Ficha 5	Letelier con Amarales	159
Ficha 6	Soto con Línea de Microbuses	160
Ficha 7	González Romero Jaqueline con Araya	164
Ficha 8	Adasme con Banco Estado de Chile	165
Ficha 9	Moris con Centro Educacional Novo Mundo Limitada	167
Ficha 10	Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco	169
Ficha 11	Escalona con Colegio Pumahue Chicureo	173
Ficha 12	Díaz con Empresa de Pasajeros Metro S.A.	176
Ficha 13	Zepeda Castro Pablo de la Cruz con Gobierno Regional de Arica y Parinacota	177
Ficha 14	Valdebenito con Aránguiz	179
Ficha 15	Leal con Lan Airlines S.A.	181
Ficha 16	Contreras con Banco Itau Chile	184
Ficha 17	Laming con Sotomayor	187
Ficha 18	Rodríguez con Servicio Nacional de Turismo	188
Ficha 19	De Sousa Lima Nogueira con Colegio Internacional Sek-Chile	190
Ficha 20	Ñeguey con Carvajal	191

Ficha 21	Gutiérrez con Red de Televisión	193
Ficha 22	Valdebenito Varas Patricia Angélica con Schiappacasse Maturana Carlos Daniel	196
Ficha 23	Claro Con Asociación De Rodeo	198
Ficha 24	Poblete con Universidad Tecnológica de Chile Inacap	200
Ficha 25	Agurto con Cía. Ja Transportes Ltda.	201
Ficha 26	Covarrubias Con León	203
Ficha 27	Quinteros con Universidad Andres Bello	204
Ficha 28	Orellana con Soc. Comercializadora Cugat Ltda	206
Ficha 29	Luci con Municipalidad de Ñuñoa	207
Ficha 30	Sheila Marianella Sánchez Copaja con Ilustre Municipalidad de Arica	209
Ficha 31	Quintana con Universidad Finis Terrae	209
Ficha 32	Sandoval con Emp. Transp.de Pasaj. Metro S.A	210
Ficha 33	Ferroni con Colegio Patmos Limitada	211
Ficha 34	Núñez con Liceo Salesiano Manuel Arriarán Barros	211
Ficha 35	Ulloa con Terminal Pacífico Sur Valparaíso	212
Ficha 36	Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal	213
Ficha 37	Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada	213

1. Fichas Jurisprudenciales

1.1. Período: desde julio del año 2012 hasta marzo del año 2015

1.1.1. FICHA: Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 17314-2012

Fecha: 30 de julio de 2012

Tribunal: 3º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 5 de diciembre de 2012

Fallo: acoge acción

Resumen de caso:

Comparecen Pamela Zapata Pichinao, y doña Carla de la Fuente Vergara, quienes deducen acción de no discriminación arbitraria, en contra de la Sociedad Comercial Marín Limitada. Fundan su acción en que mantienen una relación sentimental y decidieron pasar una velada romántica en un motel. Optaron por el establecimiento Motel Marín 014. Al ingresar al recinto, son conducidas a un despacho aledaño, se les solicita esperar, para posteriormente informarles que no quedaban habitaciones disponibles. Finalmente, no se les permite acceso a una pieza.

Resolución “DÉCIMO NOVENO: Que, por consiguiente, y en virtud de todo lo señalado anteriormente, concluye esta magistrado que la acción discriminatoria ejecutada por la sociedad demandada, reviste el carácter de arbitraria, pues no nos encontramos en presencia de una “distinción, exclusión o restricción” razonable, fundada en el derecho que le reconoce al efecto el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, pues el permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad. Pensar de tal modo importaría avalar constantes actos de discriminación, consistentes, por ejemplo, que en un restaurante o en una sala de cine, no se permitiera el ingreso de parejas homosexuales, lo que repugna al principio de igualdad ante la ley y la necesaria tolerancia y aceptación que deben existir entre los seres humanos. A mayor abundamiento, la referencia hecha a los medios de comunicación social por parte del señor Mandujano, de que a algunos “pasajeros” les molestaría la presencia de parejas

homosexuales en el motel, de ser afectiva, no es más que el reflejo de las conductas que se busca evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación de la presente ley;"

Normativa: 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 3° letra c) de la Ley N° 19.496, sobre Protección al Consumidor, artículo 2° de la Ley N° 20.609

Juez: Soledad Araneda Undurraga

1.1.2. FICHA: Morandé con Conicyt

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 26206-2012

Fecha: 19 de noviembre de 2012

Tribunal: 15° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 18 de julio de 2013

Fallo: rechazo acción

Resumen de caso:

Comparece don Diego Morandé Montt, quien deduce acción de no discriminación en contra de Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica. Sostiene que, postuló al proceso de asignación de Becas de un magister. En el resultado del concurso público de asignación de Becas, su postulación fue declarada "fuera de bases", por no superar el examen formal de la postulación en razón de estar incurso en una de las excepciones a las bases concursales. Manifiesta que en la convicción que el programa de LLM o Magíster en Derecho al que fue aceptado en la Universidad de Berkeley, es de carácter general y no de aquellos precisamente excluidos por las Bases.

Resolución

“DUODECIMO: Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, es posible concluir que el acto que por esta vía se impugna, de modo alguno puede configurar una discriminación arbitraria, en los términos descritos en el artículo 2 de la ley 20.609.

En efecto, conforme a dicho precepto, la discriminación debe basarse en cierto criterio de distinción, exclusión, restricción o preferencia, criterios que

constituyen condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad, como son la raza o etnia, 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. Si bien dichas categorías no son excluyentes de otra, el actor no funda tal discriminación en ninguna de las categorías antes establecidas ni en otras.

Ha de destacarse que resulta un presupuesto insoslayable de la acción en estudio que la distinción, exclusión, restricción o preferencia hecha por una persona o institución se funde en alguna de las categorías que establece esta ley u otra.”

Normativa: Ley 20.609; Constitución Política de la República

Juez: Claudia Lazen Manzur

1.1.3. FICHA: Martínez con Lemus

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 1325-2012

Fecha: 28 de junio de 2013

Tribunal: 1º Juzgado de Letras de Coyhaique

Fecha fallo: 16 de octubre del año 2013

Fallo: rechaza acción.

Resumen de caso:

Comparece Marisol del Carmen Martínez Sánchez quien deduce acción de no discriminación arbitraria, en contra de Iván Danilo Lemus Soto, director del Servicio de Salud de Aysén. Fundamenta su acción en que, se le ofreció trabajo en el Servicio de Salud de Aysén para desempeñarse en el Hospital de Puerto Aysén. Se presentó a trabajar a dicho centro de salud asistencial, donde es atendida por el director, quien posteriormente le comunica su desvinculación. Afirma que su desvinculación, se debe a su ideología política, por cuanto hace pocos meses había dejado el cargo de alcaldesa de la misma ciudad.

Resolución

“NOVENO: Que en consecuencia, la razón esgrimida por la demandante, para no ser contratada para desempeñarse en el Hospital de Puerto Aysén, esto es, por su ideología política o partidista, y por ende ser discriminada por tal motivo, no ha logrado acreditarla, más bien, se encuentra acreditado en autos, que existió una razón de tipo presupuestario, la que era incluso preexistente con anterioridad a la data en que se presentó la demandante al Hospital de Puerto Aysén, a trabajar y motivada por un mal entendido, como ya se ha dicho, toda vez que, no se encuentra determinado en autos, la concurrencia de una oferta y aceptación de trabajo, como tampoco tratativas destinadas al efecto, entre las partes, tal como se expresó en el motivo quinto de este fallo...”

Normativa: 2 y 16 del artículo 19 de la Constitución Política; art. 2 de la Ley 20.609

Juez: DALIA DEL CARMEN ILLEZCA CARRASCO

FICHA APELACIÓN:

Rol: Civil – 149-2013

Fecha de ingreso: 14 de noviembre de 2013

Corte: C.A. de Coyahique

Fecha fallo: 26 de diciembre de 2013

Fallo: se confirma sentencia apelada.

Ministros: pronunciad por don Luis Daniel Sepúlveda Coronado, Sergio Fernando Mora Vallejos, Gerardo Basilio Rojas Donat.

1.1.4. FICHA: González con Tobar

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 896-2013

Fecha: 20 de agosto de 2013

Tribunal: 2º Juzgado De Letras De Talagante

Fecha fallo: 20 de diciembre de 2013

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece JUAN GONZÁLEZ CACERES, quien deduce acción de no discriminación arbitraria en contra de don ANDRES TOBAR RIQUELME en su calidad de Gerente General de COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO TALAGANTE LIMITADA. El denunciante, señala que, presentó su candidatura para las elecciones para el cargo de director Titular del consejo de administración de **COOCRETAL LTDA**, del año 2013. Junto a su candidatura presentó materialmente los antecedentes requeridos para tal postulación; salvo la documentación que acreditaba sus conocimientos del sistema cooperativo, debido a que dicha documentación, se encontraban materialmente en las oficinas de la Cooperativa. El actor, es electo, pero se objeta su candidatura por no presentar la documentación referida, notificándosele posteriormente que su candidatura no había sido admitida.

Resolución “DECIMO OCTAVO: Que del análisis de las peticiones formuladas por el actor en contraste con los alegatos formulados por la demandada en su informe, como asimismo de la amplia prueba documental acompañada en autos ya singularizada en los considerandos precedentes, es manifiesto el que no se produjo un acto de discriminación arbitraria por parte de la demandada, ello toda vez que, la cooperativa obró conforme a derecho y a lo que sus propios estatutos sociales mandaban realizar. Es precisamente que a fin de garantizar procesos transparentes ajustados a la legalidad imperante, los órganos de control interno actuaron conforme al marco legal, exigiendo a cada uno de los postulantes iguales e idénticos requisitos para postular a los cargos determinados.”

Normativa: 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado; Ley 20.60

Juez: GERARDO MENA EDWARDS

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil – 23-2014

Corte: C.A. de San Miguel

Fecha fallo: 13 de marzo de 2014

Fallo: se confirma sentencia apelada.

Ministros: Pronunciada por la Ministro señora María Teresa Letelier Ramírez, Fiscal Judicial señora Cecilia Venegas Vásquez y abogado integrante señor Manuel Hazbún Comandari.

1.1.5. FICHA: Pascual con Banco del Estado de Chile

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-29374-2012

Fecha: 28 de diciembre de 2012

Tribunal: 7º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 13 de enero de 2014

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso: comparece JORGE PASCUAL ROMERO, quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra del BANCO DEL ESTADO DE CHILE. Fundamenta su demanda en que, la institución le negó la posibilidad de sacar una tarjeta de crédito, fundamentando dicha decisión en que el denunciante tenía 84 años.

Resolución:

“SEPTIMO: En todo caso, asumiendo que la resolución del Banco del Estado debió consignar todas las razones que motivaron el rechazo de la tarjeta de crédito del Sr. Pascual, lo que le da apariencia de arbitraria, no se encuentra acreditado que ello pueda constituir perturbación, privación o amenaza en el ejercicio legítimo de las garantías que invoca el demandante.

Que si bien es cierto que el demandante ha sido discriminado por tener 84 años de edad al solicitar una tarjeta de crédito, no existe la arbitrariedad que éste le asigna al hecho, ya que

el Banco siguió el marco legal de las políticas bancarias de suyo objetivas, y no una voluntad gobernada por un mero capricho, razón por la cual la demanda no podrá prosperar.

Normativa: 1545 Código Civil, art. 19 N° 2 Constitución Política de la República; Ley 20.609.

Juez: Luis Fernández Espinoza

1.1.6. FICHA: Carmona con Vargas

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol:

Fecha: 25 de abril de 2013

Tribunal: 23° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 30 de enero de 2014

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece Ana María Carmona Arredondo, quien deduce acción de no discriminación arbitraria, en contra de doña Sandra Yasmín Vargas Sepúlveda, capitán de Carabineros. Sostiene que la Oficial de Carabineros de Chile, funcionaria pública y demandada, la discriminó arbitrariamente, al confeccionar y enviar un documento público en donde la discrimina abiertamente, en el cual impide el acceso a un lugar público por supuestas amenazas que no sustenta, más aún solicita instrucciones para evitar e impedir su ingreso a un lugar público de acuerdo a lo expuesto, discriminándola personal y profesionalmente en sus derechos

Resolución

“Décimo Cuarto: Que, los hechos anteriormente descritos, a juicio de este Tribunal, no logran configurar un acto de discriminación arbitraria en los términos franquados por la Ley 20.609.-, según lo considerado en el motivo 10°) precedente, toda vez que la conducta denunciada sólo responde a una solicitud de instrucciones por una Capitán de Carabineros a su superior jerárquico respecto de una situación determinada, que mal podría ser interpretada como una conducta que distinga, excluya o restrinja a la denunciante y que le cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental; más aun, cuando dicha solicitud de instrucciones no devengó en orden alguna que haya

impedido específicamente el ingreso de la letrada a la Unidad Policial, sino que se impartieron instrucciones de orden general que reguló el ingreso de todo particular que concurriese a la unidad.”

“Décimo Séptimo: Que, por consiguiente, y de todo lo que se ha expuesto en los considerandos precedentes, ha quedado claramente establecido que no se produjo en contra de la denunciante por parte de la requerida Sandra Vargas Sepúlveda, ninguna distinción, exclusión o restricción que no tuviere una justificación razonable, y que en consonancia con ello, tampoco se ha producido vulneración alguna de sus derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o los Tratados Internacionales vigentes ratificados por Chile.”

Normativa: artículo 19 N° 2, 3 incisos 2 y 3, y N° 14 de la Constitución Política de la Republica, Ley 20.209.

Juez: María Cecilia Morales Lacoste

1.1.7. FICHA: Fuentes con Complejo Turístico Costa Barúa Ltda

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 41-2013

Fecha: 10 de enero de 2013

Tribunal: Juzgado de Letras de Constitución

Fecha fallo: 23 de abril de 2014

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso:

Comparecen don JUAN ROBERTO FUENTES MUÑOZ y don DANIEL ALEJANDRO LASTRA LASTRA, quienes interponen demanda de no discriminación arbitraria, en contra de la Sociedad COMPLEJO TURISITICO COSTA BARUA LIMITADA. Ambos denunciantes, afirman ser transformistas. Que ingresaron a la discoteque “Costa Varúa”, una vez en el interior, fueron expulsados por los guarías debió a su orientación sexual identidad de género y apariencia personal. Señalan que, al momento de ser expulsados los dependientes del lugar, se mofaban de su apariencia personal.

Resolución

“Octavo: ...

Que en el caso en concreto, y de acuerdo a lo planteado por los actores, estos fueron discriminados al ser expulsados del local comercial denominado Discoteca Costa Varúa, por su apariencia personal, o específicamente, por su condición de transformistas, a pesar que cumplían con la exigencia mínima para estar en dicho local que era estar consumiendo bebidas alcohólicas.

Luego dichas circunstancias, recogidas por cierto en el auto de prueba dictado en su oportunidad a fojas 80 vuelta, no fueron acreditadas por los demandantes quienes tenían el peso de la prueba en este sentido; no existiendo prueba alguna que lleve a establecer por parte del Tribunal la certeza de un acto discriminatorio en los términos que se ha venido desarrollando, cuestión que como se dijo es la premisa básica a dilucidar en la sentencia como también lo reitera el artículo 12 de la citada Ley.”

Normativa: Ley 20.609

Juez: ANDREA DEL PILAR SUAZO QUIROZ

1.1.8. FICHA: López con Instituto Nacional de Estadísticas

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-7880-2013

Fecha: 13 de junio de 2013

Tribunal: 25º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 6 de mayo de 2014

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso:

Comparece DANIELA GIGLIOLA LOPEZ FOLLE, quien interpuso acción de no discriminación arbitraria, en procedimiento especial, en contra del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS. Funda su demanda, en que según sus dichos el INE, se habría puesto término a sus servicios de manera arbitraria por el hecho de encontrarse embarazada.

Resolución

“DECIMOTERCERO: Que, en definitiva, se concluye que no ha existido de la parte de la denunciada discriminación en contra de la denunciante e infracción al artículo 19 numerales 2 y 16 de la Constitución Política y a lo dispuesto en la ley 20.609 que regula la materia, por cuanto las condiciones establecidas en el contrato celebrado entre las partes no han sido controvertidas en juicio y la denunciante en el libelo de fojas 1 y siguientes, ha reconocido de manera expresa que su labor desempeñada en el programa VII EPF, concluyó en diciembre de 2012 y fue contratada para un proyecto distinto, a contar del 1 de febrero de 2013, por lo que no concurre el requisito de continuidad exigido en la cláusula decimotercera, para poder hacer uso de licencia médica y a la data de su contratación la denunciante debió estar en conocimiento de su estado de embarazo, de acuerdo al contenido de los antecedentes señalados en el documento que rola a fojas 11, que le permitieran negociar los términos pactados.”

Normativa: 19 N° 2 y 16 de la constitución Política de la república; 1° a 4° de la ley 20.609

Juez: DOÑA SUSANA RODRÍGUEZ MUÑOZ

FICHA APELACIÓN: Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil -3533-2014

Fecha de ingreso: 27 de mayo de 2014

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 7 de junio de 2014

Fallo: se revoca sentencia apelada.

Resolución:

“5° Que de esta manera se puede dar por acreditado que al momento del despido de la trabajadora la empleadora sabía que estaba embarazada, que este era de alto riesgo de acuerdo a sus propios dichos, y que su ausencia entorpecía la buena marcha del proyecto para el cual estaba contratada, por lo que era conveniente apartarla de este proyecto. Y no obstante que ello era la verdadera razón de su alejamiento, se le comunica solamente que se hace uso de una cláusula contractual que permite desvincularla sin expresión de causa.”

“6° Que lo anterior resulta ser un evidente acto de discriminación de parte del demandado contra la demandante, al ponerle término a su contrato de trabajo por el hecho de ser

portadora de un embarazo que ella misma califica de alto riesgo, pese a que la trabajadora, una vez recuperada de su malestar, se reincorpora a sus labores, respecto de las cuales según el dicho de los propios testigos de la demandada no se requiere hacer esfuerzo físico especial para realizarlo.

De esta manera se está haciendo una distinción arbitraria pues carece de justificación racional, para ponerle término a sus labores en razón a su estado de embarazo, con lo que se vulnera lo dispuesto en la ley 20.609.”

Ministros: Sexta Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones, presidida por la ministra doña Adelita Inés Ravanales Arriagada e integrada por la ministro doña Pilar Aguayo Pino y por el abogado don Jaime Bernardo Guerrero Pavéz.

1.1.9. FICHA: Peña con Tamayo

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-6332-2013

Fecha: 11 de diciembre de 2013

Tribunal: 1º Juzgado de Letras Civil de Antofagasta

Fecha fallo: 8 de mayo de 2014

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso:

Comparece Claudia Carolina Peña Peña, quien interpone demanda de no discriminación arbitraria en sede civil, de don Rafael Tamayo Quintero y de don Yeison Ayala Ramírez. En primer lugar, la denunciante, señala que es una persona transgénero femenina. Luego, relata que los hechos habrían ocurrido, encontrándose en el café Loft, junto con su secretaria, en circunstancias que los denunciados, dependientes del local se habrían burlado de ella, en razón de su orientación sexual y/o identidad de género.

Resolución

“NOVENO: Que de esta forma, no habiendo la parte demandante acreditado los hechos expuestos en el libelo de demanda y encontrándose éstos desvirtuados, en parte, por la prueba rendida al efecto por los demandados, específicamente en lo tocante a la fecha en que habrían sucedido estos hechos y a la participación en los mismos de los demandados,

no cabe sino rechazar la demanda intentada en autos, en todas sus partes, en la forma y términos que se dispondrá en resolutive.”

Normativa: principios de Yogyakarta, Constitución Política de la República, Ley 20.609

Juez: Pamela Ponce Valenzuela

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil -444-2014

Fecha de ingreso: 29 de mayo de 2014

Corte: C.A. de Antofagasta

Fecha fallo: 12 de junio de 2014

Fallo: se revoca sentencia apelada, en cuanto no condena en multa al denunciante.

Ministros: la Segunda Sala, integrada por los Ministros Titulares Sr. Oscar Clavería Guzmán, Sra. Virginia Soubllette Miranda y la Fiscal Judicial Sra. Myriam Urbina Perán.

1.1.10. FICHA: Majmud con Ministerio de Obras Publicas Dirección Gral de Mop

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-5451-2016

Fecha: 28 de octubre de 2013

Tribunal: 4º Juzgado de Letras Civil de Antofagasta

Fecha fallo: 30 de junio de 2014

Fallo: acoge acción

Resumen de caso:

Comparece Lizette Andrea Majmud Miranda, quien deduce acción de no discriminación en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas, representada por Rodolfo Gómez Acosta. Los hechos consisten en que, la demandante, se desarrollaba como educadora de párvulos, en el jardín “Los pollitos”, fue nombrada como directora del jardín. Posterior al nombramiento, la actora, toma su pre y post natal producto de su estado de

gravidez. Durante este lapso, se deja sin efecto su nombramiento sin expresión de causa. Posteriormente, retoma sus funciones como educadora de párvulos y no como directora.

Resolución

“DÉCIMO:... Ahora bien, esta desigualdad en el trato es evidente desde el primer y segundo concepto de igualdad, pero también se puede afirmar y con mayor gravedad aún, que se ha excluido a la actora de modo desigual, al desatender su condición de falta de equiparidad que ameritaba un trato desigual de partida, atendida su condición de mujer embarazada, la que de conformidad con el tercer concepto de igualdad, era procedente. Sin embargo, este punto se analizará con mayor detenimiento en cuanto al segundo requisito de procedencia de la presente acción, en el considerando siguiente.

Así las cosas, se ha producido una exclusión de la actora de su labor habitual de delegada de funciones de dirección del Jardín Infantil MOP II Región.”

Normativa: artículos 1.698; 144, 160, 161, 170, 346, y 426 del Código de Procedimiento Civil, Ley N°20.609, Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y sus recomendaciones; Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; Convenios de la OIT N°003, 103 y 183 Sobre la Protección a la Maternidad y sus recomendaciones, así como N°111 Sobre la Discriminación en el empleo y la ocupación.

Juez: Marjorie Valdebenito Fuentes

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil -824-2014

Fecha de ingreso: 21 de noviembre de 2013

Corte: C.A. de Antofagasta

Fecha fallo: 28 de julio de 2014

Fallo: se revoca sentencia apelada, en cuanto no condena en multa al denunciado.

Resolución:

“SEGUNDO: Que tratándose de una mujer embarazada, independientemente de las normas contenidas en los Tratados Internacionales o Convenios de OIT referidas a la demanda y en la sentencia, lo cierto es que en la legislación nacional las normas sobre protección a la maternidad son generales para toda trabajadora y aplicables de manera expresa a todos los servicios de la Administración Pública, semifiscales, autónomos, municipales y todos los servicios, establecimientos, cooperativas empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular perteneciente a una corporación de derecho público o privado, y así lo establece el artículo 194 del Código del Trabajo. Por lo tanto, cualesquiera sean las estipulaciones, naturaleza del cargo, calidad del mismo u otras situaciones que justifiquen el reemplazo de la función, el órgano público estaba obligado a conservar su puesto y función de trabajo, entendiéndose éste como una norma de protección que lleva implícitamente suprimir la discriminación por el estado de embarazo que constituye un aspecto biológico de la especie humana.”

Ministros: Primera Sala, constituida por el Ministro Titular Sr. Oscar Clavería Guzmán, Ministro Interino don Jaime Medina Jara y el abogado integrante don Carlos Ruíz-Tagle Vial

1.1.11. FICHA: Ojeda con Mallat

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C- 479-2014

Fecha: 04 de abril de 2014

Tribunal: 3º Juzgado de Letras de la Serena

Caratulado: OJEDA / MALLAT

Fecha fallo: 13 de noviembre de 2014

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso:

Comparece don Iván Hugo Ojeda Muñoz, jubilado por invalidez de un 73% mental, interponiendo demanda por discriminación en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Economía, Región de Coquimbo, por la negligencia en la creación de una SRL (Sociedad de Responsabilidad Limitada).

Resolución

“CUARTO: Que de los antecedentes reseñados y las pruebas aportadas por las partes, no es posible concluir que SERCOTEC o el Secretario Regional Ministerial de Economía haya incurrido en discriminación arbitraria respecto del actor, por lo que la acción deberá ser desechada.”

Normativa: art. 20.609

Juez: CECILIA ROJAS NOGEROL

1.1.12. FICHA: Ojeda con Servicio de Cooperación Técnica- Sercotec.

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-1303-2014

Fecha: 15 de abril de 2014

Tribunal: 2º Juzgado de Letras de la Serena

Fecha fallo: 24 de noviembre de 2014

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso:

Comparece don Iván Hugo Ojeda Muñoz, jubilado por invalidez de un 73% mental, interponiendo demanda por discriminación en contra de Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC) y CORFO. En contra de Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC), por la negligencia en la creación de una SRL (Sociedad de Responsabilidad Limitada). Dice que se siente discriminado por CORFO, ya que ellos contrataron una Empresa Externa para el Proyecto Emprendimiento Local (PEL), al cual él postuló y quedó fuera por no encontrarse en la ciudad, y exige que estas instituciones demuestren ante los Tribunales, si "Creas Construcción Ojeda Garay Limitada Jurídico" ha sido beneficiado con algún financiamiento, desde el año 1983 hasta el día de hoy.

Resolución

“**Decimocuarto:** ... Por lo tanto, se rechazará la demanda interpuesta por discriminación arbitraria en contra de la demandada CORFO, en mérito de lo expuesto en el artículo N°2 de la Ley 20.609 contra la discriminación, ya que no se observa en ninguno de los documentos

aportados por la partes, que CORFO haya discriminado en forma arbitraria a don Iván Ojeda, al haberle negado el programa PEL, basado en algún criterio de discapacidad por parte del postulante, y que por lo tanto, el motivo por el cual no se le incluyó, fue por no haber entregado los documentos necesarios en el tiempo requerido, lo cual es a juicio de este tribunal, un fundamento plausible y lógico que no se condice con lo que expresa el artículo 2 de la Ley 20.609.”

“**Decimosexto:** ... En efecto, la Ley 20.609 contra la discriminación, no tiene por objeto otorgar una indemnización de tipo pecuniario una vez comprobado el acto de discriminación en contra del denunciante, sino que, como se dijo, restablecer el imperio del derecho, es decir, acabar o hacer cesar el acto que provoca la discriminación, cuestión que tampoco podría efectuarse en este caso.”

Normativa: Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 144, 160, 162, 170, 254, 314, 341, 342 N°3, 384 N°2, 430 y 432 del Código de Procedimiento Civil, artículos 1545, 1689, 2314, 2320 y 2329 del Código Civil, ley 20.609.

Juez: Ghislaine Landerretche Sotomayor

1.1.13. FICHA: Díaz con Armada de Chile

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-1352-2014

Fecha: 29 de mayo de 2014

Tribunal: 2º Juzgado Civil de Valparaíso

Fecha fallo: 21 de diciembre de 2014

Fallo: acoge acción

Resumen de caso: comparece Charles Humberto Díaz Barra, quien deduce acción de no discriminación arbitraria, en contra de la Armada de Chile. Lugo de haberse incorporado a la institución, desde el año 2011 con fecha 28 de marzo de 2014, el Director General del Personal de la Armada, dispuso su retiro absoluto de la institución, basada en la declaración de la Comisión de Sanidad, que lo declaró como no apto para el servicio. Fundamento en la decisión en que presenta una discapacidad que es concordante con alexitimia o un cuadro de tendencia asperger.

Resolución

“DÉCIMO CUARTO: Que, de acuerdo a lo reflexionado en el considerando anterior, este sentenciador es de la opinión que la causal esgrimida en el ORD. N° 1600/0332/8039, de 28 de marzo de 2014, del Director General del Personal de la Armada, a saber, “salud incompatible con el servicio”, no se encuentra debidamente justificada, en virtud de los antecedentes que legalmente debían ser considerados. La Armada de Chile estaba facultada para hacer exámenes médicos al actor, tanto físicos como psicológicos, y, en caso de haberse detectado alguna causal legal para verificar su retiro, no habría cometido discriminación alguna. El problema es que, de conformidad al cúmulo de probanzas allegadas al proceso, fluye que la decisión de retiro del demandante no encuentra el debido sustento jurídico. El Director General del Personal de la Armada tenía la facultad para disponer el retiro del reclamante, pero ella no era discrecional, sino que tenía que fundarse en una causa legal efectiva.

Cabe hacer presente que este juez no cuestiona el mérito del examen practicado por la Comisión de Sanidad de la Armada, pues ello excede el objeto de esta acción. Por el contrario, aceptando el estudio practicado por doña Cecilia Soto Peña, Jefe del Servicio de Psiquiatría de la Armada de Chile, es que es posible advertir que no se declaró una enfermedad incurable ni se expresó una inutilidad contemplada en la ley. En este mismo orden de ideas, cuando el Director General del Personal de la Armada motivó la desvinculación del actor en causas relacionadas con su salud psíquica, sin que ello encontrase debido reflejo en los exámenes practicados, incurrió en un uso no razonable de sus facultades. Cuando las prerrogativas legales de una autoridad son llevadas a la práctica sin estar antecedidas por un procedimiento racional y justo, el resultado es la comisión de un acto arbitrario.”

Normativa: N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el artículo 1698 del Código Civil, la Ley N° 20.609, la letra a) del artículo 57 de la Ley 18.948, el artículo 234 del D.F.L. N° 1, de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

Juez: Luis Fernando García Díaz

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil -2476-2014

Fecha de ingreso: 23 de diciembre de 2014

Corte: C.A. de Valparaíso

Fecha fallo: 6 de marzo de 2015

Fallo: se revoca sentencia apelada y se rechaza en todas sus partes la demanda.

Resolución:

“**Sexto:** Que de lo obrado fluye, sin lugar a dudas, que para dictar la resolución que dispuso el retiro absoluto de la Armada del demandante, el Director de Personal de dicha institución tuvo en vista diversos antecedentes, que fueron el fundamento de la misma, que se tradujeron en los exámenes de salud, informes médicos psiquiátricos, certificados de salud, los que fueron debidamente ratificados en lo pertinente como se ha consignado en el apartado anterior, que explican los motivos o causas de la decisión adoptada, sin que pueda decirse que esta actuación se haya producido careciendo el emisor de una justificación razonable para hacerlo, sino que se puede concluir que la misma se basó en antecedentes más que plausibles para llegar a la conclusión que en definitiva se adoptó respecto del demandante, pudiendo estarse de acuerdo o no con sus fundamentos, pero no siendo la misma irreflexiva o infundada como se ha pretendido sostener por el actor.”

Ministros: Quinta Sala de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, integrada por los Ministros Sra. Rosa Aguirre Carvajal, Sr. Alejandro García Silva y Sra. María del Rosario Lavín Valdés.

FICHA RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA Y EN EL FONDO

Recurso: Recurso de Casación en la forma y en el fondo

Rol: civil- 4999 - 2016

Fecha de ingreso: 13 de abril de 2015

Corte: Corte Suprema

Fecha fallo: 21 de octubre de 2015

Fallo: se rechazan ambos recursos.

Resolución:

“9.- Que del examen del proceso aparece de manifiesto que la Armada de Chile para dictar la Resolución a la que se le atribuye por el actor el carácter de arbitraria e ilegal, tuvo facultades legales para ello y, además, se fundó en diversos antecedentes, tales como exámenes de salud, informes médicos psiquiátricos, certificados de salud los que fueron ratificados en lo pertinente, por aquellos que los elaboraron, que explican los motivos o causas de la decisión adoptada, no pudiendo, de esa forma, entonces, afirmarse que la Dirección del Personal de la Armada de Chile careciera de facultades ni de una justificación razonable para haber dictado la resolución impugnada, no pudiendo calificarse dicha actuación como irreflexiva o infundada como se ha pretendido sostener por el actor.”

Ministros: Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y los abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E. y Sr. Arturo Prado P.

1.1.14. FICHA: Cardemil con López de Maturana

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-7698-2014

Fecha: 30 de abril de 2014

Tribunal: 26° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 16 de diciembre del 2014

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso:

Comparecen Ivo Milenko Pavlovic, doña Natalia Vilches Soto, doña Constanza Escobedo Farfán, doña Catalina Denise Concha Suárez, doña Constanza Henríquez Achurra, doña María José Méndez Cáceres y doña María Gabriela Orellana Lazo, quienes interponen acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609 en contra de la Vicepresidenta Ejecutiva de La Junta Nacional de Jardines Infantiles (en adelante JUNJI) doña Gladys Desirée López de Maturana Luna. Fundan su pretensión en la terminación anticipada de las contrataciones de los actores, que consideran actos de discriminación arbitraria, por motivos ideológicos o de opinión política.

Resolución

SÉPTIMO: Que, en mérito de los antecedentes allegados al proceso, los hechos establecidos en los motivos anteriores y, apreciando la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, arriba el sentenciador a la conclusión que no se ha logrado acreditar por los actores que el ente administrativo para el cual prestaban servicios a contrata, hubiere incurrido en su decisión de ponerles término a sus servicios en una discriminación conforme a los presupuestos del artículo 2º de la Ley N° 20.609, sino que ha ejercido la facultad que la ley le otorga, lo que llevará en definitiva al rechazo de la demanda, en razón de no haber adquirido convicción respecto de la ocurrencia de una discriminación arbitraria en contra de los demandantes, en la categoría sospechosa de ideología u opinión política; no siendo, por este motivo, necesario realizar el examen de proporcionalidad respecto de los derechos fundamentales en contradicción.

Normativa: 1, 2, 3, 8, 9, 10 de la Ley 20.609; artículos 2, 3, 4, 10 y 11 de la Ley 18.834; artículo 45 de la Ley 18.545 y Ley 19.880

Juez: HUMBERTO PROVOSTE BACHMANN

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil -2466-2015

Fecha de ingreso: 6 de marzo de 2015

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 6 de agosto de 2015

Fallo: Confirma

Ministros: Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Marisol Rojas Moya e integrada por la Ministro (S) señora Ana Cienfuegos Barros y por el Ministro (S) señor Tomás Gray Gariazzo.

FICHA RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

Recurso: Recurso de Casación en el fondo

Rol: civil- 18453-2015

Fecha de ingreso: 13 de octubre de 2015

Corte: Corte Suprema

Caratulado: CARDEMIL CON LÓPEZ DE MATURANA

Fecha fallo: 2 de marzo de 2016

Fallo: se rechaza

Ministros: Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., y Sra. María Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E., y Sr. Jorge Lagos G.

1.1.15. FICHA: Pérez con Sotomayor

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-10794-2014

Fecha: 05 de junio de 2014

Tribunal: 7º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 9 de enero de 2015

Fallo: acoge

Resumen de caso:

Juan Francisco Pérez Rocco, deduce acción de no discriminación arbitraria en contra del Director Nacional de Indap, don Octavio Sotomayor Echenique. Sostiene en su demanda, que fue desvinculado del Instituto de Desarrollo Agropecuario, Indap, por un acto administrativo arbitrario. Señala que dicha desvinculación fue motivada por su ideología política, pues como motivo de la desvinculación se le informó que se debía al cambio de gobierno.

Resolución:

“ Décimo noveno: Que, la circunstancia antes anotada, además, de contrariar, la exigencia que expresamente contempla la Ley N° 19.880, en su artículo 11, inciso 2º, en cuanto a la necesidad ineludible de fundamentación, el acto impugnado por esta vía no aparece debidamente motivado y razonado, lo que lo hace arbitrario. Además, dicha falta de “justificación razonable”, por la administración, a que se refiere la figura prescrita por el artículo 2º de la Ley en comento, ha quedado debidamente acreditada en autos, con el

mérito de las probanzas allegadas al proceso y emana por lo demás, del propio reconocimiento que en el juicio hace la autoridad que representa a la demandada. En efecto, se encuentra asentado que no se invocaron, ni demostraron, ni aún esta sede, hechos o razones, que justificaran la necesidad expresada, basada en calidades funcionarias o técnicas desde la perspectiva de los requerimientos del servicio, máxime cuando el cargo por el actor, pasó a serlo por otra persona, excluyéndoselo únicamente, no obstante, su excelente rendimiento y calificación, del “nuevo equipo” del Director Regional. Tal proceder no satisface las exigencias de razonabilidad y fundamentación que la ley requiere, conforme a la sanción que se establece en el citado texto legal y demás, que regulan el actuar de la Administración y, aun cuando pueda conforme a la amplitud que otorga a esta sentenciadora la forma de apreciación que rige en la materia, presumirse que la desvinculación, pudo deberse a motivos de índole políticos, constituyendo, así una discriminación arbitraria, (de acuerdo a los dichos de los testigos y a la falta de explicación de la autoridad de su proceder), lo cierto es que la hipótesis, invocada por el actor se encuentra plenamente configurada, por la carencia de justificación razonable, que rigió en el caso concreto la terminación de la contrata del actor, que ha quedado evidenciada.”

Normativa: la Ley N° 19.880, en su artículo 11, inciso 2°; art. 19 N° 1, 2, 24 Constitución Política de la República; ey 20.609

Juez: Carolina Brenji Zunino

FICHA APELACIÓN

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil -5572-2015

Fecha de ingreso: 05 de junio de 2015

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 13 de octubre de 2015

Fallo: Confirma

Ministros: Tercera Sala de esta Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez, conformada por la Ministra señora Gloria Solís Romero y la Abogada Integrante señora María Cecilia Ramírez Guzmán.

Recurso de casación: se desiste de recurso.

1.1.16. FICHA Verbal con Servicio de Registro Electoral de Chile

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-10796-2013

Fecha: 10 de agosto de 2013

Tribunal: 2º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 27 de febrero de 2015

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso:

Comparece GONZALO VERBAL STOCKMEYER, quien deduce acción de no discriminación arbitraria, en contra del SERVICIO DE REGISTRO ELECTORAL (en adelante SERVEL).

Señala ser una transgénero femenino, conocida con el nombre de Valentina Verbal, quien, con fecha 1º de mayo de 2013, inscribió ante el SERVEL su candidatura a diputada para las primarias del partido Renovación Nacional. Funda su demanda en que SERVEL, no respetó su nombre social, para inscribir su candidatura.

Resolución

“DECIMO CUARTO: Que, de acuerdo a lo que se ha señalado, para que la solicitud de la actora de ser incorporada en las papeletas con su nombre, a ese entonces social, hubiese sido constitutivo de discriminación arbitraria, era menester que tal decisión fuere carente de sentido, y fruto del mero capricho, sin embargo, tal como se desprende de los propios dichos de la actora, y de la prueba que se ha incorporado a estos autos, así como de las normativas legales que regulan nuestro sistema de Registro Electoral, Votaciones Populares y Registro Electoral, como candidato fue registrado con el nombre con el que fue inscrito, de acuerdo a la ley, y la papeleta electoral fue reflejo de esta circunstancia, tal como se estableció de acuerdo a los documentos que acompañó la propia demandante, tales como: Declaración de Candidatura, Designación y Aceptación de Cargo de Administrador Electoral, Declaración Jurada, y Licencia de Enseñanza Media; en los cuales se consigna el nombre de Gonzalo Edgardo Verbal Stockmeyer, tal como consta en su certificado de nacimiento y rubricados por él mismo.

Normativa: Ley, 18.700, Ley 20.609, art. 1.1, art. 19 N°2. Constitución Política de la República Convención Americana sobre Derechos Humanos; Principios de Yogyakarta

Juez: INELIE DURAN MADINA

FICHA APELACIÓN

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil -4266-2015

Fecha de ingreso: 28 de abril de 2015

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 03 de junio de 2015

Fallo: Confirma sentencia apelada

Resolución:

“QUINTO: Refuerza lo que se ha venido sosteniendo que, para estimarse una determinada conducta como signo de discriminación arbitraria, aquella debe carecer de una justificación razonable, como lo exige el artículo 2° de la Ley 20.609, lo que no se condice con la actitud desplegada por el Servicio Electoral, como se ha razonado en forma precedente, unido a que, conforme al artículo 18 de la Ley 20.609, sus preceptos no pueden ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17, que se refieren al Estatuto Administrativo, al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y al Código Penal.”

Ministros: Tercera Sala de esta Il. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez, conformada por la Ministra señora Gloria Solís Romero y la Abogada Integrante señora María Cecilia Ramírez Guzmán.

Recurso de casación: se desiste de recurso.

1.1.17. FICHA: Munnier con Amarales

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-10146-2014

Fecha: 28 de mayo de 2014

Tribunal: 4º Juzgado Civil de Santiago

Caratulado: MUNNIER / AMARALES

Fecha fallo: 30 de marzo de 2015

Fallo: rechaza sentencia

Resumen de caso:

Comparece MARÍA ESTER MUNNIER SOTO, quien deduce acción de no discriminación arbitraria en contra de doña LIDIA AMARALES OSORIO, Directora Nacional Interina de SENDA, y en contra del órgano que representa, esto es, el SERVICIO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y REHABILITACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS Y ALCOHOL. Señala que el acto por el cual se le puso término a su contrato es un acto de discriminación arbitraria. Manifiesta que a los pocos días de haber asumido el Gobierno encabezado por la presidenta Michelle Bachelet, fue víctima de una desvinculación arbitraria y cuya razón únicamente obedece a su afiliación política.

Resolución

“DECIMO CUARTO: Que, sin perjuicio de coincidir la petición de renuncia voluntaria a la demandante, con el cambio de Gobierno en el mes de marzo de 2014, lo cierto es que la ley y el Estado chileno, ha establecido un mecanismo subjetivo para proceder a la remoción de los funcionarios de exclusiva confianza del Presidente de la República, fundado en la existencia, falta o pérdida de la confianza en él, para la cual no ha exigido mayores requisitos que los que contempla la ley, existiendo inclusive un plazo fatal para dicho funcionario en orden a presentar su renuncia, por lo demás el propio sistema jurídico ha contemplado un sistema indemnizatorio para aquellos casos en que se pone término al nombramiento antes de expirar su plazo, lo que, conforme a los hechos vertidos por las partes de este juicio, ha ocurrido, sin mayores dificultades.

Como es posible observar, en el caso de autos, la parte denunciada procedió a ejercer sus prerrogativas y facultades conforme a la ley, por lo cual, no se vislumbran antecedentes que permitan sostener que la petición de renuncia hecha a la demandante adolece de algún reproche que la haga discriminatoria, más por el contrario parece estar ajustada a derecho.”

Normativa: Ley 19.882, 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley 20.609; artículo 1° y 19 N° 2, N° 16 inciso 3° de la Constitución Política de la República; artículo 1.1, 24, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Juez: CRISTIAN SEURA GUTIÉRREZ

1.2. Segundo Período: desde abril del año 2015 hasta el 31 de julio del año 2017

1.2.1. FICHA: Diaz Letelier Eugenia con Colegio Nuestra Señora del Huerto

Materia: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-2002-2014

Fecha: 06 octubre de 2014

Tribunal: 2° Juzgado de Letras de Quillota

Fecha fallo: 24 de abril de 2015

Fallo: acoge la acción

Resumen de caso: comparece Eugenia Edith Diaz Letelier, en representación de su hijo menor de edad José Antonio Quiñonez Diaz, en contra del Colegio Nuestra Señora del Huerto. El hijo de la demandante, don José Antonio Quiñonez Diaz, fue diagnosticado con trastorno por déficit atencional y sometido a tratamiento psicológico, psiquiátrico y farmacológico. El menor ingresa al establecimiento educacional Colegio Nuestra Señora del Huerto, en el año 2013. Presenta problemas de calificaciones y de conducta, razón por la que se le informa a la apoderada que se le renovarían la matrícula pero que el menor quedaba afecto a "Matrícula condicional extrema", la que posteriormente fue revocada. Durante el año 2014, se acordó con el colegio que el menor, en virtud de su diagnóstico, estaría afecto a un sistema de evaluación diferencial. Durante el transcurso del año 2014, José Antonio Quiñonez Diaz, fue sometido a diversas formas de hostigamiento por parte de algunos profesores. Producto de esta situación el afectado es diagnosticado stress severo con el demandante y es retirado del Colegio.

Resolución:

"DÉCIMO QUINTO. Que, a la luz de la disposición transcrita precedentemente, resulta que la condicionalidad extrema determinada por el Colegio Nuestra Señora del Huerto, para el segundo año medio 2014, contraviene el artículo 4° e implica una discriminación en perjuicio del alumno José Antonio Quiñones, en cuanto conociendo el establecimiento que padece de déficit atencional, condiciona su permanencia en el mismo, a la adaptación del alumno, entre otras, en rendimiento, lo que se contrapone a lo expresamente informado por su médico tratante, en cuanto requiere de una evaluación diferenciada y es, como más arriba se ha señalado, en el documento de condicionalidad en donde se deja expresamente estipulado en

su parte final, que no se aceptan evaluaciones diferenciadas a alumnos condicionales, cual es el caso en que se encontraba el menor. Tampoco prueba la demandada, que efectivamente como lo sostiene efectuó evaluaciones diferenciadas al discípulo, situación que se mantuvo en el tiempo mientras éste permaneció en el establecimiento; siendo el conjunto de actos desplegados por la demandada, los que a juicio de esta sentenciadora constituyen actos de discriminación, de lo que resulta que ellos aún a la fecha de interposición de la demanda y traba de la litis, se estaban dando, de manera tal que, teniendo en vista que la demanda fue interpuesta el día 06 de octubre de 2014 y notificada el 17 de octubre de 2014, la acción se dedujo, en los términos del artículo 5° de la Ley N°20.609, dentro de plazo y procede negar lugar a la excepción de caducidad.

Que así las cosas, luego de efectuar un examen de la prueba rendida conforme a las normas de la sana crítica, es posible determinar que la demandada Colegio Nuestra Señora del Huerto de Quillota ejecutó actos de discriminación arbitraria en contra del alumno José Antonio Quiñones Díaz, mientras éste permaneció en el establecimiento educacional, por lo que procede hacer lugar a la acción deducida, en los términos que se señalarán en lo resolutivo de esta sentencia.”

Normativa: art. 19 N°4, 6, 10, 11, 12, 15, 16, 21 de Constitución Política de la República; art. 4 del decreto exento del Ministerio de Educación 112.

Juez/a: Patricia Zavala Astudillo

FICHA APELACIÓN

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil 1002-2015

Fecha: 18 de mayo de 2015

Corte: C.A. de Valparaíso

Fecha fallo: 9 de julio de 2015

Fallo: revoca sentencia definitiva.

Resolución:

“Quinto: Que si bien es cierto que el antedicho documento contraviene lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto Exento N° 112, de 1999, del Ministerio de Educación, toda vez que

obra en conocimiento del señalado colegio que José Antonio Quiñones Díaz tiene necesidades educativas especiales, también lo es que no puede ser considerado para fundar la existencia de un acto discriminatorio que permita acoger la acción de no discriminación que se ha interpuesto, dado que tal instrumento, que fue firmado por la apoderada del mencionado joven, es de fecha anterior al 5 de julio de 2014, concretamente, de 26 de diciembre de 2013. Respecto de dicho documento, la acción interpuesta ha caducado.”

Sexto: Que de la prueba rendida en autos no se desprende con claridad que, con posterioridad al 5 de julio de 2014, se hayan practicado al individualizado joven evaluaciones no diferenciadas. Más aún, el documento titulado “Evaluaciones diferenciadas 2014”, que fue acompañado por la parte denunciada y que rola a fojas 63, contiene un listado de alumnos del Colegio Nuestra Señora del Huerto con necesidades educativas especiales, entre quienes se menciona a José Antonio Quiñones Díaz, para quien se prevé, bajo los códigos 2 y 4, dos modalidades de evaluación diferenciada: aplicación de pruebas sólo en forma oral y otorgamiento de $\frac{1}{4}$ de tiempo más que al resto del grupo curso. El cuestionamiento técnico que a tales modalidades efectúan los testigos Francisco Viveros Sanguinetti, a fojas 178, y Carolina Carvacho Muñoz, a fojas 186, no es suficiente para concluir que haya habido un acto discriminatorio.”

Ministros: Quinta Sala. Sr. Alejandro García Silva, Sra. María del Rosario Lavín Valdés, Abogado integrante Sr. Guillermo Oliver Calderón.

1.2.2. FICHA: López con Su-Bus Chile S.A.

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-1975-2014

Fecha: 02 de julio de 2014

Tribunal: 2° Juzgado de Letras de San Bernardo

Caratulado: López con Su-Bus Chile S.A.

Fecha fallo: 27 de abril de 2015

Fallo: se acoge la acción.

Resumen de caso: comparece doña JACQUELINE LÓPEZ MARTÍNEZ contra empresa SU BUS S.A, en razón de haber ejercido esta última actos discriminatorios en su contra.La

demandante, señala que utiliza una silla de ruedas para sus desplazamientos. Sin embargo, los conductores de los buses del recorrido 228 del Transantiago, correspondiente a la empresa Subus Chile, de forma reiterada se niegan a llevarla por ser una persona con discapacidad, que necesita de una silla de ruedas para su desplazamiento.

Resolución:

“DECIMO QUINTO.- Que, resulta menester analizar ahora si la conducta de la demandada puede considerarse razonable, en conformidad a lo establecido por el inciso final del artículo 2 de la Ley N° 20.609, que dispone: “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”. Al efecto, es necesario destacar que la prueba testimonial rendida por la demandada, no logra establecer algún elemento que justifique de manera razonable los hechos denunciados, ni desvirtúa el carácter discriminatorio de los mismo, por consiguiente, no cabe más que desestimar el mérito del informe de la demandada, en cuanto niega haber incurrido en una acción de discriminación, debiendo agregarse que en el caso en análisis los hechos acreditados en autos configuran además infracciones a la ley 18.290 que regula las normas de tránsito, en especial su título VI artículos 84 y siguientes.·

Normativa: art. 1 y 19 N°2 , 7 y 21 de la Constitución Política de la República; art.1, 3, 5, 6 y 9 de Ley 20.422, Establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de Naciones Unidas; Convención Americana de los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de Naciones Unidas; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas; la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas; y Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Juez: Jacqueline Dunlop Echavarria

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil 1022-2015

Fecha de ingreso: 09 de junio de 2015

Corte: C.A. de San Miguel

Caratulado: "LOPEZ MARTINEZ JACQUELINE CON SU-BUS CHILE S.A."

Fecha fallo: 5 de agosto de dos mil quince

Fallo: confirma sentencia apelada

Resolución:

"5° Que, en consecuencia, probado está que los conductores de la línea 228 de la empresa SUBUS S.A., en algunas ocasiones no se detienen al ser solicitado el traslado por la denunciante, que en ocasiones rehúsan llevarla y que en una oportunidad el chofer no se detuvo en el lugar que correspondía para usar correctamente el dispositivo de bajada de la silla de ruedas y que, además, le increpó por su condición de discapacitada. Tales actos no fueron desestimados por la denunciada y entonces sólo resta concluir que no pueden ser comprendidos como razonables, sino que de contrario, aparecen arbitrarios, desprovistos de todo motivo legítimo y justificado, existiendo antecedentes que ello obedece sólo a la condición de discapacitada de la usuaria y, por ende, corresponden a un acto arbitrario de los que se definen en el artículo 2° de la Ley 20.609 y en la letra a) del artículo 6 de la Ley 20.422."

Ministros: Pronunciada por la Segunda Sala, ministros señor Roberto Contreras Olivares, señora Carolina Vásquez Acevedo y la Abogado Integrante señora Gabriela Huarcaya Bode.

1.2.3. FICHA: Irma Antinao Deumacán con Peter Van Lankeren Braun y otros

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-517-2014

Fecha: 15 de septiembre de 2014

Tribunal: Juzgado de Letras de Lautaro

Caratulado: ANTINAO / LANKEREN

Fecha fallo: 25 de mayo de 2015

Resolución: rechaza acción

Resumen de caso: comparece doña Irma Antinao Deumacán, quien interpone demanda por acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609 en contra de don Peter Van Lankeren Braun; Maximino Germán Berrade Lagos; Claudia Alejandra Cuevas Sepúlveda; Maritza Carola Cid Castro; Macarena Del Carmen Provoste Inostroza y Ana Carolina Urrutia Olivares. Señala que, ha sido lesionada en sus derechos por discriminación arbitraria por ser de la etnia mapuche. Demandante, prestó servicio como Guardia de Seguridad en Supermercado Unimarc. Señala que por hacer bien su trabajo se ganó la antipatía y el desprecio de cinco personas trabajadores del local en cuestión. Todos los cuales infringieron el reglamento interno de orden higiene y seguridad, efectuando constantemente malos tratos, burlas y discriminación hacia ella.

Resolución:

“SEPTIMO: Que, en cuanto a la existencia del hecho que motiva la denuncia, cabe hacer presente que si bien se señalan muchos hechos de contexto, no se señala la época en que acaecieron ni los narra circunstanciadamente ... No señala que le decían, ni cuando se lo decían ni como la ofendían.”

“OCTAVO: ... Contextualizando los hechos al tenor de las pruebas rendidas, se acredita que producto del control que ejercía la denunciante en las funciones de las trabajadoras denunciadas antes señaladas, lo que consta en documento de fojas 24 y 25, y en la propia denuncia en punto 3, se generó un conflicto en la fuente laboral entre ellas, requiriendo las trabajadoras a través de su sindicato una solicitud de cambio de la Guardia de Seguridad, como lo reconocen a fojas 41 vuelta los denunciados Peter Van Lankeren y Maximino

Berrade, quienes manifiestan “recibió una solicitud de cambio con relación a la denunciante, solicitud levantada por Parte del sindicato del local comercial (Supermercado Unimarc de Lautaro), la cual derivó al gerente de Tienda para canalizarla por los conductos regulares con el empleador de la denunciante”, siendo en definitiva desvinculada la denunciante por su empleadora la empresa contratista G4S Regiones S.A. con fecha 13 de julio de 2014, como consta a fojas 78, en Acta de Conciliación ante el Juzgado de Letras del Trabajo...”

Normativa: art. 1, 5, 19 N°3,16 de la Constitución Política de la República; Observación General N°18 de 11 de septiembre de 1989, sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Juez: Ronny Lara Camus

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 731 - 2015

Fecha de ingreso: 15 de junio de 2015

Corte: C.A. de Temuco

Fecha fallo: 6 de octubre de dos mil quince.

Fallo: Se confirma la sentencia definitiva apelada **Ministros:** Pronunciada por la Segunda Sala, presidenta Ministra Sra. Cecilia Aravena López, Ministro (S) Sr. Carlos Gutiérrez Zavala y abogado integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger.

1.2.4. FICHA: Giancaman con Municipalidad de Concepción

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-407-2015

Fecha: 20 de enero de 2015

Tribunal: 3° Juzgado Civil de Concepción

Fecha fallo: 13 de julio de 2015

Fallo: se rechaza acción.

Resumen: comparece representado Ahmed Giacaman Monsalve en contra de la Ilustre Municipalidad de Concepción, con el objeto que se declare que el acto por el cual se ha puesto término a la relación laboral es un acto discriminatorio arbitrariamente. Funcionario municipal, señala que el actuar de la Municipalidad de desvincularlo de la institución, bajo la causal legal de salud incompatible con el cargo constituye una discriminación arbitraria.

Resolución:

“10°.-... Sin embargo, no cuidó expresar el motivo de la supuesta discriminación, tal como será por ejemplo, la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad del actor. Enumeración que si bien no es taxativa, está orientada a ciertas condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad, erigiéndose como los factores que determinan un trato discriminatorio.

En consecuencia, no bastaba la descripción de un hecho, en la especie una exclusión, sino que se requería además explicitar las razones de esa conducta. Al no recurrir con esas precauciones, deja a este sentenciador en la imposibilidad de poder determinar si el hecho denunciado tiene o no motivación discriminatoria. En efecto, a diferencia de lo que acontece en el Recurso de Protección, donde incluso el Tribunal está facultado para determinar el correcto derecho fundamental conculcado a la luz de los hechos denunciados por el recurrente, en el procedimiento de la acción de no discriminación arbitraria se contempla el trámite de recepción de la causa a prueba, donde los hechos sustanciales pertinentes y controvertidos y la prueba que en su mérito se ofrezca debe serlo en relación a la denuncia,

y si esta no especifica el motivo de la discriminación no habrá posibilidad de acreditar ni explicar las razones de la conducta.”

“11.-° Que, aun cuando pudiere soslayarse lo antes razonado, igualmente la acción intentada habrá de ser desestimada, toda vez que la decisión alcaldicia de declarar la vacancia del cargo del demandante se enmarca dentro de con conjunto de disposiciones legales que admiten tal posibilidad...”

Normativa: Ley 18.883, Aprueba el estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Artículo 19 N°9 del Constitución Política del Estado y el artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos y Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Ley 19.070, que Aprueba Estatuto de los Profesionales de la Educación.

Juez: Carlos Alejandro Hidalgo Muñoz

FICHA APELACIÓN: Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil-1499-2015

Fecha de ingreso: 20 de enero de 2015

Corte: C.A. de Concepción

Rol primera instancia: C-407-201

Fallo: confirma sentencia apelada

Ministros: pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por el Ministro señor Jaime Solís Pino, el Fiscal Judicial señor Hernán Rodríguez Cuevas y el Abogado Integrante señor Waldo Ortega Jarpa.

1.2.5. FICHA: Letelier con Amarales

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-10527-2014

Fecha: 3 de junio de 2014

Tribunal: 10° Juzgado Civil de Santiago

Caratulado: “Letelier con Amarales”

Fecha fallo: 19 de agosto de 2015

Fallo: rechaza acción.

Resumen de caso: comparece representada doña María Paulina Baudent Donoso, doña Carolina Bustos Torres y de don Luis Serey Provoste, en contra de la Directora del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), doña a Lidia Magdalena Amarales Osorio. Fundan su acción en que ingresaron al Servicio bajo la administración del ex -presidente de la República, don Sebastián Piñera Echeñique, desempeñándose las denunciadas en calidad de asesoras del área de gestión territorial y el denunciante como jefe de la misma, obteniendo elevadas calificaciones en el despliegue de sus funciones. Exponen que pese a ello, con fecha 20 de marzo de 2014 se les comunicó su desvinculación del Servicio, decisión cuya única motivación no es más que política y que en nada se relaciona con su desempeño profesional.

Resolución

“DÉCIMO CUARTO: ... Entonces, dicho de ese modo y conforme a las normas contenidas en el Estatuto Administrativo que regulan la materia que se trae a colación, y que por cierto, no ha quedado exento de modificaciones, según se lee de sus artículos 84 letra l) y 125 letra b), dada la dictación de la Ley 20.609, aparece que la autoridad administrativa denunciada contaba con la facultad para poner término anticipado a los servicios a contrata prestados por los denunciados; servicios, que como se adelantó, tienen por principal característica, la precariedad en cuanto a su duración, sujeta a las necesidades del Servicio, lo que importa concluir que la entidad empleadora no ha hecho otra cosa que hacer uso de la facultad que la ley le autoriza.

Al respecto, ha de agregarse que la denunciada acorde con la motivación que la Ley 19.880 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, exige de las resoluciones que emanan de la autoridad administrativa, explicita las razones por las cuales los servicios de los denunciantes no son necesarios, desde que el perfil profesional de aquellos, no se ajusta a los lineamientos definidos para el área en la cual desempeñaban sus funciones, a fin de evitar un viso de arbitrariedad subyacente a la decisión.

Por otro lado, aun cuando los denunciantes afirman que la decisión de la autoridad administrativa, obedece a razones políticas, no es menos cierto que aquello no resultó probado conforme al mérito del proceso.”

Normativa: Ley 18.545, el que encomienda al Estatuto Administrativo del Personal de los Organismos Públicos; Convención Americana de los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de Naciones Unidas; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas; la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas.

Juez: Romina Oliva Gutierrez.

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva.

Rol: Civil - 9957 - 2015

Fecha de ingreso: 22 de septiembre de 2015

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 5 de noviembre de dos mil quince

Fallo: se confirma sentencia apelada

Ministros: Pronunciada por la Octava Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, Presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra (S) señora María Cecilia González Díez y el Abogado Integrante señor Osvaldo Valeri García Rojas.

1.2.6. FICHA: Soto con Línea de Microbuses

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-1509-2015

Fecha: 16 de abril de 2015

Tribunal: 1° Juzgado Civil de Valdivia

Caratulado: “Soto con Línea de Microbuses”

Fecha fallo: 21 de agosto de 2015

Fallo: rechaza acción

Resumen de caso: comparece Herminda Teresa Soto Soto, quien deduce de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20.609 acción de no discriminación arbitraria en contra de la LINEA DE MICROBUSES N 4 DE VALDIVIA. Señala que su hija Susana Danay Alvarado Soto, se encuentra afectada por problemas mentales intelectuales, específicamente del tipo déficit mental de carácter moderado. Sostiene que con fecha 28 de enero de 2015, su hija, fue agredida por el chofer de la línea de buses denunciada, Patricio Alfonso Joffré Rojas, resultando con lesiones de carácter leve.

Resolución:

“SEXTO: Que, a mayor abundamiento, la prueba rendida en autos resulta insuficiente para tener por acreditado el hecho fundante de la acción, pues la copia simple de la sentencia de fojas 80 da cuenta que las agresiones que don Patricio Alfonso Joffre Rojas habría provocado en Susana Danay Alvarado Soto y en Cristian Alejandro Ñancuz García, habría tenido su origen en una discusión por el no pago de pasajes de los agredidos y/o no respetar el pase escolar por parte de Patricio Joffre Rojas, ambas circunstancias a las que con los medios de prueba aportados por la denunciante, no resulta posible atribuirle alguna conducta discriminatoria de las señaladas en el artículo 2 de la referida Ley 20.609.”

“OCTAVO: Que, las demás alegaciones y prueba rendida en autos en nada altera o modifica lo resuelto precedentemente. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1698 del Código Civil artículos; 144, 170, 342, 358, y 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y artículos pertinentes de la Ley 20.609; SE DECLARA: Que, NO SE HACE LUGAR, a la acción de no discriminación arbitraria deducida doña Herminda Teresa Soto Soto, en contra de la Línea de Microbuses N 4 de Valdivia, representada por don Luis Jaramillo Zamora, por carecer de legitimación pasiva la demandada y por no haberse acreditado los fundamentos de la acción. Que, cada parte se hará cargo de sus propias costas”

Normativa: Ley 20.609

Juez: Gloria Hidalgo Alvarez.

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación

Rol: Civil - 1280 - 2015

Fecha de ingreso: 06 de octubre de 2015

Corte: C.A. de Valdivia

Fecha fallo: 26 de octubre de dos mil quince.

Fallo: se confirma sentencia apelada

Resolución:

“QUINTO: Que, por otra parte, la calidad de propietario del bus que conducía el chofer a que se ha hecho referencia, corresponde a don Luis Ademar Jaramillo Zamora, quien en la prueba confesional a fojas 47, reconoció ser el dueño del microbús placa patente VX-1539/2015 y que sabe que la denunciante y su hija viven cerca del terminal de la Línea de microbuses, como único medio de transporte para salir de su domicilio, y señaló, asimismo, que sabe que los estudiantes de educación diferencial gozan del beneficio del pase escolar. Asimismo, se rindió la prueba testifical de don Felipe Ignacio Salazar Jiménez de fojas 44 y de don Manuel Leonardo Ñancuz Campos, de fojas 45, quienes señalan que deben esperar locomoción entre una o dos horas; y que la demandante y su hija habrían recibido malos tratos, sin precisar en qué consistieron ni tampoco indica una fecha concreta. Ni menos, que la hija haya sido discriminada por razón de su discapacidad intelectual.”

“SEXTO: Que, de acuerdo al párrafo primero del artículo 1698 del Código Civil, incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquéllas o ésta.”

“SÉPTIMO: Que de lo señalado en los fundamentos anteriores, se puede concluir que no se acreditó los fundamentos de la acción, ni menos que la empresa demandada hubiere incurrido en algún acto discriminatorio en contra de la hija de la demandante en razón de su discapacidad.”

Ministros: Pronunciada por la PRIMERA SALA, integrada por el Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras, Ministro Sr. Darío Ildemaro Carretta Navea, Ministro Sr. Marcelo Vásquez Fernández.

1.2.7. FICHA: González Romero Jaqueline con Araya

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-1959-2015

Fecha: 28 de mayo del año 2015

Tribunal: 3° Juzgado de Letras de la Serena

Fecha fallo: 13 de octubre de 2015

Fallo: rechaza denuncia

Resumen de caso: comparece Jaqueline de la Luz González Romero en contra de Sandra Carolina Araya López, quien deduce acción de no discriminación arbitraria. Con fecha el 22 de mayo de 2015, la demandante estacionó en un estacionamiento para discapacitados. Habiendo descendido del vehículo junto a su madre y a su hermana, un señor y Sandra Carolina Araya López, quienes se encontraban estacionados al lado en el vehículo, le increparon que debían salir de allí porque era un estacionamiento de discapacitados, y ellas no mantenían ninguna credencial a la vista, produciéndose un altercado.

Resolución

“Que a juicio de esta sentenciadora los hechos señalados precedentemente establecidos precedentemente no constituyen una distinción, exclusión, restricción o preferencia, que cause una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, sino de un simple altercado verbal por el uso de un

estacionamiento para discapacitados, el que se produjo principalmente por el hecho que tal como lo reconoce la denunciante ella no utiliza el signo distintivo de las personas discapacitadas en sus vehículos conocida como Cruz de Malta, sino que sólo porta la credencial la que se negó a exhibir, pero no existió ningún acto u omisión que pudiere estimarse discriminatorio por parte de la denunciada, por lo que deber desecharse la denuncia deducida.”

Normativa: Ley N° 20.609

Juez: Cecilia Rojas Negerol

1.2.8. FICHA: Adasme con Banco Estado de Chile

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-26297-2014

Fecha: 25 de noviembre de 2014

Tribunal: 5° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 28 de octubre de 2015

Fallo: acoge acción

Resumen de caso: Comparece don Manuel Adasme Báez quien deduce acción de no discriminación arbitraria en contra de Banco del Estado de Chile. En primer lugar, hace presente que es una persona ciega, por lo que para desplazarse de un lugar a otro, utiliza un bastón. Con fecha 5 de septiembre de 2014, concurrió a la casa central del Banco Estado, a fin de solicitar la apertura de una cuenta de ahorro a su nombre. El ejecutivo que le atendió, le indicó que como era una persona ciega, no podía proceder a la apertura de la cuenta de ahorro sin que concurriera con un tutor que actuara en su representación o bien que autorizara el acto.

Resolución:

“DÉCIMO: Que de la prueba rendida, en especial de la normativa interna del banco, referida precedentemente, de su lectura se observa, que a diferencia de lo sostenido por el Banco en su informe, el motivo para solicitar a las personas no videntes los requisitos y formalidades para la apertura de una cuenta de ahorro, tiene por finalidad poner a cubierto a ‘ nuestra Institución de la responsabilidad que pudiere afectarle por eventuales irregularidades...’ para

luego añadir, que se debe recomendar los no videntes que preferentemente otorguen mandato por escritura pública en resguardo de los intereses del Banco.

Que por consiguiente, a juicio de esta sentenciadora el motivo anterior no puede ser considerado como razonable, sino más bien la distinción que sufrió el actor aparece efectuada sólo en virtud de su discapacidad, constituyendo de esta manera la actuación del Banco, esto es, el no permitirle abrir una cuenta de ahorro sin la concurrencia de un tercero, un acto arbitrario de conformidad al artículo 2 de la ley 20.609.”

“DÉCIMO PRIMERO: Que finalmente, cabe hacerse cargo que la normativa interna del banco señala que además de los intereses del banco, los requisitos se establecen para resguardar debidamente los intereses del ‘imponente’. Al respecto cabe señalar, que siendo el actor una persona capaz, la defensa de sus intereses le corresponde a él, máxime cuando esa limitación no se justifica en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental de los establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.”

Normativa: art. 1 Constitución Política de la República; Ley 20.422, que Establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad; art. 5, 9, 19 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;

Juez: María Soledad Jorquera Binner

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 288 - 2016

Fecha de ingreso: 11 de enero de 2016

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 15 de marzo de dos mil dieciséis.

Fallo: Se confirma

Ministros: Pronunciada por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Alejandro Madrid Crohare e integrada por el Ministro señor Mario Rojas González y por el Abogado Integrante señor Mauricio Decap Fernández.

Otros recursos: recurso de casación en el fondo

Tribunal: Corte Suprema

Rol: Civil- 22249-2016

Estado: pendiente por suspensión del procedimiento, 30 de marzo de 2017.

1.2.9. FICHA: Moris con Centro Educacional Novo Mundo Limitada

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-1654-2015

Fecha: 20 de enero del año 2015

Tribunal: 27° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 7 de diciembre de 2015

Fallo: acoge la demanda.

Resumen de caso: comparece Liza Moris Vergara en representación de Daniel Espinoza Moris, en contra de Centro Educacional Novo Mundo Limitada. La demandante hace presente que Daniel Espinoza Moris, padece Trastorno Generalizado del Desarrollo de Alto Rendimiento, el que tiene características del síndrome de Asperger. Daniel Espinoza Moris habría sido restringido, excluido y tratado de forma diferente en el legítimo ejercicio de su Derecho a la Educación. No obstante haberse visto expuesto en varias ocasiones a actos discriminatorios por parte del colegio, la máxima expresión de esos actos acaeció el día 5 de noviembre de 2014, cuando al intentar matricular al menor, sin existir ninguna justificación razonable se le negó la matrícula.

Resolución

“DUODÉCIMO: Que conforme a lo razonado anteriormente, si bien los profesionales de la salud a que se ha hecho referencia en los motivos anteriores, sugerían a la madre del niño, el cambio de establecimiento educacional, siendo ésta quien debía tomar la decisión de incorporarlo a un colegio con las características acordes a la patología del niño como finalmente aconteció; pero en tal circunstancia no era decisión del colegio denunciado adelantarse a la decisión de la madre de Daniel Espinoza Moris. A mayor abundamiento, con o sin el diagnóstico médico de por medio, las autoridades, profesores y auxiliares del Centro Educacional Novo Mundo debieron propender al desarrollo igualitario del niño, claro está,

teniendo en consideración las condiciones diferentes que observaban en él, lo que no aconteció.”

“DECIMO TERCERO: Que, en consecuencia, el actuar del denunciado, según se ha consignado en los motivos que anteceden, constituye un acto de discriminación arbitraria, ya que ha realizado una distinción o exclusión carente de justificación razonable, que ha causado en forma evidente, una privación y perturbación en el ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respecto del niño Daniel Antonio Espinoza Moris.

Normativa: art. 7 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; Constitución Política de la República.

Juez: Luis Eduardo Quezada Fonseca

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 2620 - 2016

Fecha de ingreso: 07 de marzo de 2016

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 10 de junio de dos mil dieciséis.

Fallo: se revoca sentencia apelada

Resolución: “Sexto: Que analizada la prueba rendida en autos, conforme a los mandatos referidos, estos sentenciadores no han logrado arribar a la convicción de que en el presente caso se haya actuado por la denunciada de manera arbitraria y menos discriminatoria. No existen elementos suficientes que puedan llevar a una conclusión como la que se pretende.

En efecto, para que exista discriminación de cualquier índole, incluida, por cierto, tener algún tipo de déficit atencional, trastorno generalizado del desarrollo y dificultades de aprendizaje que se alega en esta causa, deben allegarse elementos precisos que la demuestren, siendo la ley la que establece esta prohibición de carácter sancionatoria; luego los hechos que sustentan la denuncia deben resultar de elementos fidedignos y cuya existencia aparezca revestida de plausibilidad, lo que esta Corte hecha de menos.

Así, se ha dicho que existió de parte del Colegio Novo Mundo una serie de conductas constantes y prolongadas de discriminación para con la actora y su hijo, fundadas principalmente en los problemas de Asperger que presenta el niño. Pero en autos no existe elemento alguno que demuestre este aserto, por el contrario, más bien se advierte una actitud preocupada de parte del establecimiento educacional, el que no obstante no ser uno adecuado conforme las características acordes a las dificultades del niño, en todo momento prestó la colaboración y atención requerida por él y su madre. Por otra parte, el hecho que el niño Daniel no fuera matriculado en el Colegio Novo Mundo para el año escolar 2015 se produjo por un acto voluntario de su madre, que no puede ser atribuido a las autoridades del referido colegio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en la Ley N° 20.609 y artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca en lo apelado, la sentencia de siete de diciembre de dos mil quince, escrita a fojas 109 y siguientes y en su lugar se decide que se rechaza la denuncia de lo principal de fojas 8, deducida por doña Liza Moris Vergara en contra del Colegio Novo Mundo. Cada parte pagará sus costas.”

Ministros: Pronunciada por la Tercera Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra, conformada por los Ministros señor Jaime Balmaceda Errázuriz y señora Maritza Villadangos Frankovich.

1.2.10. FICHA: Salinas con Sociedad Colegio Alemán de Temuco

Recurso: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-5230-2015

Fecha: 08 de septiembre del año 2015

Tribunal: 1° Juzgado Civil de Temuco

Caratulado: “SALINAS / SOCIEDAD COLEGIO”

Fecha fallo: 22 de diciembre de 2015

Fallo: acoge demanda.

Resumen de caso: comparece Mariel González Toledo, en representación de su hijo Felipe Andrés Salinas González (4 años de edad al momento de los hechos), quien interpone

demanda por acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609 en contra de la institución educacional Colegio Alemán De Temuco.

La demandante, en el mes de junio del año 2015 inició el proceso de ingreso de su hijo, a la institución educacional Colegio Alemán De Temuco. El menor no fue aceptado, luego del proceso de selección. Para el rechazo se estipuló “Se informa a los padres que, en los días de observación, Felipe se mostró bastante tímido, poco expresivo y dependiente del adulto. Se sugirió por parte de las Educadoras derivarlo a Fonoaudiólogo. En general en dos grandes ámbitos presenta debilidades, en lo referente a funciones básicas y socio emocional.”

Resolución

“11)... Este secretismo, ajeno a todos los modernos procesos de selección, por ser, precisamente, fuente generadora y protectora de actitudes subjetivas, manejables, que depende solamente de la voluntad o el capricho de una o más persona, pero que no obedecen a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes, es constitutivo de arbitrariedad, por cuanto no permite a un observador imparcial externo concluir que el puntaje global obtenido por el menor y sus padres fue objetivo, por ende es arbitrario, y su ubicación en lista de espera, discriminatoria”

“13) Que este sentenciador no pone en duda el respeto que merece la condición de organismo intermedio y del derecho constitucional que tiene el recurrido a organizar el proceso de selección de sus alumnos conforme a sus objetivos educacionales, valores y principios, sólo se le cuestiona en la especie la falta de transparencia y objetividad, valores con los que se asegura el pleno respeto que también merecen las garantías constitucionales y los derechos humanos fundamentales de los padres y menor involucrado, que libremente y con los recursos necesarios, optaron por darle esa ventaja educacional a su hijo Felipe, de la cual ya gozaba su hija Josefa. Como no se demostró ello, la decisión no justificada de dejar en lista de espera al menor F.A. S. G., resulta caprichosa, antojadiza, arbitraria, por ende, discriminatoria y debe ser corregida y sancionada, como se dirá.

Normativa: artículos 1, 3 ,12 y 20 y siguientes de la Ley 20.609; artículos 1, 2, 19 N° 10 y 11 inciso 4 de la Constitución Política de la República; artículos 1, 2, 28, 29 y demás pertinentes de la Convención de Derechos del Niño; artículos 12, 13, 14 y demás pertinentes de la Ley 20.370;

Juez: Carlos Iván Gutiérrez Zavala

FICHA APELACIÓN:

Recurso: apelación de sentencia definitiva y recurso de casación en la forma

Rol: Civil- 79-2016

Fecha de ingreso: 22 de enero de 2016

Corte: C.A. de Temuco

Fecha fallo: 22 de febrero de dos mil dieciséis

Fallo: se rechaza recurso de casación en la forma y se confirma la sentencia apelada

Resolución:

“VISTOS: Se reproduce la parte expositiva, considerandos y citas legales de la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2015 que rola de fojas, 222 a 249 de autos, eliminándose del considerando undécimo la frase “y teniendo en consideración, la carga dinámica de la prueba” y teniéndose además presente:”

“En cuanto al recurso de casación en la forma:

1.- Que, conjuntamente con la apelación, en lo principal de su presentación de fojas 251, la actora , interpuso recurso de casación en la forma, basada en que el fallo recurrido adolecería del vicio contemplado en el artículo 768, N°5 del Código de Procedimiento Civil , esto es haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170, en particular el N° 6 de la ultima norma, ya que a su juicio la sentencia no se ha pronunciado respecto a la cuestion controvertida”

“6.- Que, de lo razonado resulta incuestionable que el fallo impugnado no ha incurrido en el defecto formal que se le imputó, por lo que el juez de primera instancia, al no incumplir el requisito que se echa de menos, ha resuelto lo que les ha correspondido en derecho, en mérito de la competencia que los agraviados le entregaron y en el pleno goce de sus facultades jurisdiccionales y, por consecuencia, no ha podido producirse en el presente caso, el vicio del que se preocupa el N°5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación al N°6 del artículo 170, por lo que este arbitrio deberá ser rechazado.”

“7.- Que, su apelación la parte recurrente la funda en que erróneamente el sentenciador, en el considerando undécimo, haciendo aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, acoge la demanda, por no haberse acompañada por la demandada todos los antecedentes,

documentos, instrumentos de medición, es decir, las pruebas que podían acreditar que los criterios usados fueron objetivos y universales. La recurrente estima que al actor le correspondía probar los hechos constitutivos y al demandado los hechos impeditivos, en el evento que los primeros fueran acreditados. El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.”

“**14.-** Que, afirmando la demandada, que su proceso de selección se ampara en la causal de excepción del inciso tercero del artículo 2 de la ley 20.609, correspondía a ella el peso de la prueba de acreditar la razonabilidad, objetividad y transparencia del proceso de selección implementado, y constando en autos, como así se consignó en el considerado undécimo de la sentencia recurrida, que la demandada no acompañó los antecedentes del proceso, no es posible entrar al análisis de la excepción hecha valer por la demandada, toda vez que para poder pronunciarse sobre la misma era necesario que se acreditaran los supuestos que la sustentan, acompañándose los antecedentes completos del proceso de selección, única forma a través de la cual el tribunal podía evaluar si se configuraban los supuestos de la excepción prevista en el inciso 3 del artículo 2 de la ley N° 20.609.”

Ministros: Pronunciada por la Primera Sala. Presidente Ministro Sr. Luis Troncoso Lagos, Ministro Sr. Julio César Grandón Castro y abogado integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger

FICHA RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:

Recurso: Recurso de Casación en el Fondo

Rol: Civil - 21702 - 2016

Fecha de ingreso: 13 de abril de 2016

Corte: Corte Suprema

Fecha fallo: 25 de mayo de dos mil dieciséis.

Fallo: se rechaza

Resolución:

“**Segundo:** Que el recurrente fundamenta su arbitrio de nulidad sustancial en la vulneración de los artículos 1698 del Código Civil y 7 ter del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del año 2009 del Ministerio de Educación. Argumenta, en relación con la primera norma, que se ha

alterado la carga de la prueba, teniendo en consideración que se puso de su cargo acreditar “la no existencia de un acto de discriminación arbitraria”.

“**Séptimo:** Que, con lo apuntado y de la manera en que ha sido construido el libelo de casación, no cabe sino entender que éste revela que el impugnante no cuestiona, ergo acepta, la aplicación que de las normas decisoria litis efectúa el fallo cuya anulación se postula. De consiguiente, aún en el evento de que esta Corte concordara con este litigante en el sentido de haberse producido los yerros que denuncia, tendría, no obstante, que declarar que los mismos no influyen en lo dispositivo de la sentencia, desde que las normas nutrientes del instituto que conforma la pretensión que se pide declarar, cuya prevalencia se ha reconocido por sobre las alegaciones jurídicas vertidas por el demandado y las disposiciones legales en que se sustentan, no han sido consideradas al puntualizar la infracción preceptiva descrita en el arbitrio procesal que se examina.”

Ministros: Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Guillermo Silva G., Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Manuel Valderrama R., y el Abogado Integrante señor Carlos Pizarro W. firma la Ministra señora Muñoz.

1.2.11. **FICHA:** Escalona con Colegio Pumahue Chicureo

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-1165-2015

Fecha: 08 de mayo del año 2015

Tribunal: Juzgado de Letras de Colina

Fecha fallo: 22 de enero de 2016

Fallo: rechaza la demanda.

Resumen de caso: comparece Andrea Escalona Cáceres y Víctor Manuel Escobar Ruíz, en representación de su hijo B.E.E. (6 años de edad al momento de los hechos), quien interpone demanda por acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609 en contra de la institución educacional Colegio Pumahue Chicureo. B.E.E. manifiesta expresamente una Identidad de Género Femenina. Concurren al Colegio Pumahue Chicureo, solicitando a dicho establecimiento, que Andrea Ignacia fuese tratada y respetada conforme a su Identidad de Género Femenina. Las peticiones concretas fueron las siguientes:

Que su hija fuera respetada en su Identidad de Género y llamada por el nombre de Andrea Ignacia.

Que pudiera usar el baño de "niñas".

Que Andrea Ignacia pudiera usar el uniforme asignado para las niñas.

Que pudiera usar mochila con motivos femeninos.

Con fecha 12 de marzo de 2015, el Colegio rechazó todas las peticiones efectuadas.

Resolución

“DÉCIMO TERCERO: ... Que, así las cosas, y habiendo dicho lo anterior no queda más que rechazar la presente acción de no discriminación, por no haberse acreditado el presupuesto fáctico que da origen a estos autos, esto es que el niño B.E.E. tiene una identidad de género distinta a la de su sexo biológico lo que habría servido de fundamento para la realización de actos de discriminación por parte del Colegio Pumahue Chicureo, tal como señalará en lo resolutivo de este fallo.”

Normativa: Convención de los Derechos del Niño; Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño; El respeto a la dignidad de las personas, establecido en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Derecho a la integridad, la honra y la intimidad garantizados en la Convención Americana de Derechos Humanos; El derecho a la no discriminación reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos; Principios de Yogyakarta;

Juez: América Rojas Rojas

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil 1785-2016

Fecha de ingreso: 12 de febrero de 2016

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 10 de junio de dos mil dieciséis.

Fallo: se confirma sentencia apelada

Resolución:

“2°.- Que en lo que atañe a la negativa del colegio de acceder a lo solicitado por los padres, lo cierto es que esta Corte considera que no es constitutiva de discriminación, puesto que ella no da cuenta de un trato diferente al niño por motivos, en este caso, relativos a su sexo;”

“3°.- Que, por otra parte, aparece pertinente recordar que tal como expresa el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.609 “corresponderá a cada uno de **los órganos de la administración del Estado**, dentro del ámbito de su competencia, **elaborar o implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona**, sin discriminación arbitraria, **el goce y ejercicio efectivo de sus derechos y libertades** reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” y, así las cosas, ante las múltiples implicancias y consecuencias prácticas que conllevará en el entorno educativo de un colegio que no cuente con los recursos humanos, materiales y técnicos, acceder a lo solicitado por los demandantes al establecimiento educacional, ha sido el propio legislador quien ha identificado quien se encuentra obligado, como primer responsable, a efectuar estrategias en orden a satisfacer tales requerimientos en el ámbito nacional, en el evento que reconozca que aquéllos tienen efectivamente por objeto el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos por la legislación, por la Carta Fundamental y/o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile.”

Ministros: Pronunciada por la Tercera Sala de esta ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra, conformada por los Ministros señor Jaime Balmaceda Errázuriz y señora Maritza Villadangos Frankovich.

FICHA RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:

Recurso: Recurso de casación en el fondo

Rol: Civil - 1785 - 2016

Fecha de ingreso: 13 de enero de 2016

Corte: Corte Suprema

Fecha resolución: 22 de agosto de dos mil dieciséis.

Fallo: se confirma sentencia.

Resolución:

“Vistos y teniendo presente: Que del mérito de la presentación folio 77725 y según consta en el certificado respectivo, el recurrente compareció a continuar con la tramitación de su recurso de casación en el fondo fuera del plazo legal respectivo, por lo que ésta resulta extemporánea. Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 200, 201 y 779 del Código de Procedimiento Civil, se declara desierto el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra la sentencia de diez de junio de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.”

Ministros: Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por Ministra Gloria Chevesich R., Ministro Suplente Alfredo Oscar Pfeiffer R., Fiscal Judicial Juan Escobar Z. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Rodrigo Correa G.

1.2.12. FICHA: Diaz con Empresa de Pasajeros Metro S.A.

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-6720-2015

Fecha: 23 de marzo de 2015

Tribunal: 30º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 08 de marzo de 2016

Fallo: rechaza acción.

Resumen de caso: Comparece Mauricio Alejandro Díaz Brito, quien deduce demanda por acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609 en contra de la empresa Metro de Santiago S.A. El demandante señala que el día miércoles 11 de marzo del año 2015, aproximadamente a las 22:30 horas, su hermano Felipe Ignacio Díaz Brito, una persona con problemas de discapacidad visual y de desplazamiento, regresaba de la estación de metro Pudahuel, donde ocasionalmente deambulaba junto a su perro guía Kolt para tocar su armónica. Fue expulsado violentamente por dependientes del metro.

Resolución:

“DUODÉCIMO: ... Que la forma en que fue cambiado de lugar y las supuestas agresiones efectuadas y relatadas por el denunciante al momento del desplazamiento no fueron acreditadas por éste, por lo que no contando esta sentenciadora con antecedentes

suficientes que sustenten lo relatado en la presente acción, se rechazará como se dirá en lo resolutivo de la sentencia.”

“DECIMO TERCERO: Que, por consiguiente, y de todo lo que se ha expuesto en los considerandos precedentes, ha quedado establecido que no se produjo en contra de don Felipe Díaz Brito por parte de Metro S.A., ninguna distinción, exclusión o restricción que no tuviere una justificación razonable, y que en consonancia con ello, tampoco se ha producido vulneración de sus derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o los Tratados Internacionales vigentes ratificados por Chile.”

Normativa: art. 1 inc. 1, 5 inc. 2, 19 N° 1 y 2 Constitución Política de la República; reglamento N° 910 de fecha 29 de agosto del año 1975.

Juez: Daniela Royer Faúndez

1.2.13. FICHA: Zepeda Castro Pablo de la Cruz con Gobierno Regional de Arica y Parinacota

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-965-2015

Fecha: 13 de abril de 2015

Tribunal: 2º Juzgado de Letras de Arica

Caratulado: “ZEPEDA / GOBIERNO REGIONAL”

Fecha fallo: 12 de abril de 2016

Fallo: rechaza la demanda.

Resumen de caso: comparece Pablo de la Cruz Zepeda Castro deduce acción de "no discriminación arbitraria" en contra del Gobierno Regional de Arica y Parinacota. Con fecha 28 de noviembre del 2014 por medio del memo Nro. 054/2014 fue notificado de que su contrato no sería renovado. En resumen, asegura que en su caso se vulneran los derechos funcionarios por todo el período 2014 y es discriminado políticamente por los jefes de departamento y el intendente Regional Emilio Rodríguez.

Resolución:

“OCTAVO: Que, a su vez el artículo 5 de la Ley dispone que la acción deberá ser deducida dentro de 90 días contados desde la ocurrencia de la acción u omisión o, desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella.”

“NOVENO: Que, conforme a las normas reseñadas precedentemente y a las alegaciones del demandado, en primer término corresponde analizar la caducidad de la acción, en tanto requisito de procesabilidad de la acción intentada, teniendo presente al efecto que el hecho que se estima discriminatorio es la no renovación del contrato del demandante, circunstancia que habría sido motivada por la ideología política del demandante.”

“DECIMO: Que, en este contexto, reconoce el actor que tomó conocimiento de que su contratación no sería renovada para el período siguiente, el día 28 de noviembre del año 2014. A su vez, el timbre de recepción de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, da cuenta que la demanda fue presentada el día 31 de marzo del año 2015.”

“UNDECIMO: Que, conforme a los hechos establecidos en el motivo precedente, forzoso es concluir que la acción enderezada, al momento de presentarse la demanda, se había extinguido por caducidad y en consecuencia la demanda intentada, debe ser desestimada.”

Normativa: Ley 20.205, Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad.

Juez: Gonzalo Quiroz Espinoza

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación

Rol: Civil - 207 - 2016

Fecha de ingreso: 16 de junio de 2016

Corte: C.A. de Arica

Fecha fallo: 20 de julio de dos mil dieciséis.

Fallo: confirma resolución apelada

Resolución: “4° Que en cuanto a la alegación de la recurrente, respecto a que a la actora, no se le debió haber puesto término a sus funciones, por la no renovación del contrato que lo unía con la administración, habida consideración que se encontraba amparado por los efectos que establece la Ley N° 20.205, que modificó el Estatuto Administrativo, cabe referir

que el artículo 90 A de la Ley N° 18.834, si bien efectivamente establece un impedimento en cuanto a que tales funcionarios sean objeto de determinadas medidas, sin embargo, aquellas se refieren a determinaciones referidas a medidas disciplinarias de suspensión de empleo o de destitución de traslado o de pre-calificación anual, y no de una mera acción de la autoridad administrativa en cuanto a no renovar un contrato. Pensar lo contrario implicaría extender temporalmente un contrato más allá del plazo de vigencia que las partes tuvieron en consideración, como ocurre en la especie al que la ley expresamente le señala un tiempo de duración, debiendo tenerse presente en este contexto, que según el documento de fojas 132 de autos, el nombramiento a contrata del actor tendría una vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2014.”

Ministros: Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Arica integrada por los Ministros (as) Samuel David Muñoz W., Pablo Sergio Zavala F. y Fiscal Judicial Rubén Darío Morales N. Arica, veinte de julio de dos mil dieciséis.

1.2.14. FICHA: Valdebenito con Aránguiz

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-45281-2014

Fecha: 04 de julio de 2014

Tribunal: 2° Juzgado Civil de San Miguel

Caratulado: “Valdebenito con Aránguiz”

Fecha fallo: 14 de abril de 2016

Fallo: acoge la acción.

Resumen de caso: comparece Gonzalo Patricio Valdebenito Guzmán, quien deduce demanda por acción de no discriminación arbitraria de la Ley 20.609 en contra de Eduardo Aránguiz Cannesa, Director del Departamento de Tránsito de la I. Municipalidad de San Joaquín. Primero señala que, desde su nacimiento no tiene su brazo izquierdo. Luego, expone que con fecha 30 de septiembre del año 2013, concurrió a la Dirección del Tránsito de la Ilustre Municipalidad de San Joaquín, con el fin de renovar su licencia de conducir, y que, al llegar a dicho departamento municipal, se le comunicó por parte de un funcionario, que no le serían renovadas las licencias de conducir clases b, c y d, toda vez que el médico

y el Director del Tránsito, así lo habrían estimado, en atención a que presenta una discapacidad física.

Resolución:

“DECIMO TERCERO: ... En el caso en particular, se está presente ante una omisión por cuanto si bien no fue rechazada la solicitud el demandante términos formales, la solicitud de nuevos antecedentes, una vez aprobados los exámenes pertinentes y cumpliéndose a cabalidad tanto lo señalado en la Ley de Tránsito, así como en el reglamento para el otorgamiento de licencias de conductor, y arguyendo que ello tendrá su fundamento a fin de acreditar la idoneidad, psíquica, física y moral del demandante, dichos trámites resultan improcedentes, no pudiendo calificarse aquellos como justificación razonable a fin de desvirtuar la acción impetrada, toda vez que el demandante, como ya se ha dicho, aprobó los trámites necesarios establecidos por la Ley y el reglamento, para la renovación de su licencia de conducir, por lo cual solo han de atribuirse dichos trámites a una discriminación arbitraria que se configuró con la omisión en la entrega de la licencia de conducir del demandante y la exigencia de otros antecedentes, sólo con la finalidad de archivarlos según declara la testigo del demandado, toda vez y como ya se dijo en el considerando anterior, los antecedentes solicitados al demandante no eran procedentes por cuanto no fueron solicitados a fin de acreditar la idoneidad psíquica ni se señaló que el demandante poseía carencias de aptitud para conducir vehículos motorizados.”

Normativa: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su Protocolo Facultativo; Ley de tránsito; Reglamento para el otorgamiento de Licencias de Conducir, Decreto N°170 de fecha 2 de enero de 1986.

Juez: Katherine Grace Campbell Espinosa.

1.2.15. FICHA: Leal con Lan Airlines S.A.

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-6545-2013

Fecha: 16 de octubre de 2013

Tribunal: 1º Juzgado Civil de Temuco

Fecha fallo: 15 de mayo de 2015

Resolución: se acoge la demanda

Resumen de caso: comparece representada doña Daniela Ninette Leal Cortes, deduce acción de no discriminación arbitraria en contra de la empresa de transporte aeronáutico LATAM AIRLINES GROUP S.A. (LAN CHILE). Debido a su condición física (paraplejía), es que debe movilizarse en una silla de ruedas normal. La afectada compró un pasaje de avión en la aerolínea LAN CHILE. Una vez en el lugar, efectuó Check in del vuelo en la respectiva aerolínea, embarcan su equipaje y la dirigieron a la sala de embarque del aeropuerto. En dicho lugar, una empleada de la aerolínea, le informa que la supervisora no autorizaba su embarque, por cuanto, además, la tripulación del vuelo se oponía a embarcarla si viajaba sola, atención a su grado de inmovilidad, superior a un 70%, ya que, según ellos, significaba poner en riesgo o peligro a los demás pasajeros del avión. Se le ofreció como solución que viajara con un acompañante, pagando una suma adicional. Finalmente, no se le permitió a la afectada abordar el vuelo.

Resolución:

“12º) Que apreciados los elementos probatorios consignados en los motivos sexto y séptimo precedentes, en conformidad a las reglas de la sana crítica, permiten sostener a este Sentenciador que no es posible alegar la existencia de riesgo alguno para el vuelo en el transporte de la reclamante, toda vez que como bien lo señalaron los testigos de la demandante, don Víctor Hugo Retamal Pinto, y su madre, doña Magdalena Ninette Cortes Catricheo, Daniela Leal Cortes informó anticipadamente su condición de invalidez, sin que la compañía aérea previamente le haya señalado la necesidad de viajar con un acompañante que le asistiera, lo que no parece razonable cuando las condiciones particulares de la demandante le permiten comunicarse fluidamente con las demás personas, comunicación que, eventualmente podría haberle sido útil ante la hipotética situación de emergencia que la

demandada alega prevenir mediante la actuación arbitraria que motiva la presente reclamación. Ello se ve refrendado por el propio argumento de la demandada, cuando aduce los bajos índices de accidentabilidad del transporte aéreo, por lo que de su actuación, solo es posible denotar lo arbitrario e injustificado de la decisión de negar el embarque a la actora, sobre la base de hipotéticos escenarios de emergencia, que por cierto, como la misma reclamada señala, poseen bajísimas probabilidades de ocurrir. Además, cabe consignar que este sentenciador no observa riesgo alguno en el traslado de una pasajera parapléjica sin acompañante, lo cual únicamente podría causar mayores esfuerzos por parte de los asistentes de vuelo, o del personal encargado del embarque, quienes además de velar por la seguridad del mismo, tienen la obligación de respetar y procurar satisfacción de todos los pasajeros.”

Normativa: Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de Personas con Discapacidad, Ley Número 20.422;

Juez: Carlos Iván Gutiérrez Zavala

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación sentencia definitiva

Rol: Civil - 924 - 2015

Fecha de ingreso: 10 de agosto de 2015

Corte: C.A. de Temuco

Fecha fallo: 5 de enero de dos mil dieciséis.

Fallo: rechaza recurso

Ministros: Pronunciada por la Segunda Sala. Presidente Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán, Ministra Sra. Cecilia Aravena López y abogado integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger.

FICHA RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:

Recurso: Recurso de Casación en el Fondo

Rol: 16940-2016

Fecha de ingreso: 08 de marzo de 2016

Corte: Corte Suprema

Fecha fallo: 6 de julio de dos mil 2016.

Fallo: rechaza recurso

Resolución: “**SÉPTIMO:** Que, lo indicado en el motivo anterior, no significa un desconocimiento de parte de los juzgadores de las facultades normativas de la compañía demandada de impedir embarcar a quien sufre de un alto grado de inmovilidad corporal, sino, más bien, el reproche se construyó sobre la base de ser inoportuna la comunicación hecha a la demandante, a quien se sometió a un trato injustificado por la sola condición de su discapacidad, sin fundarse en la concurrencia de alguna de las garantías constitucionales que excluyan su antijuridicidad, siendo, por cierto, improcedente que recurra a la normativa que la obliga a ser receptiva con los discapacitados, esto es, la Ley N°20.422, pues una misma regla no puede servir de base para estimar concurrente un acto discriminatorio como uno de exclusión, dado que, siendo sus receptores sujetos de especial protección, deben ser interpretadas las normas en el sentido que más les favorezcan y no en uno que restrinja el goce de las garantías que les permitan el mejor disfrute de sus derechos.”- “**OCTAVO:** Que, de acuerdo con lo reseñado en los motivos que preceden, se observa que los sentenciadores hicieron una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, por lo que el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada será desestimado por adolecer de manifiesta falta de fundamento.”

Ministros: Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Sergio Muñoz G., Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Jorge Dahm O., y Abogada Integrante señora Leonor Etcheberry C.

1.2.16. FICHA: Contreras con Banco Itau Chile

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-4409-2014

Fecha: 14 de agosto de 2014

Tribunal: 3º Juzgado Civil de Viña del Mar

Fecha fallo: 22 de abril de 2016

Resolución: rechaza acción.

Resumen de caso: comparece Jaime Contreras Tennembaum, quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra del Banco Itaú S.A. El demandado funda su acción indicando que, los demandados han realizado actuaciones que implican una discriminación arbitraria en contra de su persona, que vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues, en síntesis, el banco demandado le habría negado el acceso a un crédito hipotecario, fundándose para ello en su apariencia personal, al presentar obesidad.

Resolución

“Décimo Octavo: Que, en el mismo orden de ideas, la alegada acción discriminatoria radica, según lo expone el reclamante, en la decisión emanada de la compañía de seguros que denegó la solicitud del Sr. Contreras, por tener un IMC de 45, en circunstancias que no aceptan solicitudes efectuadas por quienes superen el índice de 41. Atendido lo anterior, es al menos cuestionable que al aplicar tal criterio la entidad aseguradora se haya guiado por el mero capricho. La naturaleza de la actividad económica que desempeña una compañía de seguros obliga a evaluar los riesgos, estableciendo parámetros según los cuales algunos de ellos son asegurables y otros no. En este punto, es menester hacer presente que no se encuentra controvertida en autos la distinción entre “medicina clínica” y “medicina del seguro”, entendiéndola a la primera como aquella que se ocupa del diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades a través del estudio del enfermo, hecho directamente por el médico; y a la segunda como aquella que se utiliza en las compañías de seguro para evaluar riesgo.”

“Décimo Noveno: Que, el demandante ha pretendido establecer en autos que, si bien, su IMC corresponde a obesidad, ésta es de carácter metabólicamente sana, habiendo aportado prueba testimonial en este sentido, correspondiente en primer término a la deposición de don

Anllelo David Vega Fuenzalida, quien en conformidad con sus conocimientos profesionales evacuó un informe, en el cual ha consignado un cálculo de sobrevivencia del demandante, el que correspondería a 23 años. A este respecto, no puede soslayarse que éste cálculo tiene un carácter eventual, dado que no es posible aventurar con certeza lo que sucederá a futuro. Asimismo, depuso en autos don Julio Enrique Valdés García, médico de profesión, quien indicó que, desde su perspectiva, “basar las decisiones clínicas, de riesgo y tratamientos en un solo índice, como el IMC, es un error, lo que también se encuentra validado por la literatura”; en el mismo sentido, el testimonio de don Jaime Rodolfo Guzmán Jara, especialista en obesidad, quien ratifica que la obesidad del demandante califica como metabólicamente sana.

Seguidamente, ni la obesidad del Sr. Contreras –conforme con los parámetros establecidos por la OMS– ni su condición de metabólicamente sano se, encuentran controvertidos en autos. En consecuencia, cabe preguntarse si la discriminación efectuada, es de aquellas que prohíbe la legislación vigente.

En tal sentido, y siendo el IMC un criterio objetivo, el que es aplicado a la generalidad de los casos, según se desprende de la instrumental acompañada al proceso por Itaú Chile Compañía de Seguros de Vida S.A., se puede concluir que la distinción efectuada por ella, no corresponde a una discriminación de aquellas sancionadas por la ley, dado que existe un parámetro objetivo; a saber

Normativa: Constitución Política de la República art. 19 N°1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos; Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Ley 20.555, Sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor; Ley 19.496, que Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Juez: Esteban Andrés Gómez Barahona

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 1018 - 2016

Fecha de ingreso: 31 de mayo de 2016

Corte: C.A. de Valparaíso

Fecha fallo: 24 de noviembre de dos mil dieciséis.

Fallo: confirma sentencia y rechaza recurso de apelación

Resolución:

“5 .- Que en cuanto a la alegación del apelante que cuestiona el carácter de razonable que el fallo atribuye a la conducta de las denunciadas, debe decirse en primer término- que no es efectivo que ello haya sido analizado solo en dos de los considerandos del fallo apelado. Tal materia es el contenido de lo expuesto en los fundamentos décimo sexto al vigésimo segundo y en ellos se contienen razones suficientes para desestimar lo pedido por el actor. Respecto de este aspecto se puede agregar que el parámetro empleado por la aseguradora, el del índice de Masa Corporal del solicitante del seguro, es un dato de carácter objetivo, cuantificable matemáticamente en base a factores precisos y no susceptibles de meras apreciaciones, como son el peso de una persona y su estatura; y ese parámetro o factor se aplica a todos los solicitantes de seguros a fin de evaluar su riesgo de vida. Tal índice ha sido utilizado en la medicina como un parámetro indicador de la posible presencia de enfermedades asociadas a la obesidad y, en tanto más alto sea, razonablemente puede considerarse como un indicador de riesgo futuro de salud, lo cual justifica que sea empleado por la compañía aseguradora para decidir si otorga los seguros de vida asociados a créditos hipotecarios como el que el denunciante pretendía obtener. Adicionalmente debe decirse que el denunciante afirmó en su libelo que se le ha discriminado por su apariencia física, lo cual no fue demostrado con la prueba rendida, la cual sólo alude a la consideración del referido factor de masa corporal.”

Ministros: Pronunciada por la Quinta Sala de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso integrada por el Ministro Titular Sr. Raúl Mera Muñoz, Ministro Suplente Sr. Juan Ángel Muñoz López y el Abogado Integrante Sr. Juan Carlos Ferrada Bórquez.

1.2.17. FICHA: Laming con Sotomayor

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-9219-2014

Fecha: 20 de mayo de 2014

Tribunal: 16º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 22 de junio de 2016

Resolución: rechaza acción.

Resumen: comparece doña Erika Lamig Fritz y don Onofre Antonio Sotomayor Díaz, en contra de don Octavio Sotomayor Echeñique, director del Indap. En cuanto a los hechos, Erika Lamig Fritz y Onofre Antonio Sotomayor Díaz, funcionarios del Instituto de Desarrollo Agropecuario (en adelante: Indap), habrían sido devinculado/as de la institución, alegando para ello, la colaboración de ambos con el Gobierno saliente del ex -presidente Sebastián Piñera Echeñique.

Resolución

“Décimo quinto: Que, por consiguiente, y en virtud de lo expuesto en los considerandos precedentes, ha quedado establecido que no se produjo en contra de los demandantes, ninguna distinción, exclusión o restricción que no tuviere una justificación razonable, sino más bien, habida consideración de la naturaleza jurídica de los contratos en cuestión, se verificó que, la terminación de las contratas de marras fue determinada en armonía con las atribuciones que tenía la autoridad competente en la materia, ejerciéndose tales potestades racionalmente, y con fundamento expreso, mediando una causal objetiva, razonada y plenamente legal, ajena a la sola voluntad o el mero capricho de la autoridad demandada.”

Normativa: Constitución Política de la República; Ley 18.545, Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado

Juez: Susana Ortiz Valenzuela.

RECURSOS PENDIENTES

Recurso: recurso de apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 61 – 2017

Corte: C.A. de Santiago

Estado: suspendido al 12 de abril de 2017

1.2.18. FICHA: Rodríguez con Servicio Nacional de Turismo

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-4411-2015

Fecha: 25 de febrero de 2015

Tribunal: 6º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 19 de mayo de 2016

Resolución: se rechaza la acción.

Resumen de caso: comparece representado, don Eduardo Antonio Rodríguez Fernández y don Marco Antonio Prado Román, quienes interponen acción de no discriminación arbitraria en contra del Servicio Nacional de Turismo. Fundan su demanda indicando que ambos trabajaban a contrato en el Servicio Nacional de Turismo como informador. Expresan que a ambos se les informó, términos textuales que su contrato no se les renovará para al periodo de 2015 dado que no respetan las normas institucionales y que, asimismo, no se ajustan a la nueva imagen que la entidad demandada quiere proyectar y que ésta quiere hacer una limpieza de todos los malos elementos existentes en ella. Los afectados afirman que su desvinculación se debe a su apariencia física, específicamente el largo de su cabello, es la razón fundamental que ha motivado la no renovación de sus contratos de trabajo.

Resolución

“SÉPTIMO: Que siendo de cargo de los demandantes aportar las probanzas necesarias a fin de acreditar los supuestos fácticos en los que estriban su pretensión, ésta Magistratura estima que no ha podido acreditarse, de manera indefectible, que el hecho de no haberse renovado las referidas contrataciones de los actores de marras haya derivado de una decisión meramente antojadiza de su superiora directa y que, a raíz de ella, se haya verificado una trasgresión a los derechos fundamentales preceptuados y abrigados bajo el amparo de nuestra carta fundamental, toda vez que no resulta inconcuso que éste se haya producido mediante una situación de arbitrariedad en perjuicio de la demandante, basada en la apariencia física de los demandados y haberseles considerado como malos elementos para

el servicio, puesto que analizada a la luz de las reglas de la sana crítica las declaraciones de los testigos presentados por los demandantes, no puede extraerse de ellas que Solange Fuster Griggs les haya comunicado a los demandados que su contrata perder a vigencia por el hecho del largo de su cabello o que les haya proferido que constituirían malos elementos para el servicio, teniendo en consideración que fluye de la declaración referida que los testigos habrían obtenido conocimiento de los hechos que constituirían la discriminación arbitraria del caso tanto por información de terceros como por antecedentes proporcionados por los mismos demandados, lo que no puede, en caso alguno, resultar beneficioso para su pretensión, sino que, más bien, sólo puede hacer prueba en lo que los perjudique, amén de que sus declaraciones no revisten la claridad ni la precisión necesaria a fin de acreditar que efectivamente se haya manifestado una actuación discriminatoria respecto de la apariencia física de los mismos por parte de la referida señora Fuster y que de ella hubiere derivado el hecho de no haberse renovado la contrata de los demandantes, por consiguiente, se estima por este Tribunal que la denuncia incoada carece de todo fundamento por no haberse acreditado de manera suficiente los hechos basales que deben sustentarla, lo que se dirá en lo resolutivo.

Normativa: Ley N° 18.834, Aprueba Estatuto Administrativo. Constitución Política de la República.

Juez: Rommy Müller Ugarte.

Recurso de apelación, en tabla al 18 de abril de 2017.

RECURSOS PENDIENTES

Recurso: recurso de apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 13990 – 2016

Corte: C.A. de Santiago

Estado: en tabla al 18 de abril de 2017.

1.2.19. FICHA: De Sousa Lima Nogueira con Colegio Internacional Sek-Chile.

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-15208-2015

Fecha: 30 de junio de 2015

Tribunal: 18º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 10 de junio de 2016

Fallo: se rechaza la acción.

Resumen de caso: Armando de Sousa Lima Nogueira, Ingeniero, en representación de su hijo Rodrigo De Santis Nogueira, deduce acción de no discriminación arbitraria, en contra del Colegio Internacional SEK Chile S.A. Funda su acción en que a partir de enero de 2015 comenzó las gestiones necesarias para postular a su hijo Rodrigo de Santis Nogueira al Colegio Internacional SEK Chile S.A. En entrevista de fecha 11 de marzo 2013, se les explicó el proceso de admisión y se expuso al Colegio que Rodrigo padecía una alergia a la proteína de la leche ya diagnosticada, la cual estaba siendo tratada por un especialista, ante lo cual don José Alegría Grandón, jefe de admisión de la demandada, sostuvo que no habría problemas en admitir niños con alergia en el Colegio. Con fecha 10 de abril de 2015, recibieron una llamada telefónica, donde se les informó que no se podría admitir a Rodrigo por su alergia a la proteína de la leche, argumentando que resultaba imposible para el colegio controlar su alimentación entre 1.500 alumnos.

Resolución: “9º) Que, de los antecedentes allegados, antes pormenorizados, aparece que la decisión del colegio, no se encuentra sostenida en una discriminación arbitraria de éste, sino que en justamente la protección de los derechos del niño, dado que el colegio demandado no cuenta con los medios para hacer frente a sus necesidades en forma responsable.

Normativa: Constitución Política de la República; Convención de los Derechos del Niño.

Juez: Claudia Donoso Niemeyer

FICHA APELACIÓN

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 10870 - 2016

Fecha de ingreso: 28 de septiembre de 2016

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 22 de marzo de dos mil diecisiete

Fallo: se confirma la sentencia apelada

Ministros: Pronunciada por la Séptima Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra e integrada por el Ministro señor Jaime Balmaceda Errázuriz y por la Ministro señora Maritza Villadangos Frankovich.

1.2.20. FICHA: Ñeguey con Carvajal

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-129-2015

Fecha: 29 de abril de 2015

Tribunal: Juzgado de Letras de Cañete

Fecha fallo: 10 de junio de 2016

Resolución: se rechaza acción

Resumen: comparece Juan Carlos Ñeguey Alcaman quien interpone acción de no discriminación en contra del director de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, don Carlos Carvajal Castro. El demandante funda su demanda en que es mapuche, reconocido por la Ley Indígena N° 19.253 y que con fecha 13 de mayo de 2013 ingresó a CONADI Cañete, en el escalafón técnico, grado 14°. Señala se efectuaron actos de discriminación arbitraria, basados en su raza o etnia, perpetrados por el director de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, don Carlos Carvajal Castro, quien con fecha 28 de noviembre de 2014, le comunicó que su contrato no sería renovado por motivos de confianza.

Resolución:

“DECIMO SEGUNDO: Que, en la ley aparece sancionada la discriminación que sea arbitraria, es decir, una discriminación contraria a la justicia, la razón o las leyes, que obedece sólo a la voluntad o al capricho, en otros términos una discriminación que no encuentra sustento alguno en el ordenamiento jurídico, lo que al tenor de los antecedentes probatorios acompañados por ambas partes, los que de acuerdo al art. 10 de la ley en

cuestión, deben ser ponderados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, dista de ser la situación de autos, toda vez que el soporte de la alegación del recurrente es que los referidos actos, habrían sido dictados excediéndose, los actores en sus facultades.”

“DECIMO TERCERO: Que el actor al denunciar los hechos, expresa que la arbitrariedad recae por el hecho de ser mapuche, sin embargo, la decisión del recurrido de no renovar la contrata del denunciante se enmarca dentro de un conjunto de disposiciones legales que admiten dicha posibilidad. En efecto, don J.C. Ñeguey, ingresa a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el 13 de mayo de 2013, en calidad jurídica a Contrata, y de acuerdo al artículo 10 del DFL N°29 de 2004 del Ministerio de hacienda, se le comunica al denunciante que no se renovaría o prorrogaría su contrata para el año 2015, por lo que el día 31 de diciembre de 2014, por la causal de vencimiento del plazo estipulado deja de prestar servicios a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”

Normativa: Ley N° 19.253, Ley Indígena; Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

Juez: Carmen Lorena Seguel Pino

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil-1260-2016.

Fecha de ingreso: 02 de agosto de 2016

Corte: C.A. de Concepción

Fecha fallo: 11 de agosto de dos mil dieciséis

Fallo: Confirma sentencia.

Ministros: Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Concepción integrada por Ministro Presidente Freddy Vasquez Z., Ministro Cesar Gerardo Panes R. y Fiscal Judicial Hernán Amador Rodríguez C. Concepción.

RECURSOS PENDIENTES

Recurso: Recurso de Casación en el Fondo

Rol: Civil - 10328 – 2017

Corte: Corte Suprema

Estado: pendiente a 20 de abril de 2017.

1.2.21. FICHA: Gutiérrez con Red de Televisión

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-8602-2016

Fecha: 05 de abril de 2016

Tribunal: 12º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 08 de agosto de 2016

Resolución: se acoge acción

Resumen de caso: comparece Ignacio Gutiérrez Castillo, deduce acción de no discriminación arbitraria en contra de la sociedad Red Televisiva Chilevisión S.A. Agrega que, en el mes de diciembre de 2015 y de enero de 2016, se efectuaron reuniones con el asesor estratégico de la empresa, en las que se le habría indicado que debía "JUGAR MÁS CON SU HOMOSEXUALIDAD". Ante la negativa del demandante, lo sacaron del programa.

Resolución

"Décimo: ...

Por ello, no resulta razonable que el canal haya introducido cambios en la asignación de roles de los conductores del Matinal, en perjuicio del que, entre ambos, aparecía como validado ante la audiencia televisiva. Esta magistrado utiliza la denominación "en perjuicio" por cuanto estima que el demandante se encontraba cómodo con el rol que representaba en pantalla en el programa, y las características de éste, por lo que el intento de que asumiera un rol diverso que le permitiera expresarse "desde su identidad sexual" claramente representa una invasión a la intimidad del actor, circunstancia sobre la que se volverá más adelante.

Entonces, si la intención del canal demandado no resulta razonable, atendido los antecedentes aportados precedentemente, quiere decir que la decisión adoptada por éste en el sentido de traer un conductor para el Matinal que fuere heterosexual y que el actor asumiera "su identidad sexual", resulta arbitraria, desde que como se dijo, no se ajusta a criterios de razonabilidad, establecidos en el estudio contratado por el propio canal demandado."

Normativa: Constitución Política de la República; Convención Interamericana De Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Juez: María Sofía Gutiérrez Bermedo.

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 11717 - 2016

Fecha de ingreso: 20 de octubre de 2016

Corte: C.A. de Santiago

Rol primera instancia: C-8602-2016

Fallo: se confirma sentencia apelada.

Resolución:

“11º) Que, corresponde ahora determinar si los hechos establecidos como ciertos en el motivo precedente constituyen una discriminación arbitraria hacia el actor. Al respecto, cabe consignar que si bien la demanda no especifica en detalle en qué habría consistido la distinción, exclusión o restricción en los términos que alude el artículo 2 de la Ley 20.609, no es menos cierto que en la reformulación del matinal, hecho reconocido por ambas partes, se decide cambiar el rol que realizaba el demandante, indicándole expresamente que uno de estos nuevos roles, a saber, el dueño de casa obviamente no podía ejercerlo él, y para decidir aquello se acudió como se reconoce a fojas 64 del informe de la denunciada a su “orientación sexual”, es decir, a una de las categorías sospechosas de discriminación citadas en el artículo 2. A su vez, se buscó que el demandante se expresara desde su sensibilidad homosexual, con ello queda demostrado que el actor ha sido objeto de una discriminación al excluirlo del rol denominado “dueño de casa” en el matinal junto con buscar que se exprese desde una manera distinta a aquella como hasta ahora lo había hecho, potenciando comportamientos que se estiman propios de la sexualidad del actor, pues de lo contrario no se explica la búsqueda de ese objetivo, la que también se sustenta en la misma categoría ya aludida.

“12º) Que cabe analizar si la discriminación establecida reviste el carácter de arbitraria, es decir, carente de justificación razonable. Al respecto, la demandada ha invocado que dicha decisión se adoptó de manera tal de generar credibilidad en el espectador, para que cada conductor pudiera expresarse desde su identidad sexual como un verdadero ejercicio de autenticidad, invocando para ello la libertad de desarrollar una actividad económica que es uno de los derechos que habilitan para hacer distinciones y que en ese contexto existe la libertad para organizar los recursos humanos y materiales de la organización en pos de la obtención de las metas estratégicas de la empresa. En este análisis es conveniente asentar que establecido que se ha hecho una exclusión del actor de un determinado rol y pretendido que se exprese ahora desde su sensibilidad homosexual acudiendo a una de las categorías sospechosas de discriminación, el análisis de razonabilidad debe ser estricto para excluir la arbitrariedad...”

Voto de minoría:

“Acordado con el voto en contra de la Ministra Mireya López Miranda, quien estuvo por rechazar la demanda de que se trata conforme a las siguientes circunstancias:

...

c.- En efecto, la Constitución Política de la República garantiza a toda persona, institución o grupo el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, de esta manera tanto el actor como el demandante se ven tutelados por la Carta Fundamental. Dentro de esta perspectiva así como el demandante reclama, entre otros, el respeto de su derecho a la vida privada y a la honra; el canal televisivo demandado exige su derecho al libre ejercicio de la actividad económica que desarrolla, de tal manera que es evidente que para que tales derechos puedan co-existir cada uno de sus titulares debe comprender que la vida en sociedad impone derechos y restricciones que permitan el ejercicio pacífico de tales derechos. En este contexto, no existe impedimento legal alguno para que el Canal televisivo decidiera al amparo de la actividad que desarrolla reformular el matinal, incorporar un tercer animador a quien asignar un rol de “dueño de casa” y optar para ello por una persona heterosexual de acuerdo al perfil que se quería dar a dicho papel.

e.- Que preferir al señor Araneda para representar un papel que pretende proyectar un carácter heterosexual frente a la animadora que haría como “dueña de casa”, no invade la esfera de privacidad del demandante, pues el Canal sabiendo la orientación homosexual del actor, decide no asignarle un papel para el cual cree que otro puede proyectarse como más

creíble para la teleaudiencia, teniendo presente el contexto en que se desarrollan estas representaciones.

Ministros: Pronunciada por la Undécima Sala, conformada por el Ministro señor Hernán Crisosto Greisse, por la Ministra señora Mireya Eugenia López Miranda y por el Ministro señor Alejandro Rivera Muñoz.

RECURSOS PENDIENTES

Recurso: Recurso de Casación en el Fondo

Rol: Civil - 5984 – 2017

Corte: Corte Suprema

Estado: pendiente hasta el 27 de marzo de 2017.

1.2.22. FICHA: Valdebenito Varas Patricia Angélica con Schiappacasse Maturana Carlos Daniel

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-4414-2015

Fecha: 09 de octubre de 2015

Tribunal: 1º Juzgado Civil de Viña del Mar

Fecha fallo: 26 de agosto de 2016

Fallo: se acoge acción.

Resumen de caso: comparece doña Patricia Angélica Valdebenito Varas, asesora del hogar, interponiendo acción de no discriminación arbitraria en contra de don Carlos Daniel Schiappacasse Maturana, médico oftalmólogo.

Fundando la demanda sostiene que se desempeña como asesora del hogar en el domicilio ubicado en avenida Reñaca Norte N°190, edificio Atlantis, Viña del Mar. Dentro de sus funciones diarias se incluye el paseo a la mascota. El día 26 de Septiembre, al volver de pasear a “Alai”, ingresó al ascensor del Edificio Atlantis junto a la mascota en dirección al departamento de su empleador, y a los segundos subió don Carlos Daniel Schiappacasse Maturana, en compañía de sus hijas, quien sin mediar provocación alguna, y actuando de forma vehemente le empezó a gritar “bájate, este no es tu lugar. El citado empujó a sus hijas

dentro del ascensor para luego ingresar él y seguir increpándola, y en el fragor de la discusión, el demandado, tomó a “Alai” y la lanzó fuera del ascensor.

Resolución: “OCTAVO: Que la parte demandada, esto es, Carlos Daniel Schiappacasse Maturana, al evacuar su informe reconoce que instó a doña Patricia Valdebenito Varas a bajarse del ascensor de mala forma, para luego proceder a sacar a la fuerza al perro e intentar hacer lo mismo con la parte demandante, quien se resistió a ello, aconteciendo que resulta fuera de dudas que la parte demandada identificó claramente a la parte demandante como una Asesora del Hogar, la cual según se aprecia en el documento electrónico vestía, un delantal propio de su digno oficio, lo que posesionó a la parte demandante, imbuido por un clasismo tan propio como injusto de un segmento de la sociedad, a sentirse injustamente en una categoría socioeconómica superior a la de la accionante, llegando al extremo no sólo de sacar a la fuerza al perro sino también a doña Patricia Valdebenito Varas, vale decir, pretendía que la accionante no permaneciera en el ascensor, reacción que factible resulta concluir habría sido diferente si hubiese sido el dueño del perro quien hubiese estado en el ascensor, actitud violenta que se debió a la situación socioeconómica de la afectada y que involucra una perturbación en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental establecido en la Constitución Política de la República, en especial el consagrado en el N° 2 del artículo 19 de la Carta Magna, esto es el de igualdad ante la ley, en el sentido de no establecer diferencias arbitrarias en el trato de las personas, según su situación socio-económica, resultado útil añadir que no se discute que la hija de la parte demandada haya tenido fobia a los canes, pero según se aprecia en el documento electrónico no hubo ninguna acción de agresividad de la perra lazarillo hacia la menor ni a su padre, incluso cuando dicho can fue expulsado violentamente del ascensor, tampoco reaccionó en forma agresiva, por lo demás el demandado pudo perfectamente esperar el regreso del ascensor.”

Normativa: art. 19 N°2, inc. 2 inc. 1 y 2 de la Constitución Política de la República

Juez: Miguel Montenegro Rossi.

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil - 1885 - 2016

Fecha de ingreso: 27 de septiembre de 2016

Corte: C.A. de Valparaíso

Fecha fallo: 3 de febrero de dos mil diecisiete.

Fallo: se confirma la sentencia apelada.

Resolución: “Visto: Se reproduce la sentencia en alzada, previa eliminación en su fundamento octavo de la frase “..., imbuido por un clasismo tan propio como injusto de un segmento de la sociedad, ...” y en el mismo motivo, se elimina la frase, “..., reacción que factible resulta concluir habría sido diferente si hubiese sido el dueño del perro quien hubiese estado en el ascensor,...”, se confirma la sentencia apelada de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, escrita de fs. 49 a 55 de estos autos.”

Ministros: Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Teresa Carolina De Jesús Figueroa C., Maria Del Rosario Lavín V. y Abogado Integrante Hugo Del Carmen Fuenzalida C. Valparaíso, tres de febrero de dos mil diecisiete.

RECURSOS PENDIENTES

Recurso: Recurso de Casación en el Fondo

Rol: Civil - 8063 – 2017

Corte: Corte Suprema

Estado: en acuerdo a la fecha de 11 de abril de 2017.

1.2.23. FICHA: Claro Con Asociación De Rodeo

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-3015-2014

Fecha: 23 de diciembre de 2014

Tribunal: 1º Juzgado de Letras de Osorno

Caratulado: “CLARO / ASOCIACION DE RODEO”

Fecha fallo: 22 de octubre de 2015

Fallo: Rechaza

Resumen de caso: Comparece representada la empresa AGROINDUSTRIAL LA HERRADURA LIMITA y RODRIGO JAVIER CLARO RIETHMULLER, quienes interponen acción de no discriminación arbitraria en contra de ASOCIACION DE RODEO CHILENO DE

OSORNO. Basan su demanda, en que el rechazo a la solicitud de incorporación de RODRIGO JAVIER CLARO RIETHMULLER, a la Asociación fue arbitraria, provocándoles en consecuencias perjuicios.

Resolución: “DÉCIMO TERCERO: Que, en tales circunstancias, debe concluirse que la decisión de la Asociación de Rodeo Chileno de Osorno, de 5 de noviembre de 2.014, en orden a negar la incorporación de Rodrigo Javier Claro Riethmuller, por no colaborar con las actividades del Club de Rodeo de Puerto Octay, no es acto de discriminación arbitraria. En efecto, tal decisión fue precedida de requerimientos de la Asociación en orden a colaborar con dichos rodeos; de participación de Rodrigo Javier Claro Riethmuller en reuniones organizativas de los mismos; de descargos efectuada por Robinson Yañez Rojas, su empleador; y de evaluación efectuada por los directores de la Asociación; contiene además los motivos y fue finalmente comunicada a Rodrigo Javier Claro Riethmuller. Y descansa en fundamento razonable, esto es, la falta de antecedentes sobre buena conducta, manifestada por la ausencia de colaboración en rodeos efectuados por el Club, a pesar de los compromisos asumidos”

Normativa: Artículo 19 N° 2, 3, 16 de la Constitución.

Juez: Raúl Ramírez López

FICHA APELACIÓN:

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil – 1496 - 2015

Fecha de ingreso: 23 de noviembre de 2015

Corte: C.A. de Valdivia

Fecha fallo: 2 de diciembre de 2015

Fallo: se confirma la sentencia apelada.

Ministros: Pronunciada por la **SEGUNDA SALA**, Ministro Sr. JUAN IGNACIO CORREA ROSADO, Ministra Srta. LORETO CODDOU BRAGA y Fiscal Judicial Sra. MARÍA HELIANA DEL RÍO TAPIA.

1.2.24. FICHA: Poblete con Universidad Tecnológica de Chile Inacap

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 18353-2015

Fecha: 28 de septiembre de 2015

Tribunal: 1º Juzgado Civil de Rancagua

Fecha fallo: 20 de julio de 2016

Resolución: rechaza

Resumen de caso:

Rodrigo Patricio Poblete Muñoz, deduce acción de no discriminación arbitraria, en contra de Universidad Tecnológica de Chile INACAP. El demandante es una persona ciega, habiendo perdido la visión en un accidente el año 2009. Luego de haberse capacitado en técnicas de desplazamiento autónomo y en las tecnologías que le permiten un acceso autónomo a la información, en el año 2012, se matriculó en carrera de Ingeniería en Administración de Empresas mención Finanzas en la universidad denunciada. Señala que luego del primer semestre las asignaturas se le comienzan a hacer completamente inaccesibles. Las razones de ella, son la mala transcripción de los contenidos, realizada por los docentes, el retraso en la entrega del material de estudios y además, la presión por parte de los tutores.

Resolución

“Décimo séptimo: Que, del modo que se ha venido razonando, el acto u omisión que sirve de sustento a la acción de no discriminación arbitraria que aquí se ha intentado, consistente en que la denunciada no ha implementado las herramientas tecnológicas que permitan al denunciante acceder a los contenidos educativos en formatos accesibles y compatibles con los sistemas JAWS y LAMBDA, no ha importado el incumplimiento de una obligación que le sea actualmente exigible a la luz de las normas constitucionales, tratados internacionales y de las leyes y medidas internas adoptadas por Chile, como Estado parte, para implementar de manera efectiva y plena el derecho de acceso a la Educación Superior de una persona con discapacidad, en igualdad de condiciones. La conducta de la reclamada no ha importado entonces una vulneración al derecho fundamental que se analiza, o al menos, que de manera injustificada y arbitraria se haya negado a proporcionar herramientas o condiciones a

que se encuentre actualmente obligada, por lo que aun si la acción se hubiese intentado dentro de plazo, de todas maneras no habría podido prosperar.”

Normativa: 19 N° 2 y 10, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; Ley N° 20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad.

Juez: Manuel Jesús Figueroa Salas.

FICHA APELACIÓN: Poblete con Universidad Tecnológica de Chile Inacap

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil – 770 -2016

Fecha de ingreso: 8 de agosto de 2016

Corte: C.A. de Rancagua

Fecha fallo: 22 de agosto de 2016

Fallo: se confirma la sentencia apelada.

Ministros: Michel Anthony González Carvajal, Sandra Marcela de Orue Rios ; Carlos Alberto Moreno Sandoval.

1.2.25. FICHA: Agurto con Cía. Ja Transportes Ltda.

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 6324-2015

Fecha: 18 de marzo de 2015

Tribunal: 9° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 5 de agosto de 2016

Resolución: acoge acción.

Resumen de caso: Comparece don VÍCTOR HUGO AGURTO PAREDES, quien deduce acción de no discriminación arbitraria, en contra de COMPAÑÍA DE TRANSPORTES JAC LIMITADA. El demandante toma el bus interprovincial de la línea de buses "Compañía de

Transportes Jac Limitada", de Temuco a Loncoche. Cuando había pasado un rato, el conductor, detiene el bus y le dice al actor que debía bajar del bus, porque le estaba manchando con sangre la funda que llevan los asientos para apoyar la cabeza. El actor se niega y comienza una discusión, en la que el conductor del bus agrede verbalmente al demandante, haciendo alusión a su enfermedad.

Resolución: “SEXTO: Que para acreditar los hechos ya descritos, el actor se valió de los medios de prueba señalados en el considerando primero de este fallo, los cuales apreciados de acuerdo a las normas de la sana crítica, han producido la convicción en este sentenciador, que el acto discriminatorio arbitrario efectivamente existió, en los términos del artículo 2° de la ley aplicable al caso, por cuanto, hubo una distinción, exclusión o restricción que careció de justificación razonable, efectuada por un particular (conductor del bus), fundado en la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad del actor, causando perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República a saber: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, manifestado en que toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro...”

Normativa: Ley 20.609, del artículo 19 número 1 y siguientes de la Constitución Política de la República y los artículos 1° 7° y 8° de la Declaración Internacional de Derechos Humanos, y los artículos 2314 y 2320 del Código Civil

Juez: CACIANO BAEZ VILLA

FICHA APELACIÓN

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil – 989-2016

Fecha de ingreso: 25 de agosto de 2016

Corte: C.A. de Temuco

Fecha fallo: 21 de marzo de 2016

Fallo: confirma sentencia.

Ministros: Aner Ismael Padilla Buzada, Wilfred Augusto Ziehlmann Zamorano, Manuel Antonio Contreras Lagos.

1.2.26. FICHA: Covarrubias Con León

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 3388-2015

Fecha: 13 de marzo de 2015

Tribunal: 1º Juzgado Civil de Puente Alto

Fecha fallo: 26 de agosto de 2016

Resolución: acoge acción

Resumen de caso:

Comparece Francisco Reinaldo Covarrubias Muñoz, en representación de su hija menor de edad, Francisca Montserrat Covarrubias Donoso, quien interpone acción de no discriminación en contra de don Eduardo Fermín León Rojas y doña Karem Jazmín Feres Reyes. Funda su demanda en que su hija durante el año 2012, comenzó a practica artes circenses. Señala que don Eduardo Fermín León Rojas, invitó a los estudiantes a un evento de Santiago a Mil, al cual los alumnos no concurrieron. Los demandados, desvincularon a los alumnos que no concurrieron al evento sin expresión de causa.

Resolución

“NOVENO: ... Lo anterior, analizado conforme a las reglas de la sana crítica, permite concluir que lo que en realidad molesta al profesor es que, haciendo los comentarios en público, sus alumnos no le respondan por la misma vía de comunicación si van o no a las actividades, haciendo en público amenazas a los alumnos antiguos, lo que a criterio de este Juez constituye evidentemente una desvinculación o expulsión que no se encuentra respaldada por una conducta o hechos que lo ameriten, es decir, no aparece como una justificación razonable sino más bien como una decisión caprichosa, motivada por una especie de revancha o castigo por no responder en las redes sociales al profesor quien se siente, de esta manera, postergado, empero ello no es más que una actitud de celo o excesiva vanidad que no justifica un reproche como aquel de que fue objeto la menor de edad hija del acto, y como tal constituye un acto que, conforme a la legislación en la cual se funda esta demanda,

es discriminación arbitraria, y así no es posible pretender que nuestra legislación ni este juez ampare decisiones que al final del día tengan como motivación el “favoritismo” o dar “like” a comentarios de redes sociales de quienes se encuentran por alguna u otra razón en una situación de poder respecto de sus lectores, cual es el caso de marras, en el cual se trasluce que dicha desvinculación no es más que un acto caprichoso de poder cuyo objeto es generar miedo a los alumnos nuevos que también están en el grupo, razones que llevarán a acoger la acción intentada por don Francisco Covarrubias Muñoz en representación de su hija Francisca”

Normativa: artículos 1 y siguientes de la Ley 20.609; artículos 1, y 19 de la Constitución Política de la República, la Convención de Derechos del Niño, art. 1698 del Código Civil.

Juez: Cristián García Charles

1.2.27. FICHA: Quinteros con Universidad Andres Bello

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 17928-2015

Fecha: 29 de julio de 2015

Tribunal: 29º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 14 de septiembre de 2016

Resolución: Rechaza acción

Resumen de caso: Comparece do a Gabriela Soledad Quinteros Carvajal, quien interpone acción de no discriminación arbitraria, en contra de Universidad Nacional Andrés Bello. Fundamenta su demanda en que el día martes 31 de marzo los alumnos del Tercer Ejercicio de Grado de las sedes de Concepción, Santiago y Viña del Mar, de la Universidad Nacional Andrés Bello, rindieron su examen bajo un instrumento uniforme, sin distinción alguna, manteniendo las mismas preguntas y casos. La discriminación consiste en que, según la denunciante, existe una desigualdad de criterios al momento de la corrección de examen, existiendo un puntaje distinto de aprobación según la sede en que se rindió la prueba, siendo puntaje de aprobación en Concepción los 18 puntos, a lo que tanto en Viña del Mar como en Santiago fue de 20 puntos.

Resolución “DÉCIMO NOVENO: Que conforme a lo que viene razonado, del mérito de autos se advierte sin lugar a dudas que, la demandante no sólo no invoca como fundamento las categorías que dispone la Ley 20.609, sino que tampoco se ha visto privada del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, menos ha probado que la conducta imputada a la demandada al rebajar de escala de notas en la sede de Concepción, constituya una discriminación arbitraria, conforme a la ley especial ya tantas veces citada, sino que ha sido el demandado quién ha acreditado que la rebaja referida se encuentra absolutamente justificada, y ello en uso de las facultades que tiene como Establecimiento de Educación Superior Autónoma, reconocida por la autoridad estatal del ramo.”

Normativa: art. 1 inc. 1, 19N° 2 de la Constitución Política de la República

Juez: María Cecilia Morales Lacoste

FICHA APELACIÓN

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil – 6068-2016

Fecha de ingreso: 02de junio de 2016

Corte: C.A. de Santiago

Fecha fallo: 05 de agosto de 2016

Fallo: se confirma sentencia apelada.

Ministros: Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministro señora Dobra Lusic Nadal, ministro señor Guillermo de la Barra Dünner, abogado integrante señor David Peralta Anabalón.

1.2.28. FICHA: Orellana con Soc. Comercializadora Cugat Ltda

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 13702-2016

Fecha: 24 de marzo de 2016

Tribunal: 1º Juzgado Civil de Rancagua

Fecha fallo: 21 de septiembre de 2016

Resolución: acoge

Resumen de caso: Comparece doña María Elba Orellana Verdugo, actuando a favor de su hijo Jhon Marcelo Badilla Orellana, quien interpone Acción de no discriminación Arbitraria en contra de Sociedad Comercializadora CUGAT Ltda. Hace presente que su hijo Jhon es una persona con Síndrome de Down (70% mental y 10% física. Jhon y su padre (Benedicto Badilla Vergara) acudieron al Supermercado. En la caja, Jhon recordó que había olvidado comprar una porción de “pichanga” y una bebida, por lo que decidió ir a buscarlos. Al llegar a la sección de cecinas, Jhon indicó a la persona encargada que era lo que necesitaba, pero ésta no logró entender lo que él estaba pidiendo, por lo que procedió a ignorarlo continuando con la atención a otros clientes. Pese a la insistencia de Jhon y en vista de la negativa de la trabajadora de escucharlo, procedió a ingresar al mostrador para simplemente señalar qué era lo que tanto pedía, pero ella al verlo y en lugar de escucharlo para atenderlo, procedió a empujarlo e increparlo violentamente. Como consecuencia de lo señalado anteriormente, ésta alertó a dos trabajadores del área de cecinas, quienes lo retuvieron.

Resolución “Duodécimo: Que, en el caso que nos convoca y de la reconstrucción de hechos que se hiciera en los motivos octavo y noveno, ponderando la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, la falta de una atención adecuada hacia Jhon Marcelo como cliente de un establecimiento comercial del cual solicitaba un producto o servicio y su posterior retención, motivada en lo que la denunciada califica como una reacción “ofuscada y confusa” y en la finalidad de encontrar a las personas responsables de su cuidado, no encuentran en este caso una justificación razonable, pues bastaba una vez entregado el producto – lo que sucedió ya que así se observa en la imagen de video – con haberle solicitado que se retirara desde un sector no habilitado, sin que les correspondiera a sus dependientes el presumir sin más y en razón de su discapacidad, que no podría desenvolverse por sí solo dentro del supermercado, como revela en definitiva su proceder. Estos actos, en su conjunto,

demuestran en su personal una falta de capacitación en materia de inclusión de personas con discapacidad y de respeto al principio de Vida Independiente que a las mismas les asiste, dando cuenta de un actuar de mal entendida protección que más bien responde a un prejuicio o estereotipo que ha de ser desterrado, haciendo siempre prevalecer el respeto a la autonomía e independencia que a toda persona con discapacidad se le reconoce dentro del catálogo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

Normativa: Ley N° 20.422, artículo 19 N° 1, 2 y 7 de la Constitución Política de la República; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación con las Personas con Discapacidad

Juez: Manuel Jesús Figueroa Salas

1.2.29. FICHA: Luci con Municipalidad de Ñuñoa

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: 24166-2015

Fecha: 4 de octubre de 2015

Tribunal: 7° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 29 de diciembre de 2016

Resolución: acoge

Resumen de caso:

Comparece don Sergio Luci Mickle, deduciendo acción de no discriminación arbitraria de la ley 20.609, en contra de la I. Municipalidad de Nuñoa, solicitando sea acogida, ordenándose se realicen exámenes de conducción de forma accesible a su discapacidad, en consideración a su utilización de un vehículo adaptado. Expone que, como consecuencia de una lesión de corte completo en la médula, presenta una discapacidad física equivalente a un 70%, razón por la que requiere de una silla de ruedas. El año 1975 saco licencia con un vehículo adaptado a sus necesidades. Durante el año 2014, intentó renovar su licencia, pero se le exigió, realizar los test estándar, en particular, se le indicó que necesariamente debía pasar por el examen de pedales de freno y acelerador, el examen de manivela y examen de punteado en un dispositivo que giraba en círculos. Posteriormente, se le informó por el

director del Tránsito, que la denegación de la renovación, se fundamenta en la entrevista realizada por el médico del Gabinete Psicotécnico, quien consideró que la discapacidad que le afecta (Paraplejía + Diparesia) le impedían realizar los test requeridos para el otorgamiento de Licencia.

Resolución: “DÉCIMO TERCERO: Que, resulta claro para esta magistratura que dicho requerimiento de practicar los exámenes psicométricos estandarizados suponen, en la práctica de un parapléjico, un obstáculo imposible de salvar, toda vez que precisamente dicha estandarización, la que supone garantía de igualdad y certeza en el caso de personas de movilidad completa, deviene una brecha en dicha igualdad al dejar de ser un requisito -es decir, por definición una carga accesible de satisfacer- para constituirse en un obstáculo insalvable para una persona que padece la afección del denunciante.”

Normativa: Ley 20.422 establecen medidas para la igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad; Ley de Tránsito N°18.290; artículos 1 y 5 de la Constitución Política de la República, artículos 2, 9, 19 y demás pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Juez: María Soledad Oyanedel Rodríguez

FICHA APELACIÓN

Recurso: Apelación de sentencia definitiva

Rol: Civil – 6359-2017

Fecha de ingreso: 8 de junio de 2017

Corte: C.A. de Santiago

Estado: en relación, 19 de junio de 2017

1.2.30. FICHA: Sheila Marianella Sánchez Copaja con Ilustre Municipalidad de Arica

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C 2113-2016

Fecha: 20 de julio del año 2016

Tribunal: 2º Juzgado de Letras de Arica

Caratulado: "Sheila Marianella Sánchez Copaja Con Ilustre Municipalidad De Arica"

Fecha fallo: 23 de enero de 2017

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece representada Sheila Marianella Sánchez Copaja quien interpone acción de no discriminación en contra de Ilustre Municipalidad De Arica, afirmando que fue discriminada por su discapacidad física, en tanto no se le renovó su licencia de conducir.

Resolución: se rechaza la demanda por falta de prueba que acredite los presupuestos fácticos en que se basa la demanda.

Juez: Gonzalo Roberto Quiroz Espinoza.

1.2.31. FICHA: Quintana con Universidad Finis Terrae

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-7987-2016

Fecha: 24 de marzo del 2016

Tribunal: 7º Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 13 de febrero de dos mil diecisiete

Fallo: rechaza

Resumen de caso: comparece Mario Eduardo Quintana Mass quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra de la Universidad Finis Terrae, fundando su demanda en que fue hostigado en la realización de su examen de grado por el personal académico. La

profesora Vivanco, al finalizar la interrogación, manifestó ser contraria a aprobar al demandante, por estimar peligroso que ejerza como profesional en atención a su nivel de descontrol.

Resolución: “habiendo tenido acceso al registro de audio del examen en cuestión, no aparece de manifiesto la consideración de elementos extra académicos en la ponderación del mismo.

Juez: doña Carolina Ramírez Reyes

1.2.32. FICHA: Sandoval con Emp. Transp.de Pasaj. Metro S.A

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-20679-2016

Fecha: 17 de agosto del 2017

Tribunal: 29 Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 13 de marzo del 2017

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece Jeannette Sandoval Camarada quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra de Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. Afirma que la empresa lo discriminó en razón de su discapacidad física. Esto pues ante evacuación del metro por aviso bomba, no pudo salir de la estación por no tener operativos los mecanismos de accesibilidad.

Resolución: se rechaza por no acreditar que existió una distinción, exclusión, restricción. Tampoco se acredita que no haya tenido una justificación razonable.

Juez: doña Marisel Jeanette Canales Moya

1.2.33. FICHA: Ferroni con Colegio Patmos Limitada

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-3505-2016

Fecha: 12 de agosto del año 2016

Tribunal: 3º Juzgado Civil de Viña del Mar

Fecha fallo: 7 de junio del 2017

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece Carlos Luiggi Ferroni Meza quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra de Colegio Patmos Limitada, afirmando que fue discriminado por su discapacidad física.

Resolución: no cumple con los requisitos señalados.

Juez: Esteban Andrés Gómez Barahona.

1.2.34. FICHA: Nuñez con Liceo Salesiano Manuel Arriarán Barros

Rol: C-132305-2016

Fecha: 8 de septiembre del año 2016

Tribunal: 4º Juzgado Civil de San Miguel

Fecha fallo: 19 de junio del 2016

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece Eduardo Nuñez Camilo, quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra del Liceo Salesiano Manuel Arriarán Barros, basa su demanda en que fue expulsado del colegio en virtud de una patología de adicción moderada a las drogas.

Resolución: Que los hechos acreditados en autos no son constitutivos de la actuación arbitraria.

Juez: Claudia Marín Campusano.

1.2.35. FICHA: Ulloa con Terminal Pacifico Sur Valparaíso

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-2372-2016

Fecha: 25 de octubre del año 2016

Tribunal: 4 Juzgado Civil de Valparaíso

Fecha fallo: 11 de Julio de 2017

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece Leonardo Ulloa Arancibia, de quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra del Terminal Pacifico Sur Valparaíso, por haber sido excluido en forma unilateral, y sin previo aviso, del nuevo sistema de seguro que corresponde al 2016, quedando fuera del listado de prestadores preferentes

Resolución: no se acredita por el demandante que el hecho consista en un acto de discriminación arbitraria que carezca de justificación razonable y que afecte a derechos fundamentales.

Juez: Carmen Gloria Vargas Morales.

1.2.36. FICHA: Derpich con Iglesia Evangélica Pentecostal

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-2652-2017

Fecha: 7 de enero de 2017

Tribunal: 1º Juzgado Civil de San Miguel

Fecha fallo: 27 de julio del 2017.

Fallo: rechaza

Resumen de caso:

Comparece Juan Derpich Leme, pastor evangélico, quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra de la Iglesia Evangélica Pentecostal, basándose en que la

Iglesia, lo habría apartado de sus funciones como pastor activo, quedando relegado a participar como un miembro más, en razón de su enfermedad.

Resolución: se rechaza la acción, pues el demandante, no acredita el primer requisito, esto es que sufrió un trato diferente distinción, exclusión o restricción al desplegado por la denunciada.

Juez: doña Daniela Andrea Soto López

1.2.37. FICHA: Ureta con Fernando González Mardones y Compañía Limitada

Acción: Acción de no discriminación arbitraria, primera instancia.

Rol: C-27742-2016

Fecha: 9 de noviembre de 2016

Tribunal: 17° Juzgado Civil de Santiago

Fecha fallo: 31 de julio de 2017

Fallo: acoge

Resumen de caso:

Comparece don Alfredo Ureta Henríquez, quien interpone acción de no discriminación arbitraria en contra la empresa Fernando González Mardones y Compa a Limitada, fundado su discapacidad física, calificada con un 70%. Se inscribió en la Academia de Actuación de Fernando González, en el taller de actuación. Posteriormente se le informa que la Escuela no estaba dispuesta a admitirlo en los Talleres Vespertinos de Actuación, nivel medio, a raíz de su incapacidad, pues según los demandados, le imposibilita asumir de buena forma los contenidos del curso.

Resolución:

VIGESIMO TERCERO: Que la conjugación armónica de las normas antes transcritas, nos lleva a concluir que no resulta atendible la justificación ofrecida por la denunciada para excluir al demandante del Taller, debido a que la Ley le exige mantener condiciones físicas, adecuación de programas y personal idóneo para atender a personas con capacidades especiales, máxime si se trata de una prestigiosa Academia que forma actores profesionales y entrega herramientas a personas comunes para su desarrollo personal y laboral, sobre todo si las garantías que pretendía proteger a través de la constricción del derecho lesionado

(igualdad), es decir el derecho de asociación, de libertad de enseñanza y la libertad para desarrollar una actividad económica, de ninguna forma se habrían visto afectadas por la adecuación del reglamento y la introducción de condiciones físicas y académicas para personas con capacidades especiales. Que en definitiva queda claro que el primer factor del principio del principio de proporcionalidad no se cumple.

Juez: Doña Rocío Pérez Gamboa