



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

ANÁLISIS DE IDONEIDAD DE LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN TORNO A
LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS
TÉRMINOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES**

FELIPE IGNACIO SALDÍAS MEZZANO

PROFESORES GUÍAS:

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON

CRISTIÁN MATURANA MÍQUEL

SANTIAGO DE CHILE

ABRIL DE 2021

*“Hay tantos niños que van a nacer
Con una alita rota
Y yo quiero que vuelen compañero
Que su revolución
Les dé un pedazo de cielo rojo
Para que puedan volar”.*

Pedro Lemebel

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	4
ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	8
1.1. El derecho a obtener tutela judicial efectiva.	8
1.1.1. Contextualización y origen.	8
1.1.2. Alcances conceptuales.	9
1.1.3. Relación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva.	12
1.2. Derechos integrantes de la tutela judicial efectiva.	17
1.2.1. Derecho de acceso a la justicia.	18
1.2.2. Derecho a los recursos, legalmente previstos.	20
1.2.3. Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.	23
1.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Tutela Judicial Efectiva.	25
1.3.1. Aproximaciones previas	26
1.3.2. Construcción de las garantías.	27
1.3.2.1. Recurso idóneo.	27
1.3.2.2. Recurso efectivo.	28
1.3.2.3. Rapidez del recurso.	31
1.3.2.4. Sencillez del recurso.	32
CAPÍTULO II. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA. 34	
2.1. El Derecho a la igualdad.	34
2.1.1. Aproximaciones conceptuales previas.	34
2.1.2. Igualdad en un sentido formal y sustantivo.	37
2.2. El principio de no discriminación.	42
2.2.1. Conceptualización.	42
2.2.2. Causas de la discriminación.	44
2.2.3. Tipos de discriminación.	45
2.2.4. Consecuencias de la discriminación.	48
CAPÍTULO III. DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y, EN ESPECIAL, LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN CHILENA.	51
3.1. Derecho Antidiscriminatorio.	51

3.1.1. Desarrollo general de la disciplina.	51
3.1.2. Desarrollo en el derecho internacional.	54
3.2. Recepción del derecho antidiscriminatorio en Chile.	58
3.3. La ley antidiscriminación.	59
3.3.1. Antecedentes de la Ley Antidiscriminación	59
3.3.2. Aspectos procesales de la Ley Zamudio	62
3.3.3. Balance estadístico en base a su jurisprudencia.	64
3.3.4. Niveles de discriminación posteriores a la entrada en vigor de la ley.	66
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.	70
4.1. Efectividad de la acción en torno a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre tutela judicial efectiva.	70
4.1.1. Idoneidad y efectividad de la acción de no discriminación.	71
4.1.1.1. Sobre cumplimiento de la finalidad de la acción, y sus consecuencias.	71
4.1.1.2. Sobre las medidas de reparación.	77
4.1.2. Sencillez y rapidez de la acción de no discriminación.	80
4.2. Otros aspectos críticos de la regulación de la acción de no discriminación.	82
4.3. Proyecto de reforma legal a la acción de no discriminación.	84
4.3.1. Principales cambios legislativos propuestos.	84
4.3.2. Análisis de efectividad de las modificaciones propuestas.	86
CONCLUSIONES.	89
BIBLIOGRAFÍA CITADA	91

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, quiero agradecer a quienes han sido mi pilar fundamental a lo largo de toda mi vida, para poder salir adelante y que me han apoyado de forma incondicional hasta esta altura. Me refiero a mi querida y amada familia, a quienes les dedico este trabajo de investigación, sobre todo porque me inculcaron las bases principales de mis valores como persona, y también mis deseos de construir una sociedad mucho más justa y equitativa. No estaría acá de no ser por ustedes.

En segundo lugar, a mis queridos amigos a lo largo de mi vida y, especialmente, a quienes me han apoyado en esta etapa. Particular mención merece mi grupo universitario. Con ustedes pude crecer notablemente, tanto en mis valores como en lo profesional. Espero que, sin perjuicio de los caminos que tomaremos, nunca perdamos este vínculo, y podamos seguir creciendo juntos. Los quiero.

También a los profesores Cristián Maturana y María de los Ángeles González, quienes me han permitido abordar esta temática, y me han ayudado al máximo posible para que esta investigación resulte ser una importante contribución al área procesal. Asimismo, a la profesora Renée Rivero por despertar mi interés hacia esta disciplina del derecho, un tanto árida, pero de suma relevancia para los derechos de los justiciables. Además, a las profesoras María Soledad Lagos, y Jessica Torres, quienes me han ayudado de forma considerable a seguir profundizando mis conocimientos en esta área.

A la Fundación Iguales, por cuanto me ayudaron en un comienzo a aterrizar las ideas que en esta investigación se plasman, cuando aún no podía decidir sobre qué investigar. Además, a cada una de las personas que he conocido en mi vida y me han inculcado la protección de los derechos humanos como uno de los pilares más fundamentales de mi carrera universitaria, y de lo que espero para el futuro.

Finalmente, este trabajo se lo dedico a la memoria de Daniel Zamudio, Macarena Valdés, Anna Cook, y a todas las personas que han sido asesinadas, violentadas, torturadas o hayan tenido que sufrir por la única razón de ser quienes son, porque esta sociedad no nos lo permite. Sigamos resistiendo. Sigamos amando. Sigamos luchando.

ABREVIATURAS

CASEN	Caracterización Socioeconómica Nacional.
CE	Constitución de España.
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPC	Código de Procedimiento Civil.
DECS	Dirección de Estudios de la Corte Suprema.
DDHH	Derechos Humanos.
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos.
LAD	Ley Antidiscriminación chilena.
LGBTQI+	Lesbianas, gays, bisexuales, trans, <i>queers</i> , intersexuales y otras identidades.
MOVILH	Movimiento de Integración y Liberación Homosexual.
NNA	Niños, Niñas y Adolescentes.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
RAE	Real Academia de la Lengua Española.
SENAMA	Servicio Nacional del Adulto Mayor.
TC	Tribunal Constitucional chileno.
TCE	Tribunal Constitucional español.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
UTM	Unidad Tributaria Mensual.

INTRODUCCIÓN

Con fecha 22 de marzo del año 2005, el entonces Presidente de la República da inicio a la tramitación de un proyecto de ley cuya finalidad es la de sancionar y combatir la discriminación en nuestro país; iniciativa que permaneció inactiva durante un gran lapso de tiempo en su tramitación en el Congreso Nacional.

No obstante, dos hechos ocurridos en el año 2012 pusieron sobre la palestra nuevamente la necesidad urgente de contar con una ley que sancione efectivamente los fenómenos discriminatorios en Chile. En primer lugar, me refiero a la condena internacional a nuestro país por el Caso Atala Riffo y Niñas, con fecha 24 de febrero de 2012, en el cual, se habría demostrado que la institucionalidad estatal cometió una discriminación arbitraria, basada en la orientación sexual de la accionante ante el sistema interamericano.

En segundo lugar, el 5 de marzo del 2012, tuvo lugar una brutal golpiza y tortura a un joven homosexual - Daniel Zamudio- por parte de un grupo de personas homofóbicas aparentemente vinculadas al neonazismo. Producto de la gravedad de los daños, el joven muere el 27 de marzo. En particular, este último hecho provocó una aceleración mediática de la tramitación de la ley para poder contar un marco legislativo que permita enfrentar a la discriminación de forma más efectiva¹.

En razón de aquello, con fecha 12 de julio de 2012 fue publicada la Ley N°20.609, que establece medidas en contra de la discriminación, coloquialmente conocida como la Ley Zamudio, en razón del ya señalado asesinato del joven.

Habiéndose cumplido ya casi 10 años desde la publicación de la LAD, la doctrina especializada ha sido bastante crítica de su contenido, sobre todo, cuando se considera que en dicho tiempo se ha deducido una muy baja cantidad de causas ante el sistema de justicia formal, lo que permitiría notar que existe un problema de configuración legal de la acción, lo cual, tiene un correlato en el poco impacto transformativo de la realidad que ha tenido esta ley.

Ahora bien, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene su principal y más directo antecedente en la Constitución de España de 1978. Sin perjuicio de la discusión que existe respecto de su contenido y sus alcances, se ha señalado que esta garantía obliga a repensar el proceso de una forma totalmente distinta, por cuanto éste debe ser capaz de tutelar los intereses de las personas, en el caso de que estos se vean afectados, protegiendo así sus derechos fundamentales, y requiriendo que la actividad estatal se oriente a dicho fin².

¹ Paulina Sepúlveda Zepeda. Estudio de Elementos determinantes que influyen en la expedita tramitación de una ley en Chile: Caso Daniel Zamudio (Chile: Universidad de Chile, 2016), p.25.

² Antonio Pérez Luño. Los derechos fundamentales (Madrid, Tecnos: 2004), pp. 23-26.

En ese sentido, los mecanismos de administración de la justicia importan una condición de legitimidad de los Estados actuales³.

Dicha garantía también ha sido recogida en instrumentos internacionales y, en particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado un contenido propio de este derecho fundamental, bajo la categoría de la “Protección Judicial”, del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A este respecto, la Corte entiende que le integrarían cuatro garantías indispensables para el establecimiento de recursos que tengan por finalidad la protección de algún derecho humano⁴. Estas son la idoneidad, efectividad, sencillez y rapidez.

En razón de lo expuesto, este trabajo de investigación tiene por finalidad analizar si la acción de no discriminación, regulada en la LAD, es un mecanismo que permite tutelar de forma efectiva e idónea el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación. Para aquello, se le analizará a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH a propósito de la protección judicial, el cual, será complementado por los aportes respectivos del derecho antidiscriminatorio.

Para dichos efectos, en el primer capítulo se constata en qué consiste el derecho a la tutela judicial efectiva y su contenido propio, con un especial énfasis en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH.

El segundo capítulo tiene por finalidad realizar un acercamiento al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación, tanto de forma conceptual como en la configuración propia de ambas garantías.

El tercer capítulo busca exponer en qué consiste el derecho antidiscriminatorio y la forma en que se ha consagrado en nuestro país, particularmente, con la Ley Antidiscriminación. En ese sentido, se buscará constatar su funcionamiento práctico.

Finalmente, el cuarto capítulo analiza de forma crítica el contenido de la Ley Zamudio a luz de las garantías que la Corte IDH ha entendido como parte del contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva, para finalizar analizando el proyecto de reforma legislativa a la ley.

³ Roberto González Álvarez. El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal, en *ARS BONI ET AEQUI*, vol. 7, N°2 (Santiago, Universidad Bernardo O’ Higgins; 2011), p.216.

⁴ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica (México, UBIJUS editorial; 2015), pp. 27-28.

CAPÍTULO I. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En el desarrollo constitucional a nivel global ha tenido lugar un hito de constitucionalización de diversas instituciones y principios procesales, cuya finalidad ha sido la de reforzar las garantías del proceso respecto de las personas. Esta consagración constitucional, si bien, se inició respecto del procedimiento penal, con el avance del tiempo, también se ha ido produciendo en lo relativo a los demás órdenes procesales, alcanzando muchas de ellas nuevas formulaciones normativas como garantías procesales fundamentales, incorporadas en tratados internacionales de derechos humanos⁵, dentro de las cuales, se encuentra la tutela judicial efectiva.

Este capítulo tiene por finalidad realizar un acercamiento en torno a la discusión sobre la tutela judicial efectiva, y a las garantías que la integrarían.

En consecuencia, en primer lugar, se realizará una ordenación del debate doctrinario en torno a la conceptualización de este derecho.

Posteriormente, se expondrá acerca del contenido concreto de este derecho, respecto de las garantías que lo integrarían y sus alcances, todo lo cual es desarrollado, principalmente, de mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Finalmente, se analizará la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado este derecho, mediante la construcción de garantías específicas para su efectivo cumplimiento.

1.1. El derecho a obtener tutela judicial efectiva.

1.1.1. Contextualización y origen.

Europa, durante la primera mitad del S.XX, quedó bastante golpeada producto de las dos guerras mundiales ocurridas en dicho continente, y como consecuencia de los totalitarismos que surgieron durante ese periodo. En ese contexto, una vez caídos dichos Estados fascistas, no es de extrañar que los esfuerzos se desplegaran en orden a evitar un nuevo auge de restricción de garantías y libertades individuales. Precisamente, en ese momento histórico es que el derecho a la tutela judicial efectiva comienza a ser garantizado en el derecho continental.

⁵ Manuel Ortells Ramos. "Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil", en *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N°1 (Talca, Universidad de Talca; 2010), p.397.

Si bien, fue la Constitución Española de 1978 que reconoce de forma expresa, y en dichos términos, la tutela judicial efectiva, es posible encontrar sus antecedentes constitucionales muchos años antes⁶. Me refiero tanto a la Carta Magna italiana, de 1947, como a la Ley Fundamental de Bonn, de Alemania, en 1949⁷. De esta forma, la primera prescribe en su artículo 24 que “Todos pueden accionar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento”. La constitución alemana se pronuncia en términos bastante similares, la cual, en su artículo 19.4 señala que “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios⁸”. Así, el constituyente español habría tenido a la vista ambas normas para la redacción de la normativa interna⁹.

Siguiendo esta línea, el artículo 24.1 de la Constitución española prescribe que “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” Inmediatamente, el número 2 del artículo enuncia una serie de garantías procesales, dentro de las cuales, se menciona el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, entre otros. A partir de esta norma han surgido varias discusiones que intentan colmar el contenido de esta garantía, todas las cuales, serán abordadas separadamente.

1.1.2. Alcances conceptuales.

El artículo 24.1 CE no otorga ninguna definición concreta respecto de lo que ha de entenderse por tutela judicial efectiva, por lo que ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia quienes han debido completar dicho concepto. Sin embargo, dicha labor tampoco ha sido sencilla, por cuanto se ha señalado que esta es una garantía compleja, de difícil definición, que constituye un derecho humano consagrado a nivel constitucional, compuesto, a su vez, de múltiples garantías¹⁰, sobre las cuales, existe, a lo menos, un consenso básico.

⁶ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana. El derecho a la tutela judicial efectiva (Valencia, Tirant lo Blanc, 2013), p.11. Sin perjuicio de esto, el autor también señala que es posible encontrar antecedentes remotos de esta garantía incluso en la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano, que ya reconocía la presunción de inocencia. Asimismo, también se menciona el proceso constituyente estadounidense de 1787, en lo referente a un debido proceso legal.

⁷ Benjamín Marcheco Acuña. “La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana”, en *Estudios Constitucionales Vol. 18, N°1*. (Guayaquil; 2020), p.95.

⁸ La traducción de ambas normativas corresponde a Roberto González Álvarez, en “El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal”.

⁹ Roberto González Álvarez. El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal, en *ARS BONI ETAEQUI*, vol. 7, N°2 (Santiago, Universidad Bernardo O’Higgins; 2011), p.216.

¹⁰ Vanesa Aguirre Guzmán. El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, en *Revista de Derecho N°14* (Quito: 2011), p.6.

Un primer acercamiento conceptual lo podemos encontrar en el sector de la doctrina que se inclina por considerar que la tutela judicial efectiva es nada más que el derecho a la acción, pero constitucionalizado¹¹. Sobre esto, ROBERTO GONZÁLEZ indica que dicha consagración ocurre en un momento histórico de la discusión española en torno al entendimiento de la acción como una categoría propia del derecho procesal. En ese contexto, el constituyente español habría querido elevar a nivel constitucional dicha garantía, tal como sus pares italianos y alemanes lo hicieron en sus respectivas cartas fundamentales, sin que esta implicara la existencia de otro derecho con un contenido mucho más complejo. De hecho, lo que se tenía a la vista sería el derecho de toda persona para que se le haga justicia, y que dicha pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, lo cual no es nada más que la forma en que se ha entendido el concepto de acción. Por lo tanto, la tutela judicial efectiva es plenamente el derecho a la acción constitucionalizado¹².

Sin perjuicio de lo anterior, este mismo autor reconoce que la discusión constitucional tuvo el objetivo de impedir que vuelvan a ocurrir administraciones totalitarias¹³ - como la vivida en España bajo la dictadura de Francisco Franco-, lo cual, buscaría como objetivo adicional generar nuevamente una sensación de confianza en el servicio judicial respecto del ciudadano¹⁴.

En dicho sentido, como segunda propuesta conceptual, la tutela judicial efectiva constituye, en realidad, una verdadera defensa de las personas que se encuentren en una situación de desventaja, para lo cual, se exige un Estado con un rol mucho más activo que garantice el pleno goce de los derechos de los ciudadanos y sus mecanismos de reparación. Esto último, sería indispensable si se busca la plena legitimidad del poder público, mediante una verdadera funcionalidad operativa de las libertades individuales¹⁵. En ese sentido, “para que los derechos de la persona sean realmente respetados se requiere una verdadera tutela jurisdiccional y, por supuesto, que ésta sea efectiva (...), pues sólo así pueden acceder a las ventajas que les ofrecen las normas”¹⁶.

Sobre esto último, el Estado tiene la obligación de implementar adecuadamente el sistema de justicia para tal finalidad, puesto que, de lo contrario, se produciría un sentimiento de insatisfacción respecto del deseo de justicia que legítimamente tiene la sociedad, lo que provocaría un resurgimiento de los mecanismos de autotutela para la solución de los conflictos, desencadenando en una crisis social y jurídica¹⁷. Por lo tanto, es posible vislumbrar que la forma en que se organiza la administración de la justicia tiene un impacto

¹¹ Vicente Gimeno Sendra. *Introducción al Derecho procesal (con la colaboración de Manuel Díaz Martínez)*, 6º ed. (Madrid: Colex, 2010), p.239.

¹² Roberto González Álvarez, *El principio fundamental...*, pp.216-218.

¹³ Roberto González Álvarez, *El principio fundamental...*, p.215.

¹⁴ David Vallespín. *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil* (Barcelona, Atelier: 2002) p. 135

¹⁵ Roberto González Álvarez, *El principio fundamental...*, p.213.

¹⁶ Luis Rodríguez Lozano. *La tutela judicial efectiva en materia de derechos político-electorales*. (México, Tirant lo Blanch: 2013), p.25.

¹⁷ Ángela Figueruelo Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva*. (Madrid, Tecnos: 1990), pp. 49-50.

directo con la estabilidad social y política de un Estado, especialmente, respecto de sectores más vulnerables¹⁸. El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL también se ha pronunciado en este sentido, señalando que la tutela judicial efectiva resulta clave para la consolidación de un auténtico Estado de derecho¹⁹.

Por todas las consideraciones ya señaladas, es erróneo reducir el contenido de la tutela judicial efectiva sólo al derecho a la acción, puesto que incluso desde su origen, se tenía la intención de que fuera una garantía mucho más amplia. Sobre esto, RENÉ MOLINA nos recuerda que este derecho “garantiza el cabal ejercicio de todos los derechos procesales constitucionalmente establecidos, que van desde el acceso a la justicia, hasta la eficaz ejecución del fallo”²⁰.

Apoyaría también esta postura un análisis positivo de dicha garantía, esto es, desde el punto de vista de la escrituración de la norma en cuestión. La redacción inicial propuesta en su discusión constitucional señalaba que se reconocía “el derecho a todas las personas de acceso efectivo a los tribunales”²¹. Sin embargo, tal como señala FRANCISCO CHAMORRO, se quiso evitar que la fórmula de redacción elegida diera a entender, tal como ocurriría con sus pares continentales, que se consagra únicamente el derecho de acceso a la jurisdicción. En consecuencia, desde un comienzo se percibió que la tutela judicial efectiva sería una garantía con un contenido mucho más amplio que el mero derecho de acción²².

Intrínsecamente relacionada con esta propuesta conceptual, se debe tener presente que la configuración de la tutela judicial efectiva se realiza asumiendo su naturaleza jurídica como un derecho humano, lo que conlleva una serie de consecuencias. En primer término, esta garantía produce un “efecto irradiante” que alcanza al Estado en su totalidad, esto es, al poder ejecutivo, legislativo y judicial, la cual se concretiza en una prestación jurídica estatal, referida tanto a la adopción de una normativa que respete el contenido esencial del derecho²³ como en lo relativo a dotar de mecanismos presupuestarios para la verdadera efectividad judicial²⁴.

Esto último permitiría destacar, en segundo término, el carácter esencialmente instrumental de este derecho²⁵. Esto quiere decir que se concibe como una garantía de protección de los derechos fundamentales

¹⁸ Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela...*, p.5.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 24/1994, de 27 de enero de 1994.

²⁰ René Molina G. Reflexiones sobre una visión constitucional sobre el proceso y su tendencia jurisprudencial. (Caracas, Ediciones Paredes; 2002).

²¹ Francisco Chamorro Bernal. La tutela judicial efectiva. (Barcelona, S.A. Bosch: 1994), pp. 5.

²² Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial...*, p. 5-7.

²³ Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela...*, pp.12-15.

²⁴ Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada. “Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, en *Ius et Veritas* N°39 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú: 2009), p.321.

²⁵ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.96.

de las personas, en caso de que estos sean vulnerados, puesto que, de lo contrario, estos perderían toda eficacia²⁶. A este respecto, “el derecho a la tutela judicial efectiva representa una garantía respecto de los demás principios y valores fundamentales, pues es soporte de la defensa del resto de los derechos al implicar el enjuiciamiento de los responsables de la violación de los mismos”²⁷. Esto produce como consecuencia que debe existir una vía idónea en el ordenamiento para poder otorgar una plena defensa jurisdiccional de las relaciones jurídico-materiales de los ciudadanos, debiendo adecuarse la normativa procesal para poder cumplir con dicha finalidad²⁸.

Así las cosas, tal como hubiere sido señalado con anterioridad, este derecho obliga a pensar el proceso de una forma distinta, ya que no se puede seguir configurando como una mera ordenación de trámites y actividades, sino como un verdadero sistema de garantías de protección para las personas²⁹, para lo cual, necesariamente se requiere de una actividad estatal más intensa, en miras a su efectiva materialización, que la requerida para otros derechos³⁰.

En particular, este trabajo se realiza sobre la base de estas últimas posturas, en cuanto la consideración de la tutela judicial efectiva como un derecho humano impide considerarla como el mero derecho a la acción, sino que su contenido es mucho más complejo, sobre todo, cuando consideramos su construcción teórica a partir de su consagración en tratados internacionales de derechos humanos -cuestión que será analizada con al final de este capítulo-.

1.1.3. Relación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

La doctrina ha abordado la relación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva sin que exista algún consenso, debido a que no existe certeza acerca de los límites ni de los contenidos de uno u otro, lo que deriva en una situación de incertidumbre en su estudio³¹.

En primer lugar, podemos encontrar a quienes estiman que ambas garantías consisten, conceptualmente, en los mismos derechos. En otras palabras, en que no existe diferencia alguna entre debido proceso y tutela judicial efectiva. Esta sería la posición defendida por ROBERTO GONZÁLEZ. El autor nos señala que el constituyente español habría sido reacio a la incorporación de la cláusula correspondiente al derecho anglosajón. De esta forma, el contenido propio de la tutela judicial efectiva radicaría en la correspondencia

²⁶ Alberto Del Real. El derecho a la tutela judicial efectiva. Teoría general. En *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, ed. Francisco Lledó Yagüe, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Juan Mendoza Díaz (Madrid, Dykinson: 2020), p.21.

²⁷ Cirio Milione, El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Valencia, Tirant Lo Blanch: 2015), p20.

²⁸ Benjamín Marcheco Acuña. *La dimensión constitucional...*, p.97.

²⁹ Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela judicial efectiva...*, p.12.

³⁰ Antonio Pérez Luño. *Los derechos fundamentales* (Madrid, Tecnos: 2004), pp. 23-26.

³¹ Iñaki Esparza Leibar. *El principio del proceso debido* (Castellón de la Plana, Universitat Jaume I: 1994), p.217.

de un proceso con las garantías mínimas, lo que no es otra cosa que lo que se ha denominado como debido proceso. Por lo tanto, este derecho, en realidad, sería una fusión entre el derecho a la acción -en los términos descritos anteriormente- con la garantía del *due process of law* anglosajón³².

En esa misma línea, desde el punto de vista de su consagración positiva, CIRIO MILIONE realiza un análisis de la tutela judicial efectiva en la normativa internacional europea, principalmente, en la Convención Europea de Derechos Humanos, concluyendo que el denominado “proceso justo” y la “tutela judicial” son equivalentes, esto es, son los mismos derechos³³. Así mismo también lo ha fallado el TEDH³⁴.

En Chile, resulta llamativo que FLAVIA CARBONELL Y RAÚL LETELIER realizan un examen similar al anterior, pero respecto de la normativa sobre el debido proceso en nuestro país. De esta forma, construyendo una visión que los mismos autores asumen como minimalista, y aplicable a cualquier tipo de procedimiento, señalan que el derecho de acceso a la jurisdicción es parte del contenido del derecho a un juez independiente e imparcial, el cual, a su vez, pertenece al debido proceso. Por lo tanto, este derecho a la acción no sería una garantía autónoma y distinta a la del proceso con las garantías mínimas³⁵. Es posible deducir de aquello que los autores, en términos positivos, plantean que no existiría diferencia alguna entre la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, encontrándose contenido en este último.

Ahora bien, en segundo lugar, otro sector de la doctrina aborda el estudio de la garantía a la tutela judicial efectiva, desde su correspondencia con el debido proceso, pero sin que esto signifique que el primero se vea reducido únicamente al segundo. De esta forma, FRANCISCO CHAMORRO nos plantea que la tutela judicial efectiva, que él denomina como la garantía de garantías conlleva el derecho de un ciudadano a obtener una prestación judicial, consistente en poder plantear su problema jurídico ante un tribunal, y que le sea resuelto de forma justa. Entonces, para otorgar tutela a un ciudadano, necesariamente se requiere haber pasado por un debido proceso como condición de legitimidad. Por lo tanto, esta última garantía sería una parte integrante de la tutela judicial efectiva³⁶.

En esa línea, se ha definido a la tutela judicial efectiva como aquella garantía “que se le reconoce a toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener, por el debido cauce procesal, una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones deducidas respecto de sus derechos o legítimos intereses³⁷”. En

³² Roberto González Álvarez, *El principio fundamental...*, pp.218-219.

³³ Cirio Milione, *El derecho a la tutela...*, p.46.

³⁴ María Nieves Moreno Vida. “El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Temas Laborales, número 145* (Andalucía: 2018), p.93.

³⁵ Flavia Carbonell y Raúl Letelier. “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, ed. Pablo Contreras y Constanza Salgado (Santiago: Tirant lo Blanch, 2020), pp.362-366.

³⁶ Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada, *ob. cit.*, p.320. Llama la atención que la conclusión del autor va en un sentido similar a la de Carbonell y Letelier, pero de forma opuesta, esto es, que el debido proceso es parte de la tutela judicial efectiva.

³⁷ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.96

similar forma, JESÚS GONZÁLEZ señala que este derecho consiste en el de “toda persona a que se le haga justicia; aun cuando pretenda algo de otra, esta pretensión será atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con unas garantías mínimas³⁸”. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva comprendería ambos numerales del artículo 24 CE, incluyendo al debido proceso³⁹.

Finalmente, MANUEL CARRASCO plantea que el Tribunal Constitucional Español es partidario de una concepción que conlleva que “los órganos judiciales dan una solución razonable a los asuntos, entendiendo que dicha solución debe abarcar los momentos del acceso a la jurisdicción, de la tramitación del proceso, de la resolución del caso y de la ejecución de la sentencia firme⁴⁰”. En resumen, todas estas definiciones se caracterizan por incluir, dentro de la tutela judicial, al debido proceso como una garantía integrante de éste, pero no la única.

Una tercera y última postura es la reseñada por IÑAKI ESPARZA, en cuanto señala que la tutela judicial efectiva y el debido proceso constituirían, en realidad, dos derechos distintos pero ligados entre sí⁴¹. De esta forma, el numeral 1º del artículo 24 CE, en realidad, consagra el derecho de acción y de acceso a la justicia. En cambio, el numeral 2º vendría a reconocer lo que ha sido denominado como proceso debido, ya que es precisamente allí donde existiría un correlato con las garantías típicamente asociadas al *due process of law* norteamericano. En consecuencia, no se debe concluir ni que el debido proceso presupone a la tutela judicial efectiva -o al revés- ni menos que constituirían exactamente los mismos derechos⁴².

En Chile, en particular, el estudio sobre la tutela judicial efectiva ha suscitado varios problemas, debido a que nuestra Constitución no reconoce expresamente dicha garantía, al menos, en los términos españoles. La situación se vuelve más complicada cuando consideramos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la cual, ha sido variante y con múltiples confusiones conceptuales. Sin perjuicio de aquello, existen dos importantes trabajos de sistematización de dicha jurisprudencia, que permiten plantear que tanto la tutela judicial como el debido proceso constituirían dos derechos independientes con contenido diferente entre sí.

El primer trabajo al que me refiero es al del profesor ANDRÉS BORDALÍ. Al respecto, él defiende la idea de que la tutela judicial se encontraría garantizada en el ordenamiento constitucional chileno. En particular, estaría contenida en el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, del artículo 19,

³⁸Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 2001), p.33.

³⁹Manuel Serra Domínguez, “Prólogo a la 1º edición de las garantías constitucionales del proceso” en *Las garantías constitucionales del proceso*, Joan Picó i Junoy, 2º ed. (Barcelona, J.M. Bosch: 2011), pp.19-20.

⁴⁰Manuel Carrasco Durán. “La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista de Derecho Político N°107* (Madrid: UNED, 2020), pp.20.

⁴¹Iñaki Esparza Leibar, *El principio del proceso debido*, (Castellón de la Plana: Universitat Jaume I, 1994), p. 217.

⁴² Iñaki Esparza Leibar, *El principio del...*, pp. 218-219.

numeral 3º, inciso primero, de la Constitución chilena. Agrega que el derecho al debido proceso estaría garantizado en el inciso quinto del mismo numeral, constituyendo cada uno un derecho autónomo de distinta configuración⁴³.

La diferencia entre ambos derechos no se refiere únicamente a los incisos diversos de su consagración, sino que estos también operan en momentos diversos. La tutela judicial, en este sentido, es un derecho cuya finalidad es permitir a las personas acceder a la actividad jurisdiccional del Estado. En cambio, el debido proceso busca garantizar que, una vez que se haya accedido al procedimiento, la decisión jurisdiccional estatal será fruto de una actividad respetuosa de garantías mínimas del andar del proceso, legitimando adecuadamente dicha decisión⁴⁴.

Finalmente, el profesor ANDRÉS BORDALÍ también construye el contenido de ambos derechos, señalando que la tutela judicial está compuesta por el derecho al acceso a la jurisdicción, a que el tribunal resuelva la pretensión conforme al derecho, a la efectividad de las resoluciones, y el derecho al recurso⁴⁵. En cambio, el debido proceso es un derecho global que garantiza el derecho a un tribunal independiente e imparcial, a un juez natural, a la defensa, a un debido procedimiento, y a una sentencia motivada⁴⁶. En resumen, el autor estima que ambas garantías corresponden a dos derechos distintos entre sí, sin perjuicio de que se encuentran en una íntima relación, lo que dificultaría aún más su entendimiento⁴⁷.

La postura anterior también es defendida, sucintamente, por LEONARDO COFRÉ en exactos términos, en cuanto estimaría que ambos son derechos autónomos que requieren de un tratamiento diverso, debido a que su contenido no es el mismo, y que operan en momentos distintos. Sin embargo, él estima que son elementos centrales de la tutela judicial, el derecho de acceso a la jurisdicción, la protección de derechos e intereses legítimos, y la resolución del conflicto con eficacia de cosa juzgada, sin hacer referencia al derecho al recurso⁴⁸.

El segundo trabajo relevante al que se debe hacer alusión es al de GONZALO GARCÍA Y PABLO CONTRERAS. Los autores también defienden la idea de que tanto tutela judicial como debido proceso constituyen derechos diferentes y autónomos. Para aquello, basan su argumentación en lo planteado anteriormente por el profesor ANDRÉS BORDALÍ, y en varios otros trabajos, dentro de los cuales, destacan uno de ENRIQUE NAVARRO. En esta línea, ellos plantean que existen elementos comunes a los dos derechos, dentro de los cuales, señalan

⁴³ Andrés Bordalí Salamanca, “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista chilena de derecho*, vol.38 N°2 (Santiago; Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011), pp.314-316.

⁴⁴ Andrés Bordalí Salamanca, *Análisis crítico...*, p.321.

⁴⁵ Andrés Bordalí Salamanca, *Análisis crítico...*, p.329.

⁴⁶ Andrés Bordalí Salamanca, *Análisis crítico*, pp.320 y 329.

⁴⁷ Andrés Bordalí Salamanca, *Análisis crítico*, p.335.

⁴⁸ Leonardo Cofré Pérez. “Derechos a la tutela judicial y a la asistencia jurídica”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, ed. Pablo Contreras y Constanza Salgado (Santiago: Tirant lo Blanch, 2020), pp.254-255.

que ambos conllevan un mandato de configuración al legislador (1), presentan una apertura al derecho administrativo-sancionador y a otros procedimientos (2), sus garantías se deben adaptar a la naturaleza de los procedimientos (3), lo que implicaría la inexistencia de un procedimiento tipo (4), lo cual, obliga a un mandato de interpretación extensiva (5)⁴⁹.

Difieren del ya citado profesor, sin embargo, respecto de determinadas garantías que integran a uno u otro derecho. De esta forma, los autores estiman, por ejemplo, que el derecho al recurso formaría parte del contenido del debido proceso, mas no de la tutela judicial – tal como lo plantea ANDRÉS BORDALÍ⁵⁰. Además, distinguen entre la existencia de un derecho a la acción, y un derecho de acceso a la jurisdicción, ambos integrantes de la tutela judicial⁵¹. Finalmente, señalan muchas más garantías que son parte del debido proceso, donde se puede destacar, entre otras, al derecho al juez predeterminado por la ley, derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada, derecho de asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas y el derecho al debido emplazamiento⁵².

Todo lo expuesto en este subacápite tiene por finalidad intentar realizar una ordenación del debate en torno a las relaciones que existen entre el debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Al respecto, en este trabajo se defiende como correcta la tesis de que ambos derechos son independientes y autónomos, por lo que resulta erróneo suponer su equivalencia, o que uno sería integrante del otro. Esto debido a que no sólo existen diferencias en cuanto al sistema de derecho del cual son herederos, sino que también debemos prestar atención a la especial justificación que se la otorgado a la tutela judicial efectiva, en cuanto garantía que permite tutelar los derechos de los ciudadanos mediante algún mecanismo idóneo de protección. Por ende, este derecho mira, fundamentalmente, a las condiciones en que ocurre dicho acceso a la justicia. En cambio, el debido proceso legitimaría la ordenación procedimental dirigida a obtener una sentencia sobre el fondo⁵³.

En razón de todo lo anterior, estimo correcta la extensa definición de tutela judicial efectiva otorgada por MANUEL CARRASCO, en cuanto, señala que este derecho es “la actividad de los órganos judiciales encaminada a la salvaguardia de los derechos e intereses subjetivos amparados por el ordenamiento jurídico, en situaciones en las que aquéllos se ven afectados por conflictos surgidos ya en el ámbito de las relaciones sociales, ya en el de las relaciones entre las personas y la Administración. En este marco, el órgano judicial cumple con su función de brindar tutela a los derechos e intereses de las personas proporcionando a la

⁴⁹ Gonzalo García Pino, y Pablo Contreras Vásquez. “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales, Año 11, N°2* (Talca: Universidad de Talca, 2013), p.238

⁵⁰ Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, *El derecho a la tutela judicial...*, pp.270-271.

⁵¹ Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, *El derecho a la tutela judicial...*, pp.245-247.

⁵² Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, *El derecho a la tutela judicial...*, pp.238-239.

⁵³ Esto, sin embargo, no significa que adhiero plenamente a las posturas de Andrés Bordalí o de Gonzalo García y Pablo Contreras, ya que, estimo, que ambas merecen reparos, sobre todo, en cuanto a las garantías que integrarían uno u otro derecho.

controversia la solución adecuada, a través de la aplicación de las normas jurídicas, y previa apreciación de la posición de cada una de las partes afectadas por el caso”⁵⁴.

1.2. Derechos integrantes de la tutela judicial efectiva.

El contenido de este derecho ha sido objeto de una múltiple y fructífera jurisprudencia por parte del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, mediante su conocimiento por la vía del recurso de amparo. Sin embargo, esa labor ha sido bastante criticada, sobre todo debido a que el entendimiento que ha realizado dicho tribunal ha terminado produciendo un verdadero “cajón de sastre” para cualquier garantía procesal, mediante una configuración bastante compleja, desmesurada y desbordante⁵⁵, incluso en detrimento de los derechos enunciados en el párrafo segundo del artículo 24 CE⁵⁶. Además, los justiciables invocan esta garantía de forma indiscriminada, muchas veces, con finalidades meramente dilatorias, lo que ha provocado que la tutela judicial efectiva es el derecho en el que han recaído la mayor cantidad de sentencias por parte del órgano judicial⁵⁷. No obstante lo anterior, es innegable el trabajo realizado por parte del Tribunal Constitucional en cuanto ha producido un enriquecedor debate y desarrollo de este derecho fundamental.

Así las cosas, FRANCISCO CHAMORRO, basándose en la jurisprudencia constitucional, sistematiza las garantías de la tutela judicial efectiva en cuatro grandes contenidos: el derecho de acceso a la justicia, a la defensa en el proceso, el derecho a una resolución motivada y congruente, y el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales⁵⁸. JOAN PICÓ, además de las garantías anteriores, agrega que el derecho al recurso también sería parte integrante de este mega derecho⁵⁹.

A continuación, serán analizadas todas estas garantías, con excepción del derecho a defensa, y el derecho a una resolución motivada y congruente, en cuanto estas en realidad deben entenderse como parte integrante del debido proceso, el cual, como hemos señalado, es un derecho distinto a la tutela judicial efectiva. Cabe agregar, también, que este trabajo no tiene pretensiones de exhaustividad, por lo que no se analizará el desarrollo completo de cada garantía, sino que aquellos contenidos que parezcan más pertinentes con la finalidad de esta investigación. Finalmente, para este propósito, se utilizará tanto la jurisprudencia del TCE como lo señalado por la diversa doctrina al respecto de forma complementaria.

⁵⁴ Manuel Carrasco Durán, *La definición constitucional...*, pp.19-20.

⁵⁵ David Vallespín, *El modelo constitucional...*, p.139.

⁵⁶ Roberto González Álvarez, *El principio fundamental...*, p.219.

⁵⁷ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.14.

⁵⁸ Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial...*, p.17.

⁵⁹ Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, (Barcelona: J.M. Bosch, 1987), p. 40

1.2.1. Derecho de acceso a la justicia.

Ya ha sido adelantado a lo largo de este trabajo la correspondencia que existe entre tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia, siendo considerada incluso como su contenido básico y esencial⁶⁰. El TCE, al respecto, ha señalado que lo que busca esta garantía es posibilitar el libre acceso de las partes al proceso, materializándose en el derecho a promover la actividad jurisdiccional⁶¹. En ese mismo sentido, ANDRÉS BORDALÍ señala que esto comporta la exigencia de abrir la puerta de los tribunales de justicia a los derechos o intereses que requieran de alguna tutela estatal⁶², lo cual constituye un mínimo para todo Estado de derecho.⁶³ Así, si el ordenamiento jurídico reconoce una determina relación jurídica, si impedimos su tutela por parte del aparataje estatal, entonces, consecuentemente, estamos negando el derecho o interés legítimo resultante de dicha relación⁶⁴, lo cual carecería de toda lógica.

Al respecto, el acceso a la justicia lo que busca es eliminar los sentimientos de autotutela innatos en los seres humanos, mediante el ingreso de las partes al sistema de impartición de justicia⁶⁵, lo cual, no se agota en el mero reconocimiento formal del derecho, sino que exige la posibilidad real de que el fondo del asunto pueda ser conocido y resuelto⁶⁶. Esto último resulta relevante en cuanto los sistemas jurídicos tienden a reproducir las condiciones sociales en las que se desarrollan, dentro de las cuales, se encuentran las situaciones de exclusión⁶⁷. Así, “la falta de acceso a la justicia contribuye a generar una discriminación jurídica, que se suma a las múltiples discriminaciones que las personas padecen simplemente por ser pobres, mujeres, indígenas, campesinos, migrantes, tener alguna discapacidad, vivir en el medio rural, etcétera”⁶⁸.

Ahora bien, en razón de que la configuración de esta garantía está entregada al legislador, nada obsta a que se establezcan determinados requisitos, pero estos no deben interpretarse ni aplicarse en cuanto lleguen a restringir u obstaculizar injustificadamente el acceso a la justicia⁶⁹. Así, se ha señalado que el empleo de determinadas técnicas previstas por la ley terminará por ser insatisfactorias en términos de justicia, efectividad, seguridad o igualdad⁷⁰, frustrando el derecho de acceso a la justicia.

⁶⁰ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.103.

⁶¹ Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela judicial...*, p.9.

⁶² Andrés Bordalí Salamanca, *Análisis crítico...*, p.330.

⁶³ Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, *El derecho a la tutela judicial...*, p.245.

⁶⁴ Juan Montero Aroca y José Flors, *Amparo constitucional y proceso civil*, 2º ed. (Valencia, Tirant lo Blanch, 2008), p.65.

⁶⁵ Luis Rodríguez Lozano, *La tutela judicial efectiva...*, p.29.

⁶⁶ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.104.

⁶⁷ Leonardo Cofré Pérez. *Derechos a la tutela...*, p.252.

⁶⁸ Miguel Carbonell. Los derechos fundamentales en México. (México: Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005), p.727.

⁶⁹ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.32.

⁷⁰ Carlos Álvaro de Oliveira. “El derecho a la tutela jurisdiccional desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho* vol. XXII N°1 (Valdivia: Universidad Austral de Chile, 2009), p.186.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional española ha reconocido un principio *pro actione* para efectos interpretativos, el cual busca evitar caer en un formalismo excesivo⁷¹, donde los órganos judiciales deberán realizar una interpretación de los presupuestos y requisitos procesales de forma favorable para la protección judicial de los derechos⁷². De esta forma, se busca evitar aquellos impedimentos injustificados que obstaculizan el derecho de acceso a la justicia, lo cual, no puede conllevar una interpretación forzosa en uno u otro sentido⁷³.

Lo anterior no quiere decir que siempre se deba resolver el conflicto con una sentencia de fondo, sino que es del todo posible que se realice mediante una resolución que declare su inadmisibilidad inicial, en tanto, conlleva una respuesta del órgano judicial⁷⁴, siempre y cuando, “concurra causa legal para ello o y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial”⁷⁵. En consecuencia, se estaría vulnerando este derecho en el caso de que la interpretación normativa sea “arbitraria, manifiestamente irrazonable, o fruto de un error patente o fruto de un error patente y, asimismo, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican”⁷⁶.

En otras palabras, esta garantía no tiene un carácter absoluto, sino que es del todo posible limitar su ejercicio, siempre y cuando dichas limitaciones respondan a un objetivo legítimo, a un fin de interés general y estén justificados en la protección de otros derechos fundamentales, lo que exige una adecuada tipificación de sus alcances por la ley, mediando una relación de proporcionalidad, y sin afectar la esencia misma del derecho⁷⁷.

Esto se explica por cuanto el derecho de acceso a la justicia es de configuración legal, que no puede ejercitarse de forma libre, sino por los cauces establecidos por el legislador⁷⁸. Además, agrega el TCE que dichas limitaciones conculcarán este derecho cuando los obstáculos legales sean innecesarios, excesivos, y carezcan de toda razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que puede perseguir el legislador según sus facultades constitucionales⁷⁹.

Dentro de algunas situaciones que podrían vulnerar el derecho de acceso a la justicia, en razón de todo lo expuesto, se pueden mencionar la existencia de normas procesales que excluyan a determinadas personas

⁷¹ Maite Aguirrezabal, Aplicación del principio *pro actione* como elemento garantizador de la tutela judicial efectiva en el acceso al recurso”, en *Revista Chilena de Derecho Privado N°29* (Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri de la Universidad Diego Portales, 2017), p.366.

⁷² Alejandro Romero Seguel. Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I. (Santiago: Thompson Reuters, 2014), p.69.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 63/1999, de 26 de abril de 1999, f.2.

⁷⁴ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.34.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 8/1998, de 13 de enero de 1998, f.3.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 119/1998, de 4 de junio de 1998, f.1.

⁷⁷ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.105.

⁷⁸ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *La tutela a la tutela...*, p.38.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 141/1988, de 29 de junio de 1988, f.7.

de ejercer su derecho de acceder a la justicia; la imposición de plazos que, en la práctica, hagan imposible deducir una demanda o subsanar vicios procesales; la obligación de consignación previa; y el coste excesivamente alto en relación con la capacidad económica de los actores⁸⁰.

El TCE también ha determinado que es parte de esta garantía el derecho a obtener asistencia jurídica letrada, adecuada y efectiva, por parte de profesionales, y, en particular, de forma gratuita para aquellas personas que carezcan de recursos económicos suficientes⁸¹, por lo que, como consecuencia de esto, si se deniega la gratuidad de la justicia a quien cumple con los requisitos legales, se quebranta al mismo tiempo su derecho de acceso⁸². Esto último es predicable únicamente respecto de las personas naturales, mas no de las personas jurídicas, salvo determinadas excepciones⁸³.

El órgano constitucional español también ha desarrollado muchos más criterios, pero que, tal como fue advertido al comienzo, no serán abordados ya que la gran cantidad de concreciones específicas del acceso a la justicia permiten sostener un trabajo por sí solo. Sin embargo, se pueden señalar algunos de estos, dentro de los cuales, se destaca el siguiente listado:

- 1) El arbitraje es una institución compatible con el derecho de acceso a la justicia⁸⁴.
- 2) El acceso a la justicia se puede configurar mediante el establecimiento de acciones colectivas o individuales⁸⁵.
- 3) El acceso a la justicia permite materializar un proceso con un contradictorio, donde todas las partes sean emplazadas y oídas⁸⁶ -esto como consecuencia de la prohibición de indefensión⁸⁷-.
- 4) Este derecho incluye una garantía de indemnidad, consistente en que, del ejercicio de las acciones judiciales, o de sus actos preparatorios, no pueden producirse consecuencias perjudiciales para la persona, ya sea en el ámbito de sus relaciones públicas, o privadas⁸⁸.

1.2.2. Derecho a los recursos, legalmente previstos.

El derecho al recurso ha sido definido como “aquel derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez que le causan gravamen o perjuicio⁸⁹.”

⁸⁰ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.106.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 217/2007, de 8 de octubre de 2007, f.2.

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 144/2001, de 18 de junio de 2001, f.2.

⁸³ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.64.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 174/1995, de 23 de noviembre de 1995, f.3.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 50/1998, de 2 de marzo de 1998, f.4.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 88/1999 de 26 mayo de 1999, f.2.

⁸⁷ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.47.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 196/2000, de 24 de julio de 2000, f.3.

⁸⁹ Devís Echandía. *Teoría General del Proceso*. Aplicable a toda clase de proceso. (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002), p.506.

En ese sentido, los recursos constituyen un medio de impugnación de las resoluciones judiciales⁹⁰, que permiten recorrer nuevamente el camino procesal ya hecho⁹¹.

Así las cosas, resulta interesante que el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL interpreta que el derecho de acceso a la justicia incluye al derecho de las partes a ejercitar los recursos legalmente establecidos. De esta forma, dicha Corte realiza una distinción entre lo que sería el derecho de acceso a la justicia propiamente tal, cuya fuente es constitucional, en contraposición a lo que ha denominado como derecho de acceso a los recursos judiciales, cuya fuente de articulación es legal⁹².

Se ha establecido, en concordancia con lo anterior, que, salvo en materia penal, el legislador tiene libertad para poder configurar los recursos en el ordenamiento⁹³. De hecho, el propio TCE ha declarado que “ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal⁹⁴”.

Esto quiere decir que, al ser un derecho de configuración legal, el legislador perfectamente puede suprimirlos sin afectar esta garantía⁹⁵, producto de que se entiende que el principio *pro actione* actúa con mayor intensidad sólo al inicio del proceso, para acceder al sistema judicial, mas no en lo sucesivo, sobre todo, cuando ya ha existido una primera respuesta por parte del sistema de justicia a la pretensión deducida⁹⁶. Además, a este argumento se le suma el hecho de que, en el plano internacional, no existiría ninguna norma que consagre el derecho al recurso en materia civil⁹⁷. Por ende, esta garantía se integraría al contenido de la tutela judicial efectiva no penal siempre y cuando sean los propios ordenamientos jurídicos quienes prevean algún recurso como medio de impugnación⁹⁸.

En función de aquello, si no se verifica la concurrencia de los requisitos materiales y procesales – que es resultado de una configuración legal previa -, entonces no existiría vulneración de este derecho en caso de dictarse una sentencia de inadmisión, a menos que esta sea denegada por la adopción de un criterio arbitrario, manifiestamente infundado, o producto de un error patente⁹⁹. En otras palabras, en el caso de que exista un recurso previsto legalmente, el tribunal no puede denegarlo arbitrariamente¹⁰⁰. Sin embargo, dicha

⁹⁰ Mario Mosquera y Cristián Maturana. Los recursos procesales, 2° ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), p. 24

⁹¹ Eduardo Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4° ed. (Santiago: Editorial Metropolitana, 2014), pp. 277-228.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 115/1999, de 14 junio de 1999, f.2.

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 109/1987, de 29 junio de 1987, f.2; y Manuel Ortells, Juan Cámara y Ricardo Juan. Derecho procesal. Introducción. (Valencia: Ediciones Nomos, 2008), p.209.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 119/1998, de 4 de junio de 1998, f.1.

⁹⁵ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.519.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 164/2002, de 17 de septiembre de 2002, f.3.

⁹⁷ Gonzalo Cruz Eberhard, El derecho al recurso en el proceso civil: una mirada desde el ejercicio de la jurisdicción, e debido proceso y la tradición jurídica continental. (Santiago: Universidad de Chile, 2020), p.31.

⁹⁸ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.124.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 119/1998, de 4 de junio, f.2.

¹⁰⁰ Manuel Ortells, Juan Cámara y Ricardo Juan, *Derecho procesal...*, p.209.

vulneración debe ser imputable al juez, pero no como consecuencia de una actuación negligente, imperita o de técnica errónea por parte del recurrente¹⁰¹.

Al respecto, el TCE también ha indicado que una interpretación demasiado formalista, al igual que como ocurre con el derecho de acceso a la justicia, podría terminar produciendo una vulneración de esta garantía, debiendo otorgarse la posibilidad de subsanarse aquellos errores formales en la presentación, siempre que no respondan a la negligencia, pasividad o malicia del recurrente¹⁰².

En lo relativo a la prohibición de *reformatio in peius*, o reforma en perjuicio, se señala que, pese a que esta no se encuentra enunciada en el artículo 24 de la Constitución, se manifiesta como una vulneración a la prohibición de indefensión¹⁰³. En ese sentido, el TCE ha señalado que la reforma en perjuicio o “reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación”¹⁰⁴.

Dicho lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que su fundamento radica no sólo en el derecho a la defensa de las partes, sino también como una proyección del principio de congruencia en los grados jurisdiccionales posteriores, por lo que se impide que el tribunal *ad quem* exceda los límites del propio recurso, agravando, como consecuencia, la sentencia que ha sido impugnada, por cuanto se estaría produciendo un enorme efecto disuasorio de este derecho¹⁰⁵.

Finalmente, tal como se ha señalado, no existe duda alguna de la procedencia del derecho al recurso en materia penal. En particular, esta garantía “comprende el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a la valoración de un Tribunal superior. En cuanto a su ámbito sólo se extiende al fallo condenatorio y a la pena impuesta, pero no a cualquier incidente o cuestión suscitada en la causa penal”¹⁰⁶. Esto está en concordancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en cuanto, se reconoce que esta garantía se restringe expresamente al ámbito de la justicia criminal.¹⁰⁷

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 214/2003, de 1 de diciembre de 2003, f.3.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 34/1990, de 26 de febrero de 1990.

¹⁰³ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.528.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 9/1998, de 13 de enero de 1998, f.2.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 17/2000, de 31 de enero de 2000, f.4.

¹⁰⁶ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.529.

¹⁰⁷ Raúl Núñez Ojeda y Pablo Bravo. “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las Cortes de Apelaciones: Una primera aproximación” en *Recursos Procesales. Problemas Actuales*. Coords. Jordi Delgado y Raúl Núñez. (Santiago: Der Ediciones, 2017), p. 96.

1.2.3. Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

La preocupación en torno a la efectividad de los derechos de las personas y, en particular, de la tutela jurídica otorgada a estos, mostró una mayor intensidad con el tránsito hacia los Estados sociales de derecho¹⁰⁸, en cuanto se comenzaron a exigir herramientas para poder hacerlos operativos y efectivos¹⁰⁹. Al respecto, se ha señalado que no basta con el mero respeto formal de las sentencias judiciales, sino que es necesario que estas se tornen reales en el plano de los hechos, por lo que la efectividad de la tutela pasa, fundamentalmente, por la ejecución del fallo¹¹⁰. De esta forma, el ciudadano que ha triunfado en el juicio podrá ver satisfecho su derecho¹¹¹.

Así, el TCE ha señalado que la eficacia de la tutela se manifiesta tanto en el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, como en el respeto a la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas por esas sentencias¹¹². Sobre lo primero, resulta del todo lógico su inclusión dentro de la tutela judicial efectiva, por cuanto, en caso de no existir un derecho a la ejecución, entonces los derechos reconocidos por las decisiones judiciales constituirían meras declaraciones¹¹³. En este sentido, la garantía de la ejecución de las sentencias cumple un rol central e importante para el funcionamiento de un Estado de derecho, en el que se respeten verdaderamente los fallos judiciales¹¹⁴, por lo que la tutela judicial efectiva no se satisfaría únicamente con la dictación de una sentencia que resuelva el fondo del asunto¹¹⁵.

Agrega la jurisprudencia constitucional que el principio *pro actione* también debe aplicarse para la etapa de cumplimiento y ejecución del fallo, lo que implica que los órganos judiciales deben remover aquellos obstáculos iniciales del cumplimiento de lo fallado, pero, además, también tienen la obligación de reaccionar en contra de ulteriores comportamientos que puedan afectar el contenido de lo ya decidido¹¹⁶.

En cuanto a la intangibilidad de las sentencias, se ha entendido que la tutela judicial efectiva garantiza el respeto por el efecto de cosa juzgada material¹¹⁷. En ese sentido, el desconocer dicho efecto conlleva privar de toda eficacia a lo ya resuelto en el proceso judicial, lo cual, produce como consecuencia una grave alteración de la paz y de la seguridad jurídica¹¹⁸. Dicha protección se realiza tanto de su “efecto negativo, o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al resuelto por resolución

¹⁰⁸ Roberto González Álvarez, *El principio fundamental...*, p.213.

¹⁰⁹ Roberto Omar Berizonce. *Efectivo acceso a la justicia* (La Plata: Editora Platense, 1987), p. 5.

¹¹⁰ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.129.

¹¹¹ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.545.

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 207/2000, de 24 de julio de 2000, f.2.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 140/2003, de 14 julio de 2003, f.6.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 167/1987, de 28 octubre de 1987, f.2.

¹¹⁵ Andrés Bordialí Salamanca, *Análisis crítico...*, p.333.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 167/1987, de 28 octubre de 1987, f.2.

¹¹⁷ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.545.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 156/2002, de 23 julio de 2002, f.3.

judicial firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre las mismas partes, puedan desconocer o contradecir las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial que haya adquirido firmeza”¹¹⁹.

De lo anterior se colige que, en el procedimiento de ejecución, en cuanto debe respetar la eficacia de cosa juzgada, no puede reformar aquello que ya ha sido decidido, ni introducir aspectos no contenidos en la sentencia, como tampoco se podría reabrir el debate respecto de asuntos ya resueltos de forma definitiva. Además, no es posible extender la ejecución a personas a quienes no se refiere el fallo. Por ende, la intangibilidad de las sentencias actúa como un límite impeditivo de mutación de la misma¹²⁰.

También se ha señalado que este derecho constituye uno del tipo prestacional, por lo que resulta del todo plausible que el legislador establezca límites al pleno ejercicio de la ejecución de las sentencias, siempre y cuando se establezca una causa legal, y esté suficientemente fundada¹²¹. Por ende, constituiría una vulneración a esta garantía la denegación o impedimento de la ejecución cuando esta ocurre de forma arbitraria¹²².

Finalmente, es usual que la doctrina también incluya dentro de la efectividad de las resoluciones judiciales, el derecho a poder contar con medidas cautelares en un procedimiento, por lo que un juez debe resolver de forma razonada en torno a dichas peticiones, y no de forma arbitraria o carente de razón¹²³. Lo que se busca, en consecuencia, es preservar los derechos que están en un posible riesgo hasta la resolución del conflicto, por lo que se debe asegurar la efectividad de la decisión, evitando la afectación y lesión de estos derechos, porque, de lo contrario, la decisión final carecerá de todo efecto práctico¹²⁴.

No obstante, la tutela cautelar no es un contenido esencial de la tutela judicial efectiva, puesto que no concurre en todos los casos sometidos al conocimiento del aparato jurisdiccional¹²⁵. Para poder otorgarla, esta deberá fundarse en la existencia de un peligro de un daño inminente a un bien jurídico, que, en caso de concretarse, sería irreparable, junto a la necesidad de una urgente intervención del juez para evitar que dicho daño se materialice¹²⁶.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 15/2002, de 28 de enero de 2002, f.3.

¹²⁰ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.132.

¹²¹ Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y María José Carazo Liébana, *El derecho a la tutela...*, p.551.

¹²² Guillermo Ormazabal Sánchez. Introducción al derecho procesal. 4ºed. (Madrid: Marcial Pons, 2010), p.125.

¹²³ Manuel Ortells, Juan Cámara y Ricardo Juan, *Derecho procesal...*, p.209.

¹²⁴ Benjamín Marcheco Acuña, *La dimensión constitucional...*, p.134.

¹²⁵ Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, *El derecho a la tutela judicial...*, p.252.

¹²⁶ Piero Calamandrei. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945), p. 45.

1.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Tutela Judicial Efectiva.

El reconocimiento de este derecho también ha tenido lugar a nivel internacional, en particular, en los tratados regionales que versan sobre derechos humanos. En el ámbito interamericano, se ha entendido que la Convención Americana de Derechos Humanos -también denominada como Pacto de San José de Costa Rica, a propósito del lugar en que fue firmada- consagra este derecho, pero en los términos de la “*protección judicial*”, en su artículo 25¹²⁷. Esta norma dispone lo siguiente:

“Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Respecto de aquello, DIEGO PALOMO entiende que la construcción en torno al derecho a la tutela judicial efectiva – y, en particular, sobre el acceso a la justicia- se realiza mediante una interpretación conjunta de los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito del derecho a ser oído, y de acceder a un recurso sencillo y eficaz¹²⁸. Además, también se debe hacer notar que HUMBERTO NOGUEIRA, realizando la misma interpretación anterior, entiende, en consecuencia, que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra integrado a nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del mandato del artículo 5° inciso segundo de la Constitución¹²⁹.

¹²⁷ Cecilia Medina Quiroga. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. (Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile 2003), p.359.

¹²⁸ Diego Palomo Vélez, Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: Caso Barrios Altos y Castillo Petruzzi, en *Ius et Praxis*, vol.8, N°2 (2002). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200009&lng=es&nrm=iso (Consultado el 20 de diciembre de 2020).

¹²⁹ Humberto Nogueira Alcalá. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et Praxis* año 2, N°2, (Talca: Universidad de Talca, 1997), p. 11.

1.3.1. Aproximaciones previas

Antes de entrar de lleno en la forma en que la Corte IDH ha entendido este derecho, debemos detenernos en cuestiones previas. Para lo primero, debemos traer a colación el artículo 46.1 a) de la Convención, en cuanto prescribe lo siguiente:

“1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;”.

Lo anterior viene a significar que el sistema de protección internacional de los derechos humanos se activará sólo cuando se hayan utilizado todos los recursos dispuestos en un ordenamiento jurídico, por cuanto, se estimaría que dichos mecanismos no han permitido investigar ni reparar las violaciones a los derechos humanos¹³⁰. Los recursos internos, entonces, se refieren a aquellas vías contempladas por el sistema jurídico doméstico dispuestos para remediar las situaciones de vulneración a garantías fundamentales de una persona¹³¹.

En segundo lugar, este sistema de protección multinivel de los derechos humanos¹³² se ha construido, internamente, mediante la consagración de acciones para tutelar los derechos fundamentales de las personas, por lo que, la importancia del análisis sobre la tutela judicial de ellas radica en que nos permitirá entender cuándo nos encontramos frente a una vía efectiva e idónea para el goce material de los derechos humanos¹³³.

En particular, debe tenerse presente que el mandato de protección de los derechos de las personas no alcanza únicamente a los órganos judiciales, sino que se dirige a todos los poderes del Estado, por lo que la tutela judicial sería una de esas formas de protección ante su vulneración¹³⁴. No obstante, y tal como ha sido señalado en los acápites anteriores, esta garantía es relevante por cuanto es un derecho instrumental para el conocimiento de dichas vulneraciones¹³⁵, constituyendo un elemento esencial de todo Estado de derecho¹³⁶.

¹³⁰ Sebastián Vignoles, La regla del previo agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de derechos humanos. (2015). <http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/5439/vignoles.pdf?sequence=3> (Consultado el 25 de diciembre de 2020), p.1

¹³¹ Héctor Faundez Ledesma. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. (Caracas, Universidad Central de Venezuela: 2007), p.46.

¹³² Claudio Nash Rojas. Protección multinivel de derechos humanos en el Sistema Interamericano: existencia de esta protección en el ámbito internacional y nacional, en *Diálogo entre jurisdicciones*. Coord. Gonzalo Aguilar. (Santiago, Editorial Librotecnia, 2014), p.329.

¹³³ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica (México, UBIJUS editorial; 2015), p.19.

¹³⁴ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.23.

¹³⁵ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.24.

¹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez Vs. Perú (1997), párr.82.

En relación con lo anterior, la Corte IDH ha entendido como tutela judicial efectiva de los derechos humanos a la posibilidad de obtener protección judicial ante la afectación de alguna garantía fundamental, la cual exige medios idóneos para que ocurra dicha protección¹³⁷.

1.3.2. Construcción de las garantías.

La interpretación del artículo 25 de la Convención, por parte de la Corte IDH, ha dado lugar a una jurisprudencia que ha entendido que forman parte de este derecho cuatro garantías indispensables para el pleno acceso a los recursos internos establecidos. De esta forma, dichos mecanismos deben ser idóneos, efectivos, rápidos y sencillos para la protección de los derechos fundamentales¹³⁸.

A continuación, serán analizados cada una de estas garantías, sin pretensiones de exhaustividad.

1.3.2.1. Recurso idóneo.

La idoneidad de un recurso se refiere a su adecuación de éste para poder conocer e impugnar efectivamente las violaciones a derechos fundamentales de una persona¹³⁹. En otras palabras, éste debe ser apto para la protección de alguna presunta víctima afectada en sus derechos¹⁴⁰, y debe ser capaz de producir el resultado para el cual fue dispuesto¹⁴¹. Esto quiere decir que la configuración normativa y legal del recurso debe permitir que se pueda plantear, como objeto de discusión, la vulneración a garantías fundamentales, además de ofrecer mecanismos de adecuada reparación¹⁴².

Un caso enigmático en donde se frustra la posibilidad de que se cumpla con la finalidad del recurso es el denominado “Caso del Tribunal Constitucional vs Perú”, en virtud del cual, dos ministros del Tribunal Constitucional peruano fueron revocados producto de un juicio político efectuado por el Congreso. Frente a dicha decisión, los magistrados interpusieron un recurso de amparo, el cual fue denegado y confirmado posteriormente. La Corte IDH, en ese contexto, señala que dicha acción no cumplió con el estándar de idoneidad o adecuación exigida por el artículo 25.1 de la Convención, por cuanto, quienes conocieron del amparo interpuesto fueron personas que estuvieron involucradas en el juicio político, por lo que habrían carecido de toda independencia para dicho conocimiento, lo cual, termina frustrando el objetivo para el cual fue concebido dicho recurso, estando condenado al fracaso¹⁴³.

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87, párr.32.

¹³⁸ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.28.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco Vs. México (2009), párr.297.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mejía Idovro vs. Ecuador (2011), párr.93.

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), párr. 64 y 66

¹⁴² Christian Courtis. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos, *en “Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección”*, Ed. María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma Editoras (Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), p.465.

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional vs Perú (2001), párr.96.

En materia penal, esta garantía se materializa en que los Estados deben contar con algún mecanismo adecuado de impugnación de un fallo condenatorio, para procurar su efectiva corrección, lo cual, necesariamente implica, que se permita realizar un examen integral de la sentencia, esto es, que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se funda la condena¹⁴⁴. Sin embargo, tal como precisa la Corte, esto no quiere decir que esta garantía se cumplirá mediante un fallo favorable a los intereses de quien impugna una sentencia o una vulneración de derechos fundamentales. En otras palabras, el fallo desfavorable no implica una violación al acceso al recurso eficaz e idóneo¹⁴⁵.

Finalmente, la Corte IDH señala que es del todo compatible con la Convención, la posibilidad de limitar los derechos protegidos mediante alguna acción constitucional, siempre y cuando, exista otro recurso de similar naturaleza, cuya finalidad sea proteger estos derechos excluidos de la vía constitucional. Además, el alcance de la protección judicial no es sólo respecto de los derechos establecidos por el Pacto de San José, sino que también para aquellos reconocidos tanto a nivel constitucional como legal¹⁴⁶.

1.3.2.2. Recurso efectivo.

La efectividad del recurso se encuentra bastante ligada a su idoneidad. De esta forma, se entiende que un recurso es efectivo si permite dar resultados y respuestas a las violaciones de derechos humanos¹⁴⁷. Por ende, no basta con la mera existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser capaces de dar verdaderas respuestas frente a dichas violaciones¹⁴⁸. En ese sentido, existe una obligación positiva, cuyo fundamento es al artículo 1.1. de la Convención, que consiste en que el Estado debe crear las condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos a las personas¹⁴⁹, lo cual, exige una respuesta efectiva en su protección¹⁵⁰. Además, esto implica que se debe contar con la posibilidad real de poder interponer el recurso¹⁵¹.

No serían efectivos, en consecuencia, “aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y otros vs Chile (2014), párr.93.

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala (2005), párr.83.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman Vs. México (2008), párr.92 y 101.

¹⁴⁷ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.29.

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala (2000), párr.191.

¹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez...*, párr.166

¹⁵⁰ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.22.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs Ecuador (2004), párr.131.

Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicha sentencia”¹⁵².

Agrega la Corte que la inutilidad práctica podría demostrarse, a modo ejemplar, cuando el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir un caso con imparcialidad, o porque faltan los medios para poder ejecutar las decisiones judiciales. La denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso también permiten demostrar la inutilidad práctica del mismo¹⁵³.

Respecto de las formalidades, la Corte IDH señala que, por razones de seguridad jurídica, es del todo posible establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos, lo cual, implica que los tribunales no deben proceder a resolver siempre y en todo caso el fondo del asunto, sin el cumplimiento de esos requisitos. Para aquello, debe existir una clara seguridad normativa tanto en el establecimiento de dichos presupuestos, como de las diferentes posibles vías a impetrar. Lo contrario conlleva una vulneración de la efectividad de los recursos¹⁵⁴.

Resulta relevante, también, el hecho de que se debe mirar siempre a la situación en particular en que se encuentran algunos titulares de garantías fundamentales, esto es, respecto de las personas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad para el ejercicio y goce de sus derechos¹⁵⁵.

La vulnerabilidad es un concepto de difícil definición, por cuanto engloba a variadas disciplinas entre sí. De esta forma, desde un primer acercamiento, esta debe entenderse ligada con la mayor probabilidad que tiene una persona para sufrir un daño¹⁵⁶. Así, es importante reconocer que no todos los seres humanos somos vulnerables en igual medida, pues existen grupos cuya exposición a sufrir daños es mucha mayor, ya sea por las condiciones en que viven, u otros factores de índole personal.¹⁵⁷ La Corte IDH hace suya esta conceptualización, construyendo un “test de vulnerabilidad” para el conocimiento de los casos sometidos a su conocimiento, el cual, consiste, a grandes rasgos, en analizar elementos contextuales y personales del asunto en cuestión¹⁵⁸.

Lo anterior tiene mucha relevancia desde el punto de vista de la tutela judicial. En esa línea, la Corte ha señalado que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela (2011), párr.127.

¹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (2001), párr.137.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006), párr.126 y 129.

¹⁵⁵ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.32.

¹⁵⁶ Ana Álvarez Jofré. *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en Chile en el caso de los migrantes indocumentados* (Santiago, Universidad de Chile; 2020), p.13.

¹⁵⁷ Lydia Feito. Vulnerabilidad. En *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 30, nº 3 (España; 2007), pp.8-12.

¹⁵⁸ Ana Álvarez Jofré, *La vulnerabilidad...*, p.15.

especial, en razón de los deberes particulares cuyo cumplimiento, por parte del Estado, es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (...). No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁵⁹.

En dicho contexto, estas vulnerabilidades pueden constituir algún tipo de discriminación a la que se ve expuesta una persona – como ocurre con la discapacidad, personas indígenas, o niños, niñas y adolescentes –, por lo que los Estados están obligados a adoptar medidas legislativas, sociales, educativas y de cualquier índole que permitan eliminar este tipo de discriminaciones en la sociedad, para la plena inclusión de dichos sujetos¹⁶⁰. De esta forma, para poder construir un acceso a la justicia igualitario, y dar cabal cumplimiento a las obligaciones que emanan de la Convención, los Estados deben tomar en consideración esas situaciones de vulnerabilidad para la configuración de un recurso efectivo frente a las vulneraciones de derechos fundamentales¹⁶¹.

En similar medida, el artículo 25 de las Reglas de Brasilia – las cuales, sin perjuicio de no ser vinculantes para nuestro país al consistir en una declaración interamericana, sí otorgan varias directrices para poder materializar un verdadero acceso a la justicia –, prescribe que “Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad”. Ello implica una toma de conciencia acerca de las barreras de acceso a la justicia de carácter grupal, referidas a estos colectivos que se encuentran en una situación especial de discriminación, lo que debe ser erradicado¹⁶².

Otro aspecto interesante del desarrollo jurisprudencial al respecto es que la imposibilidad de poder impugnar las normas de un ordenamiento jurídico, que se estimen vulneradoras de los derechos fundamentales de una persona, constituye una violación de la Convención, en particular, de la protección judicial efectiva¹⁶³. En ese sentido, la Corte tuvo que conocer respecto de un caso en que la propia Constitución de Barbados excluía la posibilidad de otorgar protección judicial respecto a la impugnación de una ley que atentaba en contra de la integridad personal, por lo que, al no contar con un recurso para dicho fin, el Estado incurrió en una violación del artículo 2º del Pacto de San José en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 del mismo¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ximenes Lopes vs Brasil* (2006), párr.103.

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes...*, párr.104 y 105.

¹⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005), párr.51, 53 y 63.

¹⁶² Federico Andreu-Guzmán y Christian Courti, “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, en *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia* (Buenos Aires, Defensoría General de la Nación; 2008), p.54.

¹⁶³ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *la tutela judicial ...*, p. 34.

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Boyce y otros vs Barbados* (2007), párr.80.

También se debe mencionar la relación que tiene la protección judicial efectiva con la obligación de adecuación del ordenamiento interno. A este respecto, el artículo 2° de la Convención dispone que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Por lo tanto, como manifestación de dicha obligación, los Estados deben configurar los recursos internos de forma eficaz y sencilla, mediando el respeto a lo preceptuado por el Pacto de San José, adaptando y adecuando su ordenamiento jurídico en el caso de que una norma pugne con dicho instrumento¹⁶⁵.

Finalmente, la Corte también reconoce la existencia de dos tipos de responsabilidades del Estado para lograr una verdadera efectividad recursiva. La primera consiste en que, normativamente, se debe asegurar la debida aplicación de estos recursos para que permitan el amparo a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado en cuestión, en el caso de ocurrir alguna actuación que vulnere los derechos fundamentales. La segunda, en similares términos a la jurisprudencia constitucional española ya analizada, el Estado debe garantizar los medios para poder ejecutar las sentencias que han sido dictadas por los órganos judiciales competentes, protegiendo efectivamente los derechos declarados en dichas resoluciones. Este punto se relaciona con el efecto de cosa juzgada propio de los fallos, el cual, debe ser respetado, permitiendo la ejecución de las sentencias en sus propios términos, y cuyo cumplimiento es obligatorio¹⁶⁶.

1.3.2.3. Rapidez del recurso.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que la afectación de esta garantía conlleva una vulneración de la efectividad de los recursos. Así, por ejemplo, indica que “los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión¹⁶⁷.” Quizá un ejemplo paradigmático de incumplimiento de la rapidez exigida lo encontramos en el caso de “Instituto de reeducación del menor vs Paraguay”, en virtud del cual, se interpuso un recurso de *habeas corpus* en favor de los menores que vivían en ese instituto, el cual, fue fallado por el tribunal 5 años después de su interposición. Para la Corte, dicha tramitación excedió todo límite permisible, incumpliendo con la rapidez que debe tener el recurso y, en consecuencia, vulnerando el artículo 25.1 de la Convención¹⁶⁸. Se agrega, en la misma línea, que la tutela judicial efectiva exige que los jueces dirijan el procedimiento de tal forma que

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela (2009), párr.130.

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (2012), párr.263.

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal...*, párr.93.

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Instituto de reeducación del menor vs Paraguay (2004), párr.247 y 251.

se eviten las dilaciones y entorpecimientos indebidos y que, con ello, se produzca la impunidad por cuanto se frustre la protección judicial oportuna¹⁶⁹.

Otro caso que se debe mencionar es el “Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela”, en virtud del cual, sin perjuicio de que existió una oportuna interposición de los recursos por parte de los recurrentes, en primer lugar, habría existido una dilación en su resolución por parte del tribunal -resuelta después de casi un año de su presentación-, la cual es incompatible con los fines cautelares de la tutela de derechos fundamentales. En segundo lugar, se indica que habría existido una vulneración del plazo razonable, por cuanto, las mismas recurrentes, habrían interpuesto otro recurso de nulidad, el cual, fue resuelto tres años después. De esto se desprende que la garantía de rapidez y sencillez alcanza sólo a las acciones cautelares de derechos fundamentales, en cambio, en lo relativo a otro tipo de recursos como el de nulidad, la garantía que se vulnera es el juzgamiento dentro de un plazo razonable, del artículo 8.1 de la Convención¹⁷⁰.

En otros casos, la Corte también ha interpretado que la rapidez de la tutela judicial debe realizarse en conformidad a esta última garantía del juzgamiento dentro de un plazo razonable¹⁷¹. Sin embargo, dicho criterio no es del todo correcto, por cuanto al rapidez que requiere una tutela de derechos fundamentales no puede ser medida de la misma forma que el plazo razonable exigido para poder concluir con un juicio¹⁷². Por ende, para poder determinar si un ordenamiento jurídico cumple o no con la rapidez de la tutela deberá analizarse caso a caso, en razón de la complejidad propia del conflicto, sus consecuencias y las exigencias de efectividad anteriores para poder otorgar una respuesta concreta¹⁷³.

1.3.2.4. Sencillez del recurso.

Esta característica exige que los procedimientos sean accesibles para todas las partes, sin obstáculos y demoras indebidas para que se pueda alcanzar el objetivo del recurso de forma sencilla e integral. De esta forma, se exige que estas vías puedan dar resultados o respuestas frente a las violaciones de derechos humanos, y que el análisis que se haga de dichas peticiones no se agote en un ejercicio de mera formalidad, sino que se pueda examinar el fondo y las razones deducidas¹⁷⁴.

En dicho sentido, la sencillez del recurso o su accesibilidad requiere que “su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Las formalidades requeridas para su admisión

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri Vs. Argentina (2008), párr.116.

¹⁷⁰ Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (2008), párr.

¹⁷¹ Véase, para tales efectos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein vs Perú (2001).

¹⁷² Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana...*, pp.370-371.

¹⁷³ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.33.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela (2018), párr.188.

deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente”¹⁷⁵.

Lo que se tendría a la vista, en consecuencia, es evitar aquellas complejidades y formalidades innecesarias para el ejercicio del recurso, sobre todo, en consideración a su finalidad de protección judicial frente a vulneraciones a las garantías fundamentales¹⁷⁶. Sin embargo, este criterio aún se encuentra en desarrollo por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁷⁷.

A modo de conclusión del capítulo, en razón de todo lo expuesto en los acápites anteriores, la tutela judicial efectiva es una garantía importante para una sociedad democrática y, en particular, para los Estados de derecho, la cual no se agota en el mero acceso a la justicia, sino que requiere de una actividad concreta por parte los órganos estatales para su efectiva materialización. Además, para la construcción de los procedimientos judiciales, se debe tener en consideración la especial situación de discriminación en las que se encuentran determinados grupos de personas, la cual debe ser subsanada para poder materializar el efectivo acceso a la justicia de dichos grupos.

Finalmente, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico chileno no consagra expresamente este derecho, es innegable que esta garantía sí se reconoce en la construcción doctrinaria y, en particular, a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos, a cuyo cumplimiento Chile se encuentra obligado, por lo que es necesario dar cuenta de dichos estándares jurisprudenciales para otorgar una efectiva protección judicial a las personas.

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán...*, párr.93.

¹⁷⁶ David Ordoñez Solís *et al.* *El amparo judicial de los derechos fundamentales en un sociedad democrática* (Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura; 2006), p.301.

¹⁷⁷ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *la tutela judicial...*, p.33.

CAPÍTULO II. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.

La lucha por la efectiva garantía del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación en un ordenamiento jurídico ha sido una consigna histórica presente en múltiples demandas por cambios sociales¹⁷⁸. Esta ha estado acompañada por una vasta discusión teórica en el ámbito constitucional, y, además, por un gran desarrollo normativo, impulsado principalmente por los tratados internacionales sobre protección de derechos humanos, erigiéndose, en la actualidad, como uno de los pilares fundamentales de la organización política y jurídica de todo Estado moderno¹⁷⁹.

Este capítulo tiene por finalidad recabar el estado doctrinario de la discusión acerca de la igualdad y a la no discriminación, de forma independiente entre sí.

Por ende, primero me concentraré en el estudio de las diversas aproximaciones sobre el derecho a la igualdad en sus diversas vertientes, mediante la clarificación de su evolución histórica.

Finalmente, se analizará la discriminación, partiendo por su conceptualización, sus causas y principales consecuencias que produce para las personas que son víctimas de aquella, y las distintas modalidades que esta puede adoptar.

2.1. El Derecho a la igualdad.

2.1.1. Aproximaciones conceptuales previas.

Al momento de determinar qué ha de entenderse por igualdad, es posible notar que existen muchas conceptualizaciones en torno a aquella, las cuales, dependerán en gran medida del actor que entrega una definición, situación que es dificultosa considerando que éste es un concepto incluso anterior al derecho y que abarca una gran cantidad de disciplinas diversas entre sí¹⁸⁰.

Al problema anterior, debemos añadir que la consagración de la igualdad, tanto como un principio o como un derecho fundamental, se realiza sin otorgar límites claros en torno a su ejercicio o respecto de su contenido. En consecuencia, éste es, plenamente, un concepto jurídico indeterminado¹⁸¹ o de contenido controvertido¹⁸², toda vez que presenta altos grados de ambigüedad e imprecisión, admitiendo aplicaciones

¹⁷⁸ Alexis Hidalgo Rojas. *Revisión crítica de la legislación en cuanto a equidad de remuneraciones entre hombres y mujeres* (Santiago, Universidad de Chile; 2018), p. 11.

¹⁷⁹ Iván Díaz García, “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N°2 (Talca, Universidad de Talca; 2012), p.36.

¹⁸⁰ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional y no discriminación* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2019), p.21.

¹⁸¹ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 13, N°2 (Coquimbo, 2006), p.75.

¹⁸² Alberto Coddou, “Derecho a la igualdad ante la ley”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, coords. Pablo Contreras y Constanza Salgado (Chile: Tirant lo blanch, 2020), p.243.

diferentes, o pudiendo ser perfilada de formas distintas, produciendo como consecuencia la incertidumbre en cuanto a su contenido¹⁸³. En este mismo sentido, JOSÉ DÍAZ DE VALDÉS plantea que la igualdad presenta dos grandes problemas: su vacuidad y su equivocidad, toda vez que es un concepto esencialmente vacío, sin contenido propio y con diversos significados y aproximaciones¹⁸⁴.

Para complejizar respecto de su contenido, NORBERTO BOBBIO realiza una comparación entre la libertad y la igualdad, señalando que ambos son conceptos vacíos. No obstante, la libertad como concepto sí tiene un significado propio, que la igualdad no posee. Lo anterior se demuestra cuando formula la frase “X es libre” – la cual tiene un sentido propio -, pero no así cuando señalamos “X es igual”, ya que no tendrá un contenido autónomo, para lo cual debemos complementarla respondiendo X está en una situación de igualdad en torno a qué, y respecto a quién¹⁸⁵. Sólo así podrá dejar su abstracción, otorgándole algún sentido más concreto.

Sin perjuicio de la indeterminación del concepto, debemos tener presente que la doctrina ha formulado algunos elementos que se entienden son parte del contenido conceptual de la igualdad. Así, un primer acercamiento lo encontramos en reconocer que la igualdad posee una doble fase: la primera, como un principio o valor; la segunda, como una garantía o derecho fundamental¹⁸⁶.

El tratamiento de la igualdad bajo la fase de principio implica que esta sirva como un estándar de evaluación y legitimación de las normas y de los actos jurídicos, como inspirador de aquellos e, incluso, como un criterio de interpretación¹⁸⁷. HUMBERTO NOGUEIRA complementa esta idea, al reconocer que la dimensión de la igualdad como valor se consagra en nuestra constitución, específicamente, en el Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad, y cuyo fundamento radica en la protección de la dignidad de todas las personas, con un efecto vinculante de modo general para todo nuestro ordenamiento jurídico¹⁸⁸.

En cuanto derecho fundamental, esta implica reconocerle a todas las personas una titularidad sobre el bien jurídico “igualdad”, oponible a todo destinatario¹⁸⁹. Complementando lo anterior, JOSÉ DÍAZ DE VALDÉS señala que esta fase como garantía fundamental conlleva, a lo menos, tres tipos de dimensiones. La primera, entendida como negativa, invoca un límite a la actividad de las autoridades públicas quienes en su actuar deberán abstenerse de vulnerarla. La segunda, definida como dimensión positiva, puede requerir la promoción de la igualdad por parte de aquellas autoridades. Finalmente, entendiéndola como horizontalidad

¹⁸³ Melissa Núñez Pacheco, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), p.21.

¹⁸⁴ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, pp.24-31.

¹⁸⁵ Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, (Barcelona; Ediciones Paidó,1993) pp.53-54.

¹⁸⁶ Alberto Coddou, *Derecho a la igualdad...*, p.246.

¹⁸⁷ Antonio Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, (Madrid; Dykinson, 2007). p.83-85.

¹⁸⁸ Humberto Nogueira Alcalá, *El derecho a la igualdad...*, p.63.

¹⁸⁹ Humberto Nogueira Alcalá, *El derecho a la igualdad...*, pp.62-63.

del derecho, implica extender a los particulares la obligación de respeto o no vulneración de la garantía fundamental¹⁹⁰.

No entraremos en la discusión respecto a las consecuencias específicas que tiene concebir a la igualdad de una u otra forma, ya que escaparía al objetivo de este acápite. Sin embargo, debemos reconocer que, desde un punto de vista positivo, la igualdad se consagra bajo la vertiente de principio y de garantía fundamental, las cuales, son visiones complementarias entre sí¹⁹¹.

Un segundo acercamiento es el reconocimiento de la igualdad como un concepto relacional. Esto implica que “(un juicio de igualdad) es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones (...) resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (...) entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad.”¹⁹² En otras palabras, esta implica un vínculo entre dos (o más) personas, objetos o situaciones, según un juicio de comparación entre ambos, respecto de un elemento común considerado relevante¹⁹³.

En función de esta última idea es que podemos plantear que la igualdad será siempre un concepto relativo, ya que para poder determinar si en un caso concreto concurre, debemos precisar los rasgos en cuestión que procederemos a comparar, dentro de este universo de elementos, para poder formular el juicio de igualdad¹⁹⁴. Sobre esto, volvemos a plantear nuevamente lo señalado por NORBERTO BOBBIO, toda vez que, en razón de su sentido relacional, debemos cuestionarnos acerca de los extremos de la relación de igualdad, y en torno a qué. En otras palabras, dotarla de un contenido respondiendo “igualdad en torno a qué y respecto de quién”¹⁹⁵.

Completando la idea anterior, la doctrina explica que la igualdad se compondría de tres elementos: “i) existencia de entidades diferentes; ii) la comparación de las mismas de acuerdo a un estándar común que mide una característica compartida por aquellas entidades, y iii) la existencia de un “agente comparador” que realiza la operación de comparación¹⁹⁶”. Aquello también resulta relevante ya que el juicio de igualdad

¹⁹⁰ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.43.

¹⁹¹ Alberto Coddou, *El derecho a la igualdad...*, pp.244-245.

¹⁹² Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 31, enero-abril, (España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991), p. 12.

¹⁹³ Iván Díaz García, *Igualdad en la aplicación...*, pp.38-39.

¹⁹⁴ Francisco Rubio Llorente, *La igualdad en la jurisprudencia...*, pp.13-14.

¹⁹⁵ Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad...*, pp.53-54.

¹⁹⁶ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.22-23.

sólo podrá realizarse respecto de entidades diferentes, puesto que, de lo contrario, existiría identidad entre los objetos a comparar – y no sería posible realizar un juicio de igualdad -¹⁹⁷.

2.1.2. Igualdad en un sentido formal y sustantivo.

Las aproximaciones anteriores se refieren a cuestiones particularmente abstractas, por lo que son insuficientes para entregar consecuencias específicas de la igualdad jurídica. En función de aquello es que han surgido dos principales teorías acerca del entendimiento de la igualdad, de la mano del desarrollo normativo de los ordenamientos jurídicos: una en sentido formal o tradicional; y otra en uno sustantivo o material. Para efectos explicativos, se realizará un acercamiento histórico al surgimiento de estas nociones.

Ya en la Antigua Grecia podemos encontrar una primera conceptualización, la cual, buscaba representar la igualdad de derechos civiles y políticos entre los ciudadanos, bajo el concepto de isonomía – entendida actualmente como igualdad ante la ley -, siendo un factor decisivo para la democracia en la ciudad de Atenas¹⁹⁸. Este modelo de gobierno era complementado por otros dos principios fundamentales, también definidos en un enclave de igualdad. Nos referimos a la isegoría – entendida como la igualdad en la participación política y toma de decisiones por el pueblo ateniense¹⁹⁹ – y a la isotimia – entendida como igualdad de los ciudadanos para optar a los cargos públicos-²⁰⁰.

Con el avance de los siglos, las concepciones iusnaturalistas, específicamente, durante la Edad Media, de la mano, principalmente, por SANTO TOMÁS DE AQUINO, postulan una idea de igualdad fundamentalmente teológica, en virtud de la cual, todos los seres humanos eran iguales al ser hijos de Dios. Esta noción conllevó una justificación de las desigualdades sociales, específicamente, mediante diversas clases privilegiadas, basados, esencialmente, en el derecho natural²⁰¹.

El paradigma teológico de la igualdad sufre un importante cambio, propiciado por la ilustración y el consecuente surgimiento de los Estados modernos. Así, dicho movimiento reniega la existencia de un fundamento religioso y metafísico de la igualdad²⁰². En este sentido, “se parte de la base de que, a pesar de las diferencias innegables que existen entre los hombres, en el ordenamiento jurídico todos deben ser tratados de modo igual, pues todos gozan de una misma dignidad”²⁰³. En otras palabras, su justificación

¹⁹⁷ María Ossandón Widow, “Igualdad”, en *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa* (Santiago; Editorial Jurídica de Chile, 2011), p.444.

¹⁹⁸ José María Seco Martínez. “De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar”, en *Revista Derechos y Libertades*, Número 36, Época II, (Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas, 2017), pp.56-57.

¹⁹⁹ Philip Resnick. Isonomía, isegoría, isomoiría y democracia a escala global, en revista *Isegoría* N°13, (1996), p.173.

²⁰⁰ Diego Córdova Molina. “Repensar la igualdad democrática: isonomía, isegoría, isotimia”, en *Colección*, 20(25) (Argentina: 2015), <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/repensar-igualdad-democratica-isonomia.pdf>. (Consultado el 10 de octubre de 2020), p.26.

²⁰¹ José María Seco Martínez, *De la igualdad formal...*, pp.57-58.

²⁰² José María Seco Martínez, *De la igualdad formal...*, p.59.

²⁰³ María Ossandón Widow, *Igualdad...*, p.447.

radica en que todos los seres humanos poseemos una dignidad intrínseca, por lo tanto, en función de aquella, merecemos un trato igualitario dentro de una sociedad. Éste es el nacimiento de la idea de igualdad formal.

Ligada fuertemente a la abolición de los privilegios reales, dentro del contexto de la revolución francesa, esta dimensión se mira como una promesa de consistencia, donde toda persona debe ser tratada de la misma manera sin importar sus diferencias²⁰⁴. Así, la igualdad se configura a partir de los textos convencionales, según las palabras del derecho²⁰⁵, en torno a las posiciones jurídicas de individuos, sin que sean relevantes las circunstancias concretas de las personas. Por ende, se entiende como un mandato general abstracto para la población.

Normativamente, tanto la Revolución Francesa como el proceso de independencia norteamericano, culminan con la promulgación de declaraciones de derechos, dentro de los cuales, se consagra la igualdad formal. A modo meramente ejemplar, la primera parte del artículo 1° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 prescribe que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (...)”. Asimismo, el artículo 6° señala que “La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. (...) Debe ser igual para todos (...). Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella (...)”²⁰⁶. Estos artículos fueron reproducidos ya que se entienden son parte de la manifestación del contenido de una igualdad formal²⁰⁷.

Ahora bien, esta visión, influenciada principalmente por Aristóteles se resume en la premisa de que “lo igual debe ser tratado de forma igual, y, correlativamente, lo desigual de forma desigual²⁰⁸”. Asimismo, en el sentido inverso al planteado, existe una vulneración de la igualdad toda vez que se trata de diversa manera a dos elementos iguales y cuando se trata de la misma manera a dos elementos desiguales²⁰⁹. Sin embargo, está permitido realizar un trato diferenciado entre individuos que se encuentren en la misma situación, siempre y cuando la diferenciación se encuentre debidamente justificada²¹⁰. Volveremos sobre esta idea con posterioridad.

²⁰⁴ Karla Pérez Portilla, “Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja”, en *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, coords. Carol Arriaga y Jorge Carpizo, (México, 2015), p.657.

²⁰⁵ José María Seco Martínez, *De la igualdad formal...*, p. 59.

²⁰⁶ Para efectos de la investigación, este artículo fue recortado. Su versión literal dispone que “La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos”.

²⁰⁷ Diana Quintero Mosquera, O todos en la cama, o todos en el suelo: del derecho a la igualdad al respecto de la diferencia (2016), https://www.researchgate.net/publication/297759529_El_derecho_a_la_igualdad (consultado el 1 de octubre de 2020), p.8.

²⁰⁸ María Ossandón Widow, *Igualdad...*, p.444.

²⁰⁹ Iván Díaz García Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.39.

²¹⁰ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (New York; Oxford University Press, 2002), p.271.

Esta formulación clásica permite concluir que la igualdad se plantea en términos prescriptivos de la realidad social, puesto que no describe lo que ocurre en el mundo, sino que señala a modo de exigencia cómo deben ser tratadas las personas en una sociedad justa. Por ende, la igualdad formal se corresponde con una del tipo normativa, y no con una en sentido de facto²¹¹.

La dimensión formal en los términos descritos materializa dos derechos fundamentales, entendidos incluso como aquellos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad de los Estados modernos²¹². Me refiero a la igualdad en el contenido de la ley, y a la igualdad en la aplicación de la ley²¹³.

Esta primera garantía, también entendida como igualdad ante la ley²¹⁴, conllevó un notable avance en relación con la forma de Estado anterior a la modernidad, puesto que “la sumisión ciudadana a la voluntad arbitraria del monarca o déspota de turno, fue reemplazada por la sumisión a la voluntad soberana de la ley (...) ya que, la ley, al ser general, impersonal y abstracta, sirve de protección a los ciudadanos y las ciudadanas, y les asigna condiciones más seguras para el despliegue de su vida²¹⁵”. En otras palabras, la garantía de igualdad ante la ley conlleva mayor seguridad para las personas, reduciendo la arbitrariedad que caracterizó a los regímenes absolutistas.

En concreto, esta dimensión conlleva un mandato al legislador²¹⁶ que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que están en la misma situación, no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se encuentren en condiciones similares²¹⁷, y se proscribe establecer discriminaciones arbitrarias o no razonables en el contenido de las leyes²¹⁸.

Desde un punto de vista histórico, la garantía anterior permitió justificar la eliminación de la esclavitud dentro de los ordenamientos jurídicos, y de cualquier otro tipo de privilegio social²¹⁹, como consecuencia del reconocimiento y protección de la dignidad humana y la igualdad esencial de los seres humanos²²⁰.

²¹¹ Albert Calsamiglia, “Sobre el principio de igualdad”, en *El fundamento de los derechos humanos, Debate*, coords. Muguerza, Javier, y otros (Madrid, 1989), p. 98.

²¹² Sebastián Latorre Pérez, “El derecho a la igualdad. Conceptos y percepción en Chile”, en *Reflexión y Debate de Centro Democracia y Comunidad, N°17*, (2017), pp.5-6.

²¹³ María Hernández Martínez, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)”, En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado número 81*, (México, 1994), p.700.

²¹⁴ Iván Díaz García, *Igualdad en la aplicación...*, p.40.

²¹⁵ Diana Quintero Mosquera, *O todos en la cama...*, p.13.

²¹⁶ Iván Díaz García, *Igualdad en la aplicación...*, p.41.

²¹⁷ Mario Verdugo Marinkovic, et al, *Derecho constitucional, tomo I, segunda edición* (Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 2002), p.214.

²¹⁸ María Ossandón Widow, *Igualdad...*, p.448.

²¹⁹ Javier Jiménez Campo, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 9, (Madrid, 1983), p.74.

²²⁰ Humberto Nogueira Alcalá, *El derecho a la igualdad...*, p.64.

Ahora bien, la igualdad en la aplicación de la ley se refiere a una dimensión, más que nada, del tipo procesal²²¹, que consiste fundamentalmente en que los órganos de la jurisdicción deben tratar de la misma manera a lo igual, y de forma diferente lo desigual²²². Por lo tanto, esta fase se entiende como un mandato para quien debe aplicar la norma jurídica ya sea un ente administrativo o judicial, de forma igualitaria. Esta idea se complementa señalando que el ente llamado a aplicar la norma jurídica no puede modificar de forma arbitraria el sentido de sus decisiones en casos iguales, esto es, que los criterios de aplicación no pueden variar de forma infundada, sino que debe ofrecerse una fundamentación suficiente y razonable²²³.

La noción formal de igualdad, sin perjuicio tanto de su aceptación doctrinaria como jurisprudencial, ha sido fuertemente criticada por diversas razones. Un ejemplo concreto ayudará a entenderlas. Durante la Revolución Francesa, surgieron varios cuestionamientos por parte de diversos grupos de mujeres hacia la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ya que, sin perjuicio de que en esta se establecía expresamente la igualdad de los seres humanos, aún se seguía invisibilizando a las mujeres, negándoles el reconocimiento de su estatus como ciudadanas -y, por ende, rechazando la posibilidad de que sean titulares de derechos²²⁴ -. De hecho, Francia recién en 1944 le otorga derecho a voto a las mujeres – esto es, transcurridos casi dos siglos desde la consagración de la igualdad general en dicho país -.

La situación anterior nos permite dar cuenta que, en muchas ocasiones, la igualdad formal no se cumple, toda vez que persisten formas de discriminación basadas en alguna cualidad física, psicológica, social, cultural, entre otras, que constituyen una negación de esta garantía respecto de las personas, como la subsistencia de determinadas formas de segregación racial, la aplicación selectiva de la justicia, establecimiento de tratos discriminatorios hacia la mujer e inequidades salariales, etc.²²⁵

JOSÉ SECO, en directa relación con lo anterior, plantea, entonces, que en una noción formal de la igualdad “se evade del terreno de lo humano, es decir, de la praxis real de los hombres (con sus problemas y sus necesidades), para recalar en una idea de igualdad (formal) pretendidamente neutral y objetiva, solo predicable de sujetos igualmente formalizados, es decir, de sujetos abstractos, sin necesidades y alejados de la praxis concreta de los seres humanos y su contingencia”²²⁶. Lo que el autor quiso decir es, básicamente, que esta dimensión formal es incapaz de recoger las necesidades reales de las personas, lo que la torna insuficiente.

²²¹ José Luis Cea Egaña, *Derecho constitucional chileno*, tomo II, (Santiago de Chile; Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006), p.141.

²²² Iván Díaz García, *Igualdad en la aplicación...*, p.41.

²²³ María Ossandón Widow, *Igualdad...*, p.450.

²²⁴ Ricardo Ruiz Carbonell. “La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México”, en *Derechos Humanos. Temas y problemas*, coords. Consuelo Maqueda y Víctor Martínez, (México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010), p.71.

²²⁵ Diana Quintero Mosquera, *O todos en la cama...*, p.5.

²²⁶ José María Seco Martínez, *De la igualdad formal...*, p.60.

Así las cosas, la igualdad en un sentido sustantivo o material implica una visión de justicia entendida en concreto, esto es, en la manera en que se experimenta en los hechos, abandonando la idea de justicia en abstracto, que caracteriza a una concepción formal²²⁷, razón por la cual también se denomina igualdad de hecho o fáctica²²⁸. En este sentido, esta noción se entiende como una reinterpretación del principio de igualdad formal, pero en un Estado social de derecho -abandonado el Estado liberal-, considerando la posición social real en que se encuentran las personas a las que se les aplicará la ley²²⁹.

Complementando lo anterior, una noción material de igualdad obliga a que las normas jurídicas deben no sólo abstenerse de reproducir las jerarquías sociales que oprimen a determinados grupos, ya sea mediante el contenido o la aplicación de aquellas, sino que también intervenir para prevenir que estas situaciones ocurran, o combatir aquellas que sea no sean de fácil apreciación para los operadores del derecho. Así, el legislador cumplirá un rol preventivo que busque la armonía o integración de los distintos grupos que interactúan en una sociedad, en términos de igual reconocimiento²³⁰.

La situación descrita previamente tiene sentido cuando consideramos que existen grupos o personas en la sociedad que se encuentran en una situación de desventaja, como consecuencia de patrones históricos de discriminación en su contra, percibidas, a modo ejemplar, mediante la subrepresentación crónica en ciertos tipos de trabajos o el acceso desigual a bienes y servicios²³¹. Frente a este contexto, estos grupos comienzan a exigir una mayor protección estatal, no sólo en el sentido de obtener tolerancia, sino que mediante el reconocimiento, valoración y promoción de sus diferencias²³². Esto con el objetivo de asegurar que las desventajas inherentes a ellos no se mantengan²³³.

Es por ello que esta dimensión conlleva a la adopción de medidas concretas que pongan fin a estas situaciones, a partir de lo que ha sido denominado como discriminación positiva – como, por ejemplo, mediante las acciones positivas -, la cual, les otorga un trato más ventajoso a estos grupos en desventaja, con la finalidad de remover dichos obstáculos e incluirlos en la sociedad, para la materialización de una igualdad más efectiva y real²³⁴. Se volverá sobre esta idea en el siguiente capítulo.

²²⁷ Karla Pérez Portilla, *Más allá de la igualdad...*, p.656.

²²⁸ José María Seco Martínez, *De la igualdad formal...*, p.68.

²²⁹ Encarnación Carmona Cuenca, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 84, (España, 1994), p.271.

²³⁰ Alberto Coddou, *Derecho a la igualdad...*, p.251.

²³¹ Karla Pérez Portilla, *Más allá de la igualdad...*, p.668.

²³² Diana Quintero Mosquera, *O todos en la cama...*, p.23.

²³³ ONU MUJERES. La igualdad de género, <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Igualdad%20de%20Genero.pdf> (Consultado el 10 de octubre de 2020), p.4

²³⁴ Aída Figueroa Bello, “Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, (México, 2012) p.137.

Habiendo caracterizado, entonces, ambos tipos de igualdad, se deben señalar dos apreciaciones. La primera es que, sin perjuicio de la diferencia entre ellas, ambas nociones no son antitéticas u opuestas entre sí, sino que, en realidad, son complementarias y se enriquecen recíprocamente²³⁵. Por ende, las dos dimensiones deben ser protegidas por los ordenamientos jurídicos.

La segunda aproximación consiste en que ambas realizan un hincapié en la exclusión de la discriminación arbitraria, donde las demandas de igualdad, sea cual sea la dimensión adoptada, se formularán mediante la utilización del concepto de discriminación, como aquellas desigualdades o desventajas que no deben ser toleradas²³⁶. Precisamente, a esto nos avocaremos en el siguiente acápite.

A modo de conclusión, debemos tener presente que la igualdad se ha entendido como un proceso histórico de emancipación en constante evolución²³⁷, la cual, debemos situarla siempre en el contexto determinado en que nos encontremos para poder dotarla de contenido. Así, esta podrá exigir un trato igualitario entre todas las personas – noción formal – o, incluso, exigirá un rol activo por parte del Estado para eliminar los obstáculos de grupos desventajados de la sociedad, mediante tratos diferenciados -noción material-.

2.2. El principio de no discriminación.

Las normativas de los diversos ordenamientos, al consagrar la garantía de igualdad, conjuntamente, incluyen una cláusula que prohíbe la discriminación arbitraria, generalmente, asociada a algún rasgo como el sexo, edad, religión, etc. En lo que sigue, se realizará un análisis de la evolución de la discriminación, desde un punto de vista conceptual y su impacto en los derechos fundamentales de las personas discriminadas.

2.2.1. Conceptualización.

La discriminación a secas no necesariamente implica algo negativo, sino que es un concepto esencialmente neutro u objetivo, toda vez que implica una acción de diferenciar o seleccionar²³⁸. En estos mismos términos la RAE definió, por mucho tiempo, la palabra “discriminar”²³⁹.

La situación es totalmente distinta cuando agregamos el adjetivo arbitrario, ya que, así el concepto pierde su neutralidad. De esta forma, la “discriminación arbitraria” puede definirse como aquella distinción que no es razonable, que es caprichosa o que carece de alguna justificación suficiente²⁴⁰. Esta noción también es recogida con posterioridad por la RAE, la cual realiza un cambio de la definición de “discriminar” otorgada

²³⁵ Fernando Rey Martínez. “El principio de igualdad en el contexto de las crisis del Estado social: diez problemas actuales”, en *La metamorfosis del Estado y del Derecho, fundamentos N°8*, coord. Miguel Ángel Presno Linera (España, 2014), p.294.

²³⁶ José Díaz de Valdés Julia, *Igualdad constitucional...*, p.35.

²³⁷ José María Seco Martínez, *De la igualdad formal...*, p.56.

²³⁸ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.174.

²³⁹ Valentina Palacios Plaza, y Belén Quezada Arzola, Efectos y alcances del principio de no discriminación en el Derecho Laboral Chileno, (Santiago de Chile; Universidad de Chile, 2019), p.3.

²⁴⁰ José Luis Cea Egaña, *Derecho constitucional...*, p.138.

en el párrafo anterior, señalando que es “seleccionar excluyendo”, lo cual, demuestra un carácter negativo y valorativo en dicha concepción²⁴¹.

JOSÉ DÍAZ DE VALDÉS complementa el concepto señalando, de forma bastante simple, que “cada vez que a una persona se le otorga un trato mejor o peor que a otros que se encuentran en una situación similar, debe existir una razón suficiente para ello. De lo contrario, nos encontramos frente a una discriminación no justificada o arbitraria²⁴²”. En este sentido, la idea principal se refiere a la falta de una razón justificada para tratar desigualmente a dos personas en la misma situación.

Así, JESÚS RODRÍGUEZ nos recuerda que lo relevante en la discriminación son las consecuencias reales o posibles que produce en los derechos subjetivos u oportunidades sociales relevantes de las personas discriminadas. Esta se basaría en una relación asimétrica, producto de una valoración negativa de terceros, a quienes se les considera inferiores en razón de su sexo, raza, discapacidad, etc.²⁴³

Lo anterior, le lleva a formular una definición más compleja de discriminación, señalando que “(esta) es una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales²⁴⁴”. Volveremos sobre estas ideas con posterioridad.

En línea con lo anterior, diversos instrumentos han recogido la prohibición de discriminación, señalando al mismo tiempo una definición de aquella. Así, a modo ejemplar, mencionamos la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud de la cual, se señala que la discriminación “debe entenderse referida 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 personas²⁴⁵”. Por ende, el foco en dicha definición está puesto en grupos con determinadas características que hacen sospechar la existencia de una discriminación.

Todo lo planteado permite dar cuenta acerca de la complejidad inherente a la discriminación y a sus consecuencias. Sin embargo, debemos rescatar dos ideas principales que se derivan de aquello. La primera

²⁴¹ Valentina Palacios Plaza y Belén Quezada Arzola, *Efectos y alcances...*, p.3.

²⁴² José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.174.

²⁴³ Jesús Rodríguez Zepeda, *Un marco teórico para la discriminación*, (México; Colección Estudios, 2006), p.23.

²⁴⁴ Jesús Rodríguez Zepeda, *Un marco teórico...*, p.26.

²⁴⁵ Comité de Derechos Humanos. Observación General 18. No discriminación (1989), párr. 7.

es que, como requisito fundamental para la existencia de una discriminación arbitraria, esta debe carecer de cualquier tipo de justificación razonable, motivo por el cual deviene en ilegítima²⁴⁶. La segunda es que dicha situación de desigualdad se produce en razón de la identidad de la persona, la cual, usualmente, pertenecerá a grupos que han sido histórica y reiteradamente discriminados²⁴⁷. Sin embargo, como precisión, esto no quiere decir que la discriminación arbitraria se producirá sólo si existe dicha pertenencia, ya que una persona puede no ser parte de alguno de estos grupos y sufrir algún tipo de discriminación²⁴⁸.

2.2.2. Causas de la discriminación.

La discriminación tiene su origen en las diversas relaciones sociales y culturales de los individuos, la cual, se reflejará en múltiples niveles, ya sea desde actos cotidianos hasta incluso en prácticas sociales e institucionales legitimadas mediante normas²⁴⁹, a partir de la formación de estereotipos y prejuicios en torno a las personas discriminadas²⁵⁰. Esto produce como consecuencia que se generen estigmas negativos respecto de las personas que pertenecen a grupos socialmente discriminados, en base a conductas de desprecio sistemáticas en su contra²⁵¹.

Para poder entender mejor lo anterior, debemos explicar en qué consisten ambas cuestiones. Así, los prejuicios radican en la atribución de menor valor moral o capacidad de una persona en razón de determinadas características²⁵². En este sentido, conllevan una actitud hostil hacia alguien con algún rasgo definitorio de un grupo social, por la mera razón de dicho rasgo²⁵³, aun cuando la persona en realidad no lo posea, ya que basta que el discriminador crea que es efectiva dicha pertenencia²⁵⁴.

En consecuencia, lo que distingue a los prejuicios es que no son meramente declaraciones de opiniones o de creencias, sino que, también, conllevan una emocionalidad intrínseca negativa, a través del desprecio, disgusto o repudio de una persona²⁵⁵, considerando su diferencia como algo erróneo o inaceptable²⁵⁶. Todo

²⁴⁶ Miguel Ángel Fernández. *Principio constitucional de la igualdad ante la ley* (Santiago, LexisNexis: 2004), pp.73-82.

²⁴⁷ Mireya del Pino Pacheco, *Catálogo de medidas para la igualdad* (México; SEGEGOB, 2015) p.37.

²⁴⁸ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.175.

²⁴⁹ Mireya Del Pino Pacheco, *Catálogo de medidas...*, p.37.

²⁵⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, *La discriminación y el derecho a la no discriminación*, (México, 2012), p.7.

²⁵¹ Jesús Rodríguez Zepeda, *La otra desigualdad. La discriminación en México*, (México; Conapred, 2011) p.19.

²⁵² José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.178

²⁵³ Gordon Allport, *La Naturaleza del Prejuicio* (Buenos Aires; Editorial Eudeba, 1971), p.22.

²⁵⁴ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.178.

²⁵⁵ María de la Luz Casas Martínez, "Prejuicios, estereotipos y discriminación. Reflexión ética y psicodinámica sobre la selección de sexo embrionario", en *Acta Bioethica* 14 (2), (Chile; Universidad de Chile, 2008) p.151.

²⁵⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, *La discriminación...*, p.8.

esto se camufla en la vida cotidiana y construye una impresión negativa que influye en las dinámicas sociales²⁵⁷.

Ahora bien, los estereotipos son “reproducciones mentales de la realidad sobre las cuales se generaliza acerca de miembros u objetos de algún grupo²⁵⁸”. Complementando esta noción, podemos señalar que estos consisten, además, en un conjunto de creencias sobre las características particulares de algún grupo²⁵⁹. Por ende, se caracterizan por ser apreciaciones colectivas, las cuales, pueden ser tanto positivas como negativas²⁶⁰.

La relevancia de atacar tanto los prejuicios como los estereotipos radica en que estos siempre tendrán un efecto de reproducción en la sociedad, tomándose incluso como verdades aceptadas por la mayoría, lo que pretendería justificar una situación de desventaja, puesto que se estima que las personas discriminadas serían merecedoras de la discriminación²⁶¹.

Una situación concreta que ejemplifica lo anterior, la encontramos en la discriminación que sufren las personas identificadas como LGBTQI+ ya que aquellos sectores que muestran aversión hacia dicho colectivo, generalmente, están ligados a pensamientos religiosos conservadores, y a la falsa creencia de que la orientación sexual es algo que se puede elegir²⁶². Además, todo esto fue apoyado por diversos estudios psicológicos de siglos anteriores que categorizaban a la homosexualidad como una enfermedad mental²⁶³, lo cual, sigue impactando en la forma de concebir a dicha población.

2.2.3. Tipos de discriminación.

Una primera categoría de discriminación la podemos encontrar en aquella que distingue entre la de tipo directa e indirecta. La idea detrás de esto radica en las diversas formas que puede adoptar la discriminación y los mecanismos por los cuales se detectará²⁶⁴. Así, la discriminación directa, también denominada como discriminación en el trato o jurídica, consiste en una diferenciación perjudicial basada en la pertenencia o

²⁵⁷ Tania Bolaños Enríquez, y Ariel Charry Morales, “Prejuicios y homosexualidad, el largo camino hacia la adopción homoparental. Especial atención al caso colombiano”, en Revista de Estudios Constitucionales, año 16 N°1, (Chile; Universidad de Talca, 2018) p.397.

²⁵⁸ María de la Luz Casas Martínez, *Prejuicios, estereotipos...*, p.151.

²⁵⁹ Beatriz Montes Berges, “Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio”, en Revista electrónica Iniciación a la Investigación, número 3°, (2008), p.1.

²⁶⁰ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.178.

²⁶¹ Mireya Del Pino Pacheco, *Catálogo de medidas...*, p.41.

²⁶² Christopher Blackwell, et al, Discrimination of Gays and Lesbians: A Social Justice Perspective. En Journal of Health & Social Policy, Vol. 19(4), (2004), pp.29-30.

²⁶³ D. Morrow., Older gays and lesbians: Surviving a generation of hate and violence. Journal of Gay & Lesbian Social Services, 13(1/2), (2001), p.154.

²⁶⁴ María Barrere Unzueta, Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres. (Madrid: Civitas, 1997), p.24.

existencia de determinadas categorías, y que carece de una justificación objetiva y razonable²⁶⁵. MARÍA AÑÓN añade que también concurre este tipo de discriminación cuando existe una omisión en el cumplimiento de una obligación o medida de acción positiva de imposición legal²⁶⁶.

La discriminación indirecta, también denominada de hecho, de impacto o de resultado²⁶⁷, en contraposición a la anterior, implica un tratamiento diferenciado basado en un motivo que es aparentemente neutral, sin embargo, su aplicación conlleva un impacto y consecuencia perjudicial e injustificado respecto de un grupo o colectivo de personas, que se encuentran protegidos por una cláusula antidiscriminatoria²⁶⁸.

Es ilustrativa la definición otorgada en la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, suscrita por Chile en el año 2015, la cual, señala en su artículo 1° que “discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”.

En razón de lo anterior, lo que caracteriza a este tipo de discriminación es que produce una vulneración encubierta de la igualdad, ya que no es posible notar directamente en la norma la situación de discriminación, sino que será su aplicación aparentemente neutral la que producirá dicho efecto²⁶⁹.

Esta forma de discriminar tiene lugar en el derecho anglosajón, principalmente, en Estados Unidos, y responde, esencialmente, al reconocimiento de que combatir la discriminación directa, en muchas ocasiones, era insuficiente, toda vez que las normas y prácticas sociales, sin vinculación a algún tipo de rasgo individual, seguían produciendo algún tipo de desventaja respecto de determinados grupos. Por eso se entiende que esta se relaciona con la igualdad sustantiva o material²⁷⁰.

Para ilustrar lo anterior, se utilizará el ejemplo propuesto por LILIANA SALOMÉ. Supongamos que “en un determinado país, las escuelas de formación militar establecen como requisito mínimo para el ingreso medir, al menos, 1.68 metros de altura. Esta norma es aparentemente neutra, pues la estatura no es considerada una

²⁶⁵ Francisco Díaz Revorio, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, (España; Tirant lo blanch, 2015), p.81.

²⁶⁶ María Añón Roig, Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio. En Alberto Iglesias Garzón (coord.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, tomo IV, vol. V, libro II, (2013a) p.646.

²⁶⁷ Francisco Díaz Revorio, *Discriminación en las relaciones...*, p.81.

²⁶⁸ Liliana Salomé Resurrección “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural”, en *Revista Pensamiento Constitucional número 22*, (Perú; Universidad Católica del Perú, 2017), p.262.

²⁶⁹ Estefanía Esparza Reyes, *El derecho fundamental a la igualdad como no subordinación: un planteamiento de interpretación constitucional, inédita*, (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2012), p.247.

²⁷⁰ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, pp.190-191.

categoría sospechosa (...). Sin embargo, si la estatura promedio en dicho país es de 1.70 metros para los hombres y 1.65 metros para las mujeres, es claro que este requisito tendrá un impacto diferenciado y desfavorable para las mujeres, obstaculizando de manera desproporcionada su ingreso (...)”²⁷¹.

Como es posible notar en la situación anterior, la norma en cuestión no es per se discriminatoria, sino que es su aplicación en el contexto específico de dicho país lo que terminará produciendo una diferenciación y un efecto desproporcionado respecto de un grupo de personas, específicamente, las mujeres.

Finalmente, distinguir entre ambos tipos de discriminación, en la práctica, puede resultar bastante difícil. Así, es común que se invoquen estas dos nociones de manera conjunta. Además, debemos tener presente que no son visiones opuestas, sino que son complementos para la lucha en contra de la discriminación.²⁷²

Ahora bien, existen situaciones en que el derecho a la igualdad en un sentido formal no puede explicar determinados patrones de discriminación, por cuanto, el análisis de esa dimensión es en base a criterios totalmente abstractos y objetivos, alejado de la realidad. Así, surge el concepto de “discriminación estructural” que permite complementar y mejorar el entendimiento de dicha realidad²⁷³.

Esta modalidad ha sido definida como “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”²⁷⁴.

En consecuencia, se trata de patrones históricos y sistémicos de discriminación que afectan a determinados grupos de la sociedad²⁷⁵. Como características principales de esta modalidad, se menciona que esta se fundamenta en un tipo de orden social que es independiente de las voluntades individuales de las personas. Así, la discriminación se constituye en un proceso de acumulación histórico de desventajas sobre algunos colectivos, lo que produce consecuencias macrosociales en el disfrute de los derechos, reproduciendo la desigualdad social²⁷⁶. Aquella distinción basada en prejuicios negativos también se ve reforzado por la

²⁷¹ Lilibiana Salomé Resurrección, *La discriminación...*, p.262.

²⁷² José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.192-194.

²⁷³ María Jáuregui, *Acción de no discriminación y jurisprudencia dictada entre julio de 2012 y julio de 2017* (Santiago, Universidad de Chile: 2017), p.31.

²⁷⁴ Claudio Nash Rojas y Valeska David C., “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Derechos Humanos y Juicio Justo*, eds. Claudio Nash e Ignacio Mujica. (México, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos-COLAM-Organización Interamericana Universitaria: 2010), p.173.

²⁷⁵ Roberto Saba “(Des) Igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades N°11* (Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: 2005), pp.125-126.

²⁷⁶ Patricio Solís. *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad* (México, SEGOB-CEPAL-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación: 2017), pp.33-34.

normativa, la que reproducirá dichas creencias arbitrarias en las instituciones²⁷⁷. Estas últimas distinciones ilegítimas agravan la situación de desventaja histórica de los grupos, impidiendo el pleno goce de derechos fundamentales²⁷⁸.

La gravedad de esta modalidad, en otras palabras, es que es la propia organización del Estado la que permite y facilita este tipo de vulneraciones a los grupos de la población en desventaja, según patrones históricos que mantienen las prácticas violatorias²⁷⁹. Este tipo de discriminación también debe ser combatido junto a la directa e indirecta.

2.2.4. Consecuencias de la discriminación.

Tal como fue mencionado por JESÚS RODRÍGUEZ, el principal impacto que produce la discriminación se refiere a la vulneración de garantías fundamentales de las personas, toda vez que esta genera un resultado de limitación de derechos y oportunidades de quien sufre la discriminación, ya sea de forma voluntaria o incluso involuntaria o inconsciente²⁸⁰, impactando así en su dignidad intrínseca²⁸¹.

También hemos dicho que la discriminación afecta, principalmente, a grupos o colectivos de personas que se encuentran ligados, generalmente, en función de una característica en particular – que ha sido denominada como categoría o rasgo sospechoso²⁸², tales como el origen étnico, el sexo, la edad, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, entre otros²⁸³. En este sentido, quien realiza el acto discriminatorio, lo hace con una connotación negativa, puesto que percibe que la persona o grupo en cuestión se encuentra en una situación anormal o errónea²⁸⁴, basándose en un largo historial de prejuicios, en los términos planteados *ut supra*.

Todo esto provoca una situación de diferencia de estatus entre una persona y otra, la cual, ocurre debido a que el fenómeno discriminatorio tiene lugar de forma intergrupal, esto es, entre alguien que pertenece al grupo con un rasgo sospechoso, y otra persona que no tendrá dicha pertenencia, produciendo la percepción de existir dos estatus o situaciones sociales: uno de inferioridad y otro de superioridad, respectivamente²⁸⁵.

²⁷⁷ Paola Pelletier Quiñones, “La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 60* (IIDH: 2014), p.207.

²⁷⁸ Maximiliano Mendieta Miranda, “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, en *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Año 4, N°10 (México, Universidad de Guadalajara:2019), p.161.

²⁷⁹ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica (México, UBIJUS editorial; 2015), pp.128-129.

²⁸⁰ Jesús Rodríguez Zepeda, *Un marco teórico...*, p.27.

²⁸¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, ob. cit., p.5.

²⁸² Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil* (Madrid, España: 2011), pp.61-63.

²⁸³ María Barrére, *Problemas del derecho antidiscriminatorio. Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades* (País Vasco: 2003), p.2.

²⁸⁴ Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, p.14.

²⁸⁵ María Barrére, *Problemas del derecho...*, pp.10-11.

Sobre este punto, es importante considerar que la discriminación no tendrá lugar en casos intragrupal, esto es, entre dos personas que pertenezcan al mismo grupo o colectivo de personas, en tanto no existirá una intencionalidad negativa en dicha actuación que conlleve a percibir a la persona en un estado inferior²⁸⁶.

Esta idea de existencia de dos estatus esconde una lógica de dominación y abuso, que van más allá del daño que efectivamente se haya causado a la víctima, o de la intención del victimario al realizar el acto discriminatorio²⁸⁷. En otras palabras, lo que implica es una relación que busca la subordinación del grupo percibido como “inferior”, lo cual tiene un fuerte impacto en la realidad social²⁸⁸.

Todo lo anteriormente expuesto produce como principal consecuencia que la persona que sufre la discriminación se vea excluida de la vida política o que, al menos, se restrinja notablemente su participación social sin fundamento plausible alguno²⁸⁹. Además, se impide el ejercicio igualitario de derechos legítimos y el acceso a oportunidades sociales²⁹⁰.

Un ejemplo que permite reflejar el daño consecuente de una discriminación arbitraria es el mencionado por GUILLERMO ORMAZÁBAL, quien señala que “negar un puesto de trabajo por el solo motivo del color de la piel o el sexo supone privar ilegítimamente de oportunidades, (...) e implica también lesionar su dignidad humana”. Sin embargo, agrega que, en el caso laboral, “(se podría) infligir un daño económico evaluable, perjudicar el buen funcionamiento del mercado e incluso distorsionar gravemente la vida y la paz sociales”²⁹¹. Como consecuencia directa de lo anterior, es posible plantear que el fenómeno discriminatorio se caracteriza por ser multidisciplinario y transversal, en tanto, puede afectar a la totalidad de las disciplinas jurídicas²⁹².

Finalmente, a modo de conclusión, debemos tener presente que el problema de la discriminación no radica en la diferencia, sino en la desventaja sin posibilidad de justificación respecto de grupos o personas, lo cual, resulta en estas relaciones de dominación, subordinación y exclusión de la sociedad²⁹³.

A modo de conclusión general, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación han tenido una evolución histórica, pasando desde un contenido meramente formal, hacia una herramienta que permita reconocer las posiciones reales en que se encuentran las personas en desventaja, para poder avanzar hacia una sociedad más igualitaria y que incluya a estos grupos históricamente discriminados. Esta discusión

²⁸⁶ Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, pp.16-17.

²⁸⁷ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.153.

²⁸⁸ Karla Pérez Portilla, *Más allá de la igualdad*, pp.668-669.

²⁸⁹ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, “Ley antidiscriminación y la necesidad de repensar la carga probatoria: un problema invisibilizado”, en *La Prueba en los Procedimientos*, ed. María E. Santibáñez y Ximena Marcazzolo (Santiago, Chile: 2019), p.295.

²⁹⁰ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, pp.152-154.

²⁹¹ Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, p.15.

²⁹² Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.296.

²⁹³ Karla Pérez Portilla, *Más allá de la igualdad*, p.670.

teórica también ha sido recogida en diversa normativa internacional y ha propiciado el nacimiento de una rama autónoma: el derecho antidiscriminatorio, que cuenta con recepción en Chile, específicamente, mediante la adopción de la Ley que establece medidas contra la discriminación.

CAPÍTULO III. DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y, EN ESPECIAL, LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN CHILENA.

Como correlato a lo señalado en el capítulo anterior, cabe resaltar que la discriminación envuelve complejos fenómenos sociales y culturales, que dan cuenta de una larga historia de prejuicios dirigidos en contra de algunos grupos de nuestra sociedad. Reconociendo dicha situación de desventaja, surge el derecho antidiscriminatorio para intentar paliarla, mediante el desarrollo de diversas técnicas.

En Chile, esta disciplina se ha desarrollado fundamentalmente, mediante la dictación de la ley N°20.609 - sin perjuicio de consagraciones aisladas anteriores-, que establece medidas en contra de la discriminación, coloquialmente conocida como Ley Zamudio. Esta establece una acción de no discriminación, con el fin de tutelar esta garantía fundamental. Sin embargo, la propia práctica parece evidenciar su falta de efectividad para poder combatir a la discriminación.

Dicho lo anterior, este capítulo tiene como finalidad realizar una aproximación respecto del desarrollo que ha tenido el derecho antidiscriminatorio y, en particular, en nuestro país con la dictación de dicha ley.

En consecuencia, en primer término, me referiré a los orígenes del derecho antidiscriminatorio como rama autónoma, junto a las principales técnicas desarrolladas al respecto, junto a su consagración a nivel internacional, en particular, por el derecho internacional de los derechos humanos.

Posteriormente, se constatará acerca de la recepción del derecho antidiscriminatorio en nuestro país, tanto a nivel constitucional como legal.

Finalmente, se hará referencia acerca de la ley antidiscriminación chilena, en particular, a los antecedentes que la motivaron, a sus aspectos procesales y a su balance jurisprudencial, para finalizar refiriéndome a su impacto en los niveles de discriminación en nuestro país posterior a su vigencia.

3.1. Derecho Antidiscriminatorio.

3.1.1. Desarrollo general de la disciplina.

Esta disciplina del derecho es relativamente reciente, toda vez que tuvo su principal desarrollo en los Estados Unidos, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, a propósito de los casos de discriminación racial que sufrieron las personas afroamericanas en este país²⁹⁴.

De esta forma, por la vía jurisprudencial, se idearon diversas herramientas a fin de materializar la igualdad entre las partes y, así, combatir eficazmente las situaciones discriminatorias²⁹⁵. Cabe señalar que este

²⁹⁴ Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, pp.21-22.

²⁹⁵ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.295.

desarrollo no estuvo exento de dudas en torno a su legitimidad, puesto que la garantía de no discriminación, como una consecuencia del principio de igualdad jurídica, surge como una protección de los individuos frente al actuar del Estado y no entre los particulares²⁹⁶. Sin embargo, dicha dificultad se encuentra, a lo menos, superada, en tanto también se acepta que la garantía de igualdad – y consecuentemente, la prohibición de discriminación – recibe aplicación en las relaciones entre los privados.

La justificación de esta disciplina radica, fundamentalmente, en la protección de los grupos minoritarios en la sociedad²⁹⁷. Si volvemos al origen de esta rama del derecho, notamos que su principal razón de surgimiento es la situación de marginación que sufría la población afroamericana en Estados Unidos, a la cual, se les privaba de la posibilidad de actuar en las esferas sociales e incluso en el acceso a servicios públicos²⁹⁸. Sin embargo, dicha protección fue paulatinamente avanzando a otras categorías, como la protección a minorías sexuales, a personas en situación de discapacidad o el sexo²⁹⁹, todos los cuales se categorizan como pertenecientes a grupos que han sido históricamente discriminados³⁰⁰.

Ahora bien, para romper la desigualdad estructural entre los grupos, y materializar la igualdad sustancial, se han desarrollado diversas herramientas jurídicas para cumplir dicho fin. En primer lugar, una de las principales técnicas procesales utilizadas por la jurisprudencia se refiere al desplazamiento de la carga probatoria en favor del actor³⁰¹, sentando las bases de lo que posteriormente sería llamada “carga dinámica de la prueba”³⁰². Esta implica romper con la denominada carga tradicional probatoria, debiendo probar quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir la prueba³⁰³.

Así, la jurisprudencia norteamericana consolidó una praxis judicial tendiente en desplazar dicha carga probatoria al demandado cuando el actor es capaz de aportar determinado grado de certeza o verosimilitud en cuanto a la realización de la conducta discriminatoria por parte del demandado³⁰⁴. De esta forma, se reconoce que el desequilibrio forma parte importante en nuestra sociedad, permeando incluso a las

²⁹⁶ José Díaz de Valdés Juliá, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol.42 N°1 (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso: 2014), p.151.

²⁹⁷ Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, p.17.

²⁹⁸ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.288

²⁹⁹ Sobre este punto, llama la atención el desarrollo que ha tenido este derecho en Europa, puesto que surge como una vía de protección ante los casos de discriminación sexual, y sólo recientemente se ha preocupado por la discriminación racial.

³⁰⁰ María Añón Roig, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en *Revista Isonomía* N°39 (México: 2013b), p.131-132.

³⁰¹ Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, pp.19-22.

³⁰² María de los Ángeles González, *La carga dinámica de la prueba y sus límites: en especial el límite impuesto por la no autoincriminación* (Santiago: 2012), p.48.

³⁰³ Jorge Peyrano, “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas Probatorias dinámicas* (Buenos Aires: 2004), p.20.

³⁰⁴ Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, p.76.

instituciones procesales³⁰⁵, por lo que se busca materializar una igualdad no en un sentido formal, sino material entre las partes³⁰⁶.

En segundo lugar, ante el aumento de casos de discriminaciones, las cuales, se materializaban no sólo en una vertiente fáctico, sino que estructural e institucional, se comenzó a reclamar por parte de los afectados, acciones positivas que permitan paliar las desigualdades de hecho y de derecho, tendientes a encontrar niveles de igualdad plenos para los sectores históricamente discriminados, y alcanzar, de esa forma, la igualdad sustancial y no únicamente la igualdad formal³⁰⁷.

Lo anterior radica en que, sin perjuicio de que los ordenamientos jurídicos prohíban las situaciones de discriminación, no por ello estas permitirán anular de forma absoluta las condiciones de instancias discriminatorias y mucho menos, una especie de inmunización respecto de posibles discriminaciones futuras en alguna norma.³⁰⁸

En dicho sentido, las medidas de discriminación positivas, son aquellas que pretenden “establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes, con el objeto de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado”³⁰⁹. El objetivo primordial de estas acciones, entonces, es borrar o desaparecer la discriminación -entendida como negativa- en la actualidad, corregir la pasada y evitar la que pueda ocurrir en el futuro³¹⁰.

Ejemplos de medidas positivas las encontramos en los cupos reservados de participación política para mujeres o para personas con ascendencia indígena, o los cupos especiales raciales para la inclusión universitaria de pueblos originarios³¹¹. En consecuencia, el establecimiento de este tipo de acciones puede producir un trato formalmente asimétrico entre los individuos, pero permite erradicar la desigualdad estructural entre grupos o colectivos³¹².

³⁰⁵ María de los Ángeles González, *La carga dinámica...*, p.4.

³⁰⁶ Abraham Vargas, *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos* (Córdoba: 2009), p.42.

³⁰⁷ Nuria Gonzales, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en *Revista de Derecho y Sociedad* N°18 (México, Universidad Nacional Autónoma de México: 2002), p.74.

³⁰⁸ María Barrére, *Problemas del derecho...*, p.34.

³⁰⁹ Alma Arámbula Reyes, *et al.*, *Acciones Afirmativas* (México: Servicios de Investigación y Análisis, 2008), p.4.

³¹⁰ Anna Fernández Poncela, “Las acciones afirmativas en política”, en *Publicación Feminista Mensual Año 21 N°169* (México: FEM, 1997), p.6.

³¹¹ Mariela Borge, “La discriminación positiva: ¿Acción afirmativa o acción segregacionista?”, en *Éxito Empresarial* N°204 (Costa Rica: CEGESTI, 2012), p.2

³¹² Guillermo Ormazabal, *Discriminación y carga...*, p.17.

3.1.2. Desarrollo en el derecho internacional.

Ahora bien, en razón de las graves consecuencias que produce la discriminación en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales de las personas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha recogido en diversos instrumentos el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación arbitraria³¹³.

Cabe destacar que este desarrollo tuvo sus primeras manifestaciones en la comunidad internacional a principios del siglo pasado y, particularmente, referido a las leyes de responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados a personas extranjeras, a propósito de casos relacionados a expropiación de sus bienes. Posteriormente, una vez terminada la Primera Guerra Mundial, los esfuerzos se centraron en la protección de los grupos minoritarios como requisito exigido en los nuevos Estados que fueron derrotados en la guerra³¹⁴.

Particularmente, posterior a la Segunda Guerra Mundial, proliferaron en gran medida los instrumentos internacionales que tienen por objetivo la protección de las personas³¹⁵. En primer término, se debe mencionar como el primer instrumento de carácter global, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 1° consagra que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Además, lo complementa el artículo 2°, en virtud del cual “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)”.

Ello también ha ido acompañado con el rol que ha asumido la ONU en orden a condenar las situaciones de discriminación, mediante la creación de organismos especializados que permitan mejorar la protección de las personas afectadas. A modo ejemplar, se mencionan la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y protección a las Minorías, o la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, ambas pertenecientes al Consejo Económico y Social³¹⁶.

En segundo lugar, a nivel interamericano, los instrumentos de derechos humanos también han recogido, en términos similares, la cláusula de discriminación arbitraria. Cabe mencionar la Convención Americana

³¹³ Maximiliano Mendieta Miranda, “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, en *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia Año 4 número 10* (Guadalajara, Universidad de Guadalajara: 2019), p.157.

³¹⁴ Dinah Shelton, “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos N°4* (Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2008), p.16.

³¹⁵ Anne F. Bayefsky, “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, en *Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2* (Reino Unido: Oxford University Press, 1990), p.2.

³¹⁶ Dinah Shelton, *Prohibición de discriminación...*, p.18.

sobre Derechos Humanos, la cual, en su artículo 24, consagra el derecho a la igualdad ante la ley, en virtud del cual, todas las personas tienen derecho, sin discriminación, a su igual protección.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también ratificado por nuestro país, preceptúa el derecho a la igualdad en los mismos términos anteriores. Sin embargo, éste añade que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Así, este tratado define la discriminación en relación directa con la pertenencia a algún grupo discriminado.

En particular, la Corte IDH ha interpretado el alcance del principio de igualdad y no discriminación, señalando que sus diversas manifestaciones forman parte del denominado *ius cogens*, esto es, normas cuyo cumplimiento es imperativo para los Estados y que dicen relación con valores de importancia fundamental para la humanidad³¹⁷. En ese sentido, la Corte entiende que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”³¹⁸. Por esa misma razón, la Corte señala que dichas normas se aplican a todos los Estados, independientemente de si forman o no parte de algún determinado tratado³¹⁹.

Frente a este desarrollo general, también han surgido otros tratados especiales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta una situación particular de discriminación, mediante la especificación de los titulares de derechos, generalmente, asociados a una categoría de discriminación³²⁰.

En primer término, se debe señalar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, o “CEDAW” – por sus siglas en inglés -, la cual fue ratificada por Chile en 1989. Esta constituye un hito importante en la protección y reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres³²¹, mediante el reconocimiento de situaciones de desigualdad de condición jurídica, política, social, cultural y económica que han sufrido durante gran parte de la historia, por lo que su objetivo primordial es el cambio social para conseguir una mayor igualdad³²².

³¹⁷ Santiago Benadava. *Derecho internacional Público*, 8°ed. (Santiago: Abeledo Perrot, 2004), p.58.

³¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva 18/03*, párr. 101.

³¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva 18/03*, párr. 100.

³²⁰ Roxana Arroyo Vargas, *Aplicabilidad de la normativa sobre la violencia contra la mujer en Centroamérica*, (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid; 2001) p.69.

³²¹ Roxana Arroyo Vargas, *Aplicabilidad de la normativa...*, p.66.

³²² Carlota Bustelo García del Real, “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Aurelio (comp): *Garantía Internacional de Los Derechos Sociales. Contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*. (Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990), p. 216.

En esa línea, la Convención en su artículo 1° señala que "discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."

Complementando este tratado, el año 1994 se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o también conocida como "Convención de Belém do Pará". Esta consagra el derecho de la mujer, entre otros, a vivir en un ambiente libre de violencia tanto en el ámbito público como privado. Además, su artículo 7° consagra deberes de los Estados para estos fines, dentro de los cuales, se destacan:

e. Tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes o reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de comprensión justos y eficaces³²³;

Estos dos tratados, en conjunto con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, son relevantes por cuanto amplían el alcance de la protección de las garantías fundamentales. En ese sentido, la prohibición de discriminación no se refiere únicamente a la distinción en el goce de los derechos que se hubieren reconocido por estos tratados, sino respecto a todos los derechos y libertades que se encuentran garantizados tanto a nivel internacional como a nivel nacional³²⁴.

Un último tratado que debe ser mencionado es la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, adoptada en 2015 y ratificada por Chile el 2017, toda vez que su foco es la preocupación acerca del estado de abandono y desprotección que sufre este grupo en especial situación de vulnerabilidad.

³²³ Los destacados fueron agregados.

³²⁴ Dinah Shelton, *Prohibición de discriminación...*, p.20.

En particular, esta Convención establece el derecho a la no discriminación por edad en la vejez, a la vida y dignidad en la vejez, a la participación e integración comunitaria, entre otros. Respecto de los deberes, mencionamos:

Artículo 4°. Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:

b. Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma (...).

c. Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

Artículo 9° (...). Los Estados parte se comprometen a:

a. Adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar los actos de violencia contra la persona mayor, así como aquellas que propicien la reparación de los daños ocasionados por estos actos.

h. Promover mecanismos adecuados y eficaces de denuncia en casos de violencia contra la persona mayor, así como reforzar los mecanismos judiciales y administrativos para la atención de esos casos³²⁵.

Debemos recordar que, en virtud del artículo 5° inciso segundo de la Constitución chilena, los tratados internacionales se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Así, la invocación de convenciones sobre garantías fundamentales tiene por finalidad otorgar una mayor protección de derechos humanos en los diversos Estados, los que las utilizarán y aplicarán de forma sustantiva³²⁶. Además, si consideramos las obligaciones anteriormente señaladas, los ordenamientos jurídicos deben establecer mecanismos judiciales efectivos que permitan conocer de las situaciones de discriminación, y que permitan una reparación integral de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de aquella. Estas también implican una fuerte labor preventiva.

Todo este desarrollo ha sido recogido en la comunidad internacional, principalmente, en la Unión Europea, quien le da un nuevo impulso codificador. A modo ejemplar, como formas de consagrar y materializar la

³²⁵ Destacados agregados.

³²⁶ Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, "Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile", en *Estudios Constitucionales*, Año 16, N° 2, (Chile; Universidad de Talca, 2018), pp.222-223.

igualdad de partes, podemos citar la Directiva del Parlamento y del Consejo N°2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, o la Directiva del Consejo N°2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

3.2. Recepción del derecho antidiscriminatorio en Chile.

Nuestro ordenamiento jurídico recoge la prohibición de discriminación, fundamentalmente, como un principio a nivel constitucional, materializándose en la protección de diversos derechos fundamentales. Así, podemos citar el artículo 19 N°2 sobre la igualdad ante la ley, o el N°22, sobre la no discriminación en el trato del Estado a los particulares³²⁷.

Dichas normas constitucionales fueron acompañadas por consagraciones tanto a nivel legislativo como administrativo, que buscaban materializar la igualdad según el área del derecho en particular. De tal manera, podemos mencionar la reforma legislativa del año 2001 al Código del Trabajo, mediante la ley N°19.759, que modificó el artículo 2° de dicho cuerpo legal, prohibiendo expresamente los actos de discriminación en el contexto de las relaciones laborales, con lo que se buscaba lograr un efectivo respeto de la dignidad de los trabajadores y de sus derechos fundamentales³²⁸.

También es relevante mencionar la institucionalidad creada en el año 2002, con la dictación de la ley N°19.828, en virtud, de la cual, se instaura el SENAMA, cuya finalidad es la protección e integración del adulto mayor a la sociedad chilena. Dicho servicio responde al hecho de que nuestro país tiende cada vez más hacia el envejecimiento. Sin embargo, no había existido mayor focalización especializada por parte de los servicios públicos en los adultos mayores, todo lo cual terminaba provocando una marginalización de hecho de estas personas de la vida social, cultural y económica³²⁹.

Además, debemos tener en consideración que existe una percepción negativa sobre la vejez, por cuanto, las personas mayores perderían su valor de sujetos productivos económicamente, siendo marginados a una relación de dependencia y desvalorización, mediando diversos tipos de violencia, por parte de la sociedad³³⁰.

³²⁷ Al respecto, llama la atención que precisamente esta consagración constitucional y su protección mediante el recurso de protección conllevaron a que la Corte Suprema informara desfavorablemente es proyecto de ley en cuestión, por cuanto, la mayoría del pleno consideró que el derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria se encontraba suficientemente regulado y protegido, por lo que la acción de discriminación era innecesaria. Ver Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.609, primer trámite constitucional (Valparaíso: 2012), pp.11 y ss.

³²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 19.759. Primer trámite constitucional (Valparaíso: 2001), p.5.

³²⁹ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 19.828. Primer trámite constitucional (Valparaíso: 2002), pp.3-4.

³³⁰ Diosnara Ortega González. “Envejecimiento y trato hacia las personas mayores en Chile: una ruta de la desigualdad persistente”, en *Sophia Austral* N°22, 2° Semestre (Punta Arenas, Universidad de Magallanes: 2018), p.227.

De ahí radica, entonces, la relevancia de la protección de los derechos de las personas mayores, ya que sólo un efectivo sistema de tutela permitirá combatir la violencia y discriminación en su contra³³¹.

Otra legislación que se puede destacar es la ley N°19.284, dictada en el año 1994 que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad -cuyos artículos, en la actualidad, se encuentran en su mayoría derogados por la ley N°20.422 que crea el Servicio Nacional de la Discapacidad³³²-. Dicha normativa reconocía cuantitativamente a la discapacidad como una realidad que muchos chilenos debían enfrentar, pero también cómo un factor cualitativo, por cuanto, en muchas ocasiones, esta se debía a factores sociales tales como la pobreza o problemas ambientales. De esta forma, se hacía necesario poder erradicar aquellas circunstancias permitiendo una efectiva integración de las personas con discapacidad³³³.

Finalmente, relacionado con este cuerpo legal, se puede destacar a nivel administrativo-educacional, las orientaciones dirigidas a la diversificación de la enseñanza, mediante criterios de adecuación curricular para estudiantes con necesidades educativas especiales mediante el derecho Decreto N°83/2015.

No obstante lo anterior, todo este desarrollo no fue suficiente para poder combatir eficazmente las situaciones de discriminación a las que se veían sometidos determinados grupos de la sociedad. Por esta principal razón es que el año 2005 se ingresa el proyecto de ley que busca establecer medidas en contra de la discriminación.

De esta forma, siguiendo la tendencia comparada en la consagración expresa de la garantía de no discriminación, y teniendo a la legislación mexicana como un principal referente en la redacción del proyecto³³⁴, es que la iniciativa legal buscaba materializar “el deber del Estado de elaborar políticas y arbitrar acciones que sean necesarias para garantizar que las personas no sean discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos fundamentales”³³⁵.

3.3. La ley antidiscriminación.

3.3.1. Antecedentes de la Ley Antidiscriminación

El mensaje presidencial que da inicio al proyecto de ley que reguló la acción de discriminación da cuenta de los principales antecedentes que motivaron dicha iniciativa. De esta forma, existe un reconocimiento

³³¹ Diosnara Ortega González, *Envejecimiento y trato...*, pp.240-241.

³³² No me detendré en dicha normativa ni en los cambios institucionales introducidos por cuanto la finalidad de mencionar estas legislaciones especiales es demostrar que el derecho antidiscriminatorio se ha ido desarrollando en nuestro país como categorías legislativas especiales de protección, lo cual, fue un antecedente para la acción de no discriminación.

³³³ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 19.284. Primer trámite constitucional (Valparaíso: 1994), p.3.

³³⁴ Dirección de Estudios de la Corte Suprema, *Análisis Estadístico de la Ley 20.609. Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia* (Santiago: 2017), p.5.

³³⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20.609. Primer Trámite Constitucional*. (Valparaíso: 2012), p.5.

directo de que existen grupos considerados “minoritarios” dentro de nuestra sociedad que son más vulnerables a sufrir algún tipo discriminación incluso mediando violencia en su contra³³⁶.

La afirmación anterior se sustenta en una serie de encuestas destinadas a medir los niveles de intolerancia y discriminación de la sociedad chilena en un periodo de tiempo, realizadas por la FUNDACIÓN IDEAS, en conjunto con el DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE³³⁷. En particular, la segunda medición realizada el año 2000 arrojó determinadas cifras que permiten dar cuenta de la situación de intolerancia hacia aquellos grupos.

A modo ejemplar, se determina que el rechazo a la homosexualidad alcanzaba un 60,4%³³⁸. En ese sentido, un 58% estimaba que una persona homosexual no debía ser profesor de colegio³³⁹, y un 59% se manifestaba de acuerdo con que los médicos deberían estudiar la homosexualidad para evitar que nacieran más personas con dicho rasgo³⁴⁰. En cuanto al racismo, se destacaba que las actitudes hostiles hacia grupos indígenas alcanzaron una media de 26.6% de la población³⁴¹. Además, un 67% se mostró de acuerdo con que peruanos y bolivianos que venían a buscar trabajo a nuestro país no debían tener derechos políticos³⁴².

Los datos anteriores permitieron dar cuenta de que, sin perjuicio de que existiera un discurso cada vez más tolerante e inclusivo en la sociedad, en la práctica existía una distancia de aquello, ya que las situaciones de discriminación y de aceptación a los grupos minoritarios eran todavía muy altas. Por ese motivo es que el proyecto de la ley antidiscriminación reconocía dicha realidad para poder combatirla, garantizando, así, el derecho a la igualdad de las personas³⁴³.

Si bien, diversos grupos de la sociedad e instituciones de derechos humanos presionaron por la pronta aprobación del proyecto legislativo, a la luz de los antecedentes expuestos, éste permaneció inactivo durante un largo periodo de tiempo. Sin embargo, diversos hechos ocurridos en este lapso reactivaron la discusión legislativa al respecto.

De esta forma, en primer lugar, el año 2009 se realizó un diagnóstico llevado a cabo por el grupo de trabajo sobre el EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL, perteneciente al CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, en virtud del cual, los diversos Estados miembros le realizaron recomendaciones a nuestro país, con el fin de examinar y mejorar la situación de derechos humanos en Chile. En este sentido,

³³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20.609. Primer Trámite Constitucional*, p.4.

³³⁷ Fundación IDEAS. Segunda encuesta de intolerancia y discriminación en Chile (Santiago: 2002), p.4.

³³⁸ Fundación IDEAS, *Segunda encuesta...*, p.76.

³³⁹ Fundación IDEAS, *Segunda encuesta...*, p.27.

³⁴⁰ Fundación IDEAS, *Segunda encuesta...*, p.29.

³⁴¹ Fundación IDEAS, *Segunda encuesta...*, p.77.

³⁴² Fundación IDEAS, *Segunda encuesta...*, p.57.

³⁴³ Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la ley 20.609. Primer trámite constitucional* (Valparaíso: 2012), pp.4-5.

se emitieron un número altísimo de recomendaciones en torno a la ratificación de determinados pactos internacionales y de adecuación legislativa.

Para el propósito de esta investigación, se debe destacar la consideración N°7, que estipula que Chile debe “Comprometerse a promulgar la legislación mencionada en su informe nacional para fortalecer la protección de los derechos humanos en el país, en particular (...) la aprobación de varias normas sobre igualdad entre hombres y mujeres”; y la N°20, que ahonda en lo anterior, señalando que se debe “velar en mayor medida por la aplicación de la legislación que garantiza los principios de no discriminación y adoptar una estrategia integral para eliminar todas las formas de discriminación, en particular la discriminación por motivos de género; revisar y, si es necesario, modificar la legislación para garantizar a todos el derecho a no ser discriminados y, en particular, a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer”³⁴⁴.

Cabe señalar que estas no fueron las únicas consideraciones en torno a la materialización de la igualdad, sino que la mayoría de las restantes se refieren a la adopción de medidas eficaces para combatir la discriminación³⁴⁵.

Como segundo hecho importante, destaca la condena internacional a Chile por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a principios del año 2012, debido a la discriminación que habría sufrido la Jueza KAREN ATALA, quien fue despojada del cuidado personal de sus hijas en razón de su orientación sexual.

Entre los principales antecedentes procesales del caso, cabe destacar que la controversia giraba en torno a la idoneidad de la Jueza para cuidar de sus hijas, debido a su orientación sexual – esta es, homosexual -. En primera instancia, el Juzgado de Menores de Villarrica, sin perjuicio de haberle otorgado la tuición provisional al padre de las niñas, termina fallando en favor de la señora KAREN ATALA, recalando que la orientación sexual no es un factor determinante en el cuidado de los hijos³⁴⁶.

Esta sentencia fue objeto del recurso de apelación por el padre. Sin embargo, la resolución es confirmada por el tribunal de alzada. Posteriormente, el recurrente interpone recurso de queja ante la Excm. Corte Suprema, la cual, en un fallo dividido, decide acogerlo otorgándole la tuición definitiva al padre.

Como principal argumento, se señala la situación de riesgo que produce en las niñas la orientación sexual de su madre, por lo que, en atención al interés superior de las menores, se debe proceder a despojar a la señora KAREN ATALA del cuidado personal de ellas.

³⁴⁴ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Examen Periódico Universal de Chile* (2009), pp.18-19.

³⁴⁵ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.298.

³⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas con Estado de Chile* (2012), p.20.

Frente a la sentencia de nuestro tribunal supremo, la Jueza decide recurrir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. De esta forma, ingresado el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se decide acoger la demanda interpuesta por la afectada, realizando recomendaciones al Estado de Chile a fin de tomar una serie de medidas para evitar la discriminación basada en la orientación sexual³⁴⁷.

En septiembre de 2010, la Comisión IDH decide demandar al Estado chileno, puesto que considera que no se cumplieron las recomendaciones señaladas, sometiendo el caso ante la Corte IDH, la cual, con fecha 24 de febrero de 2012, condena a Chile por violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho a la vida privada, derecho a ser oído y a la garantía de imparcialidad.

La relevancia del caso también radica en que ocurre en paralelo a la tramitación de la Ley Antidiscriminación, siendo un antecedente relevante para considerar durante la discusión legislativa. Además, la sentencia de la Corte “estableció que nuestro país actuó de forma discriminatoria con KAREN ATALA, y aún peor, un Órgano del Estado fue el agresor, lo que, de cierta forma, demuestra que la discriminación en Chile tiene caracteres institucionales y está inmersa en todos los estamentos de nuestra sociedad”³⁴⁸

Como tercer y último hecho, quizá el más mediático y grave, se refiere al asesinato de DANIEL ZAMUDIO a manos de un grupo de personas que presuntamente se vinculaba al neonazismo, quienes lo golpearon y torturaron durante horas sólo en razón de la orientación sexual del joven. Este hecho “puso en la palestra pública la necesidad de promulgar la ley, cuestión que fue apoyada por numerosas organizaciones de la sociedad civil y corporaciones”³⁴⁹.

Finalmente, con fecha 24 de julio de 2012, fue aprobada la ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación, estableciendo un mecanismo judicial especial para hacer efectiva la garantía de igualdad. Cabe destacar, tal como fuera mencionado en su oportunidad, que la ley es coloquialmente conocida como Ley Zamudio, en alusión al asesinato del joven.

3.3.2. Aspectos procesales de la Ley Zamudio

Previo a analizar el balance jurisprudencial de la LAD, es necesario hacer referencia a sus principales aspectos procesales. Así, la ley establece una acción de carácter sumarísimo, con plazos mucho más acotados que el procedimiento sumario regulado en el CPC. La explicación de esto la hallamos en el artículo

³⁴⁷ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.297.

³⁴⁸ Ricardo Nieto y Osvaldo Parada, *Análisis de la Ley N°20.609. Ley Antidiscriminación o Ley Zamudio*. (Santiago, Universidad de Chile: 2013), p. 257.

³⁴⁹ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.299.

1° de la ley, la cual señala que su finalidad es “restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”. En otras palabras, es una acción urgente de tutela jurídica.

Ahora bien, la acción regulada exige la existencia de una discriminación arbitraria en contra de una persona, que importe una 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, o en los tratados internacionales ratificados por Chile, en particular, cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, situación socioeconómica, el idioma, y entre varias otras categorías sospechosas.

Se establece como legitimado activo, únicamente, a la persona que ha sufrido el acto discriminatorio, a su representante legal, o por quien tenga de hecho el cuidado personal o educación del afectado. También podrá deducirla terceros en beneficio de la persona afecta cuando esta o sus representantes legales se vean imposibilitados de ejercerla.

Esta acción debe ser deducida dentro del plazo de noventa días corridos desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde que se tuvo conocimiento de ella – por lo que es un plazo mayor al que se otorga para deducir la acción constitucional del artículo 21 -.

La acción debe ser presentada por escrito y, en casos urgentes, podrá realizarse de forma verbal, dejándose un acta para tal efecto. Sin embargo, dicha presentación debe contar con patrocinio de abogado habilitado para la profesión, en conformidad con la Ley N°18.120 que establece normas sobre comparecencia en juicio. Además, esta debe ser interpuesta ante el juez de letras del domicilio del afectado o del responsable, a elección de quien entabla la acción.

La ley también señala determinados criterios sobre admisibilidad de la acción, destacando, en primer lugar, la incompatibilidad de esta con el recurso de protección y de amparo, y con la tutela de derechos fundamentales regulada los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. También se mencionan como criterios de inadmisibilidad, la imposibilidad de impugnación respecto a leyes vigentes, el contenido de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia en conformidad con la ley, y cuando fuere deducida fuera de plazo.

Admitida a tramitación, el tribunal requerirá informe a la persona denunciada y a quien estime pertinente, los cuales, tendrán un plazo de 10 días hábiles para acompañar los informes requeridos.

Posteriormente, el tribunal debe citar a una audiencia de conciliación que, en caso de resultar en acuerdo, pondrá término al juicio. En caso contrario, si no existen hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos, el juez citará a las partes a oír sentencia.

En caso contrario, se deberá dictar la resolución que recibe la causa a prueba, lo que dará inicio al término probatorio. A partir de éste, las partes tendrán un plazo de tres días hábiles para proponer los medios de prueba de los cuales pretenden valerse. Terminado este plazo, el tribunal deberá dictar una resolución que fija la fecha para la realización de la audiencia de recepción de la prueba, llevándose a cabo entre quinto y décimo día hábil.

Respecto de la prueba, se establece el principio de libertad probatoria, en tanto, las partes pueden valerse de cualquier medio de prueba obtenidos por medios lícitos, siempre y cuando, sean ofrecidos oportunamente. Además, se establece que el juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, y sin perjuicio de la discusión en el Congreso Nacional, respecto a la carga probatoria, no existe ninguna norma especial en la materia, aplicándose en su silencio, la norma del artículo 1698 del Código Civil³⁵⁰.

En lo que a reparaciones respecta, en primer lugar, el tribunal debe declarar la existencia o no de la discriminación arbitraria para, en caso de existir, dejar sin efecto el acto discriminatorio, disponer su no reiteración u ordenar que se realice la actuación omitida dentro de un determinado plazo. La ley también le otorga mayores facultades al juez, en tanto éste podrá adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Además, el tribunal aplicará una multa a beneficio fiscal a las personas directamente responsables de la discriminación. Sin embargo, si la sentencia señala que la denuncia realizada carece de todo fundamento, el tribunal aplicará una multa a beneficio fiscal al denunciante.

Finalmente, respecto de los recursos en contra de la sentencia definitiva, se sigue con las reglas generales establecidas en el CPC, con la sola excepción de que esta causa será agregada extraordinariamente a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo.

3.3.3. Balance estadístico en base a su jurisprudencia.

Explicado el procedimiento en cuestión, pasaremos a referirnos a su balance jurisprudencial. Debemos advertir que existen, a lo menos, tres estudios que sistematizan las acciones deducidas y su jurisprudencia, radicando sus diferencias en el periodo de tiempo que abarcan.

Así, el primer estudio fue realizado por la DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA, en virtud del cual, se analizan las acciones deducidas entre el 24 de julio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016. El segundo, fue llevado a cabo por MARÍA JÁUREGUI, la cual, a diferencia del estudio anterior, partiendo desde la misma fecha, analiza las acciones presentadas hasta el 24 de julio de 2017. Finalmente, el último trabajo

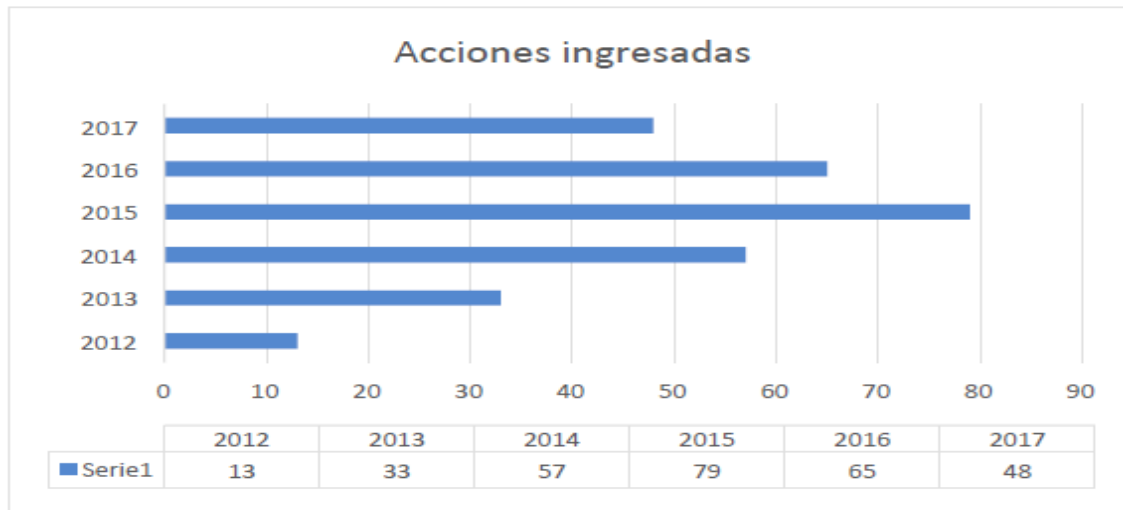
³⁵⁰ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.284.

fue el realizado por la FUNDACIÓN IGUALES, en el que se presentan las acciones de no discriminación conocidas por los tribunales de justicia entre los años 2017 y 2018.

Debido al periodo de tiempo analizado, se utilizará el estudio realizado por MARÍA JÁUREGUI, para poder abarcar la mayor cantidad de tiempo en torno a la jurisprudencia de esta acción. Asimismo, se descarta utilizar el informe de la DECS y FUNDACIÓN IGUALES como complementarios, en tanto ambos presentaban disparidades en torno a la cantidad de acciones deducidas por año, por lo que no podría señalarse como fiable la conjunción entre ambos.

Hecha la prevención anterior, hasta julio de 2017 se presentaron un total de 295 causas en primera instancia, las cuales, tal como muestra la tabla 1, se encuentran sistematizadas por año, lo que permite dar cuenta de que el año con mayores ingresos fue el 2015.

Tabla 1: Total de acciones ingresadas por año en primera instancia³⁵¹

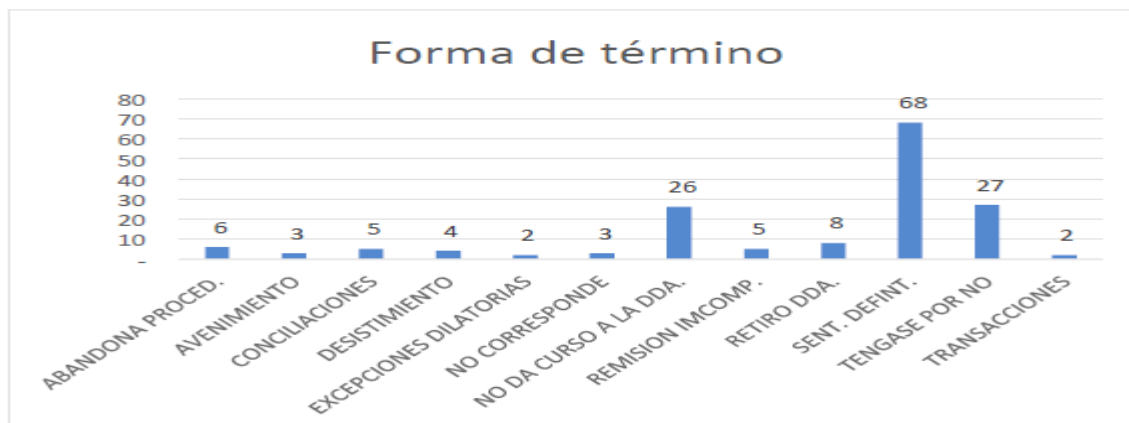


Respecto del total de causas, nos encontramos con que a 159 se les dio término. Sin embargo, tan solo 68 causas de las 159 terminaron por la vía de sentencia definitiva. Los demás tipos de término se encuentran sistematizados en la tabla 2.

Tabla 2: Formas de término en primera instancia³⁵².

³⁵¹María Jáuregui, *Acción de no discriminación y jurisprudencia dictada entre julio de 2012 y julio de 2017* (Santiago, Universidad de Chile: 2017), p.47.

³⁵² María Jáuregui, *Acción de no discriminación...*, p.50.



Se destaca los tipos de término “no da curso a la demanda” y el “tégase por no presentada la demanda”, que en total conforman 53 causas. Además, en términos porcentuales, en relación con el total de causas ingresadas, tan sólo un 23% de ellas logró alcanzar el estado de sentencia definitiva³⁵³.

Expuestos estos casos, es posible analizar este último porcentaje de causas. De esta forma, del total de 68 causas terminadas por sentencia definitiva, existe un total de 14 causas que no se encuentran disponibles³⁵⁴. En consecuencia, el análisis estadístico se limitará a las 54 causas accesibles. Así, es posible constatar que 39 de ellas han sido rechazadas y, en consecuencia, tan sólo 15 acciones han sido acogidas. Contrastando la situación en torno al total de ingresos deducidos en primera instancia, es posible plantear que, en cinco años, las causas acogidas alcanzan tan sólo un 28%. También cabe destacar que la mayoría de las causas ingresadas son rechazadas en atención a los méritos probatorios³⁵⁵.

3.3.4. Niveles de discriminación posteriores a la entrada en vigor de la ley.

En un acápite anterior, se hizo referencia a los niveles de discriminación y tolerancia que existían en la sociedad chilena, los cuales, fueron un antecedente que motivó la decisión de impulsar una ley que permitiera combatir la discriminación arbitraria. Considerando que su propósito es el de restablecer el imperio del derecho en el caso de que una persona se vea afectada por una discriminación arbitraria, y que, de acuerdo con el mensaje presidencial que le dio origen, su finalidad es la de garantizar el ejercicio de la igualdad ante la ley y los demás derechos fundamentales de la persona³⁵⁶, se debe analizar si es que esta ha impactado en la realidad de nuestro país para proteger la garantía de no discriminación.

Se expuso, además, acerca de la poca cantidad de causas que han ingresado al sistema formal de justicia durante la vigencia de la ley. Sin embargo, uno puede preguntarse si aquello se debe a que los grupos

³⁵³ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.302.

³⁵⁴ María Jáuregui, *Acción de no discriminación...*, p.52.

³⁵⁵ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.303.

³⁵⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 20.609. Primer trámite constitucional. (Valparaíso: 2012), p.4.

denominados de categoría sospechosa son expuestos a menos situaciones de discriminación que antes. En otras palabras, implica cuestionarse si el contexto discriminatorio que justificó la LAD en su origen ha cambiado o no a lo largo de los años. Para responder dicha interrogante es que se echará mano a diversas encuestas que han buscado medir el impacto de la discriminación en nuestra sociedad, en el último tiempo.

El primer estudio que entrega datos confiables a nivel nacional es la Primera Consulta Ciudadana sobre la Discriminación en Chile, llevada a cabo durante el año 2013, y aplicada por el MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO a un total de 30.620 personas³⁵⁷. En particular, la encuesta arrojó que el 52% de las personas se ha sentido discriminada arbitrariamente alguna vez en su vida, y un 31% reconoció haber sido un agente discriminador³⁵⁸. Además, un 46% señaló haber sido discriminado por algún servicio público³⁵⁹.

Llama la atención que dentro de las razones por las cuales las personas se han sentido discriminadas, la apariencia personal alcanza un 35%, seguida de la situación socioeconómica con un 32% y la ideología u opinión política con un 22%. La discriminación por edad alcanza un 20%, la orientación sexual un 13% y el sexo un 11%³⁶⁰. Respecto de las formas de discriminación, un 66% manifestó que fueron ignorados, omitidos o excluidos, un 35% fue objeto de burlas y un 31% mediante vulneración de sus derechos³⁶¹.

Finalmente, respecto de la ley antidiscriminación, el 39% está de acuerdo, y un 52% muy de acuerdo, con que esta es un avance concreto en la lucha contra las discriminaciones arbitrarias. Además, un 89% considera que la Ley Zamudio ayuda a que Chile sea un país más tolerante y respetuoso³⁶².

Ahora bien, también es posible realizar un diagnóstico de la discriminación que sufren determinados sectores de nuestra población a partir de los resultados de la ENCUESTA CASEN, del año 2017, la cual, es aplicada a nivel nacional. De esta forma, a propósito de las personas en situación de discapacidad, esta arrojó que un 19,8% declaró que algún miembro del hogar habría sufrido un trato injusto fuera del hogar, debido a la presencia de personas con discapacidad³⁶³. Dentro de los motivos más usuales de dicha discriminación,

³⁵⁷ Cabe señalar que el año 2019, el actual Observatorio de Participación Ciudadana y No Discriminación perteneciente al Ministerio de Secretaría General de Gobierno llevó a cabo la Segunda Consulta Ciudadana sobre la Discriminación en Chile, en la cual, participaron más de 80.000 personas en todo el país. Sin embargo, a la fecha de realización de este trabajo, los resultados de dicha encuesta aún no han sido presentados, razón por la que sólo se podrá trabajar en base a los datos de la primera consulta, la cual, de todas formas, realiza un diagnóstico de la discriminación en Chile.

³⁵⁸ Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Primera consulta ciudadana sobre la discriminación en Chile* (Santiago: 2013), p.21.

³⁵⁹ Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Primera consulta ciudadana sobre la discriminación en Chile* (Santiago: 2013), p.49.

³⁶⁰ Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Primera consulta ciudadana sobre la discriminación en Chile* (Santiago: 2013), p.28.

³⁶¹ Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Primera consulta ciudadana sobre la discriminación en Chile* (Santiago: 2013), p.36.

³⁶² Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Primera consulta ciudadana sobre la discriminación en Chile* (Santiago: 2013), pp.15-17.

³⁶³ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. *Encuesta CASEN 2017, Discapacidad* (Chile: 2017), p.159.

se destaca que un 5,7% se debió a la condición de salud o discapacidad de la persona, un 3,9% en razón de la condición socioeconómica, y un 3,8% por la apariencia personal³⁶⁴.

Respecto de la orientación sexual e identidad de género, la Encuesta arrojó que un 36,5% de las personas bisexuales sufrieron alguna situación de discriminación en los últimos 12 meses. Además, un 30,1% de personas homosexuales fueron tratadas injustamente en el mismo periodo de tiempo, en contraste a un 13,7% de personas heterosexuales que declararon haber sufrido algún episodio de discriminación³⁶⁵.

Sobre esta temática, se debe destacar una encuesta a nivel nacional llevada a cabo por el MOVILH, la cual, buscaba conocer los alcances y percepciones sobre la discriminación, y evaluar el conocimiento acerca de la Ley Zamudio. De esta forma, el estudio arrojó que la población LGBTQI+ considera que Chile es un país altamente discriminador, sin perjuicio de que la percepción general es que la discriminación hacia la diversidad sexual ha ido en disminución en los últimos años³⁶⁶.

Ahora bien, un 74,5% declaró haber sufrido un trato injusto alguna vez en su vida en razón de su orientación sexual o identidad de género³⁶⁷. Sin embargo, un 92% no denunció la situación de discriminación vivida. Dentro de los motivos otorgados, un 43,3% creía que realizar la denuncia no servía para nada, y un 14,4% señaló que éste era un trámite muy difícil y que sería una pérdida de tiempo³⁶⁸.

Finalmente, se debe destacar la ENCUESTA CASEN sobre pueblos indígenas e inmigrantes, del año 2015, por cuanto sus resultados fueron la base para un estudio posterior del INDH sobre el racismo en nuestro país. De esta forma, respecto de la población migrante, un 28,4% declaró que algún miembro del hogar sufrió un trato injusto debido a la presencia de personas inmigrantes³⁶⁹. Asimismo, la Encuesta arrojó que un 19,3% de los hogares declararon que alguno de sus miembros había sido tratado injustamente o discriminado en los últimos 12 meses, debido a que el jefe del hogar pertenece a algún pueblo indígena. Dentro de los motivos de la discriminación, las razones más repetidas son el nivel socioeconómico, la pertenencia a un pueblo indígena, y la apariencia física³⁷⁰.

Dicho aquello, el estudio del INDH utilizando los datos anteriores, profundiza acerca de la percepción que tiene nuestro país sobre los pueblos indígenas, e inmigrantes. De esta forma, “la población considera que en

³⁶⁴ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. *Encuesta CASEN 2017, Discapacidad* (Chile: 2017), p.163.

³⁶⁵ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. *Encuesta CASEN 2017, Orientación Sexual e Identidad de Género* (Chile: 2017), p.24.

³⁶⁶ MOVILH. *Primera Encuesta Nacional: Diversidad Sexual, Derechos Humanos y Ley contra la Discriminación* (Chile: 2013), p.12.

³⁶⁷ MOVILH. *Primera Encuesta Nacional: Diversidad Sexual, Derechos Humanos y Ley contra la Discriminación* (Chile: 2013), p.13.

³⁶⁸ MOVILH. *Primera Encuesta Nacional: Diversidad Sexual, Derechos Humanos y Ley contra la Discriminación* (Chile: 2013), pp.18-21.

³⁶⁹ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. *Encuesta CASEN 2015, Inmigrantes* (Chile: 2015), p.118.

³⁷⁰ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. *Encuesta CASEN 2015, Pueblos Indígenas* (Chile: 2015), pp.97-98.

general los pueblos originarios no se caracterizan por ser personas trabajadoras (63,1%), ni agradables (71,7%), ni humildes (65,7%), ni educadas (73,4%) (...), y que parte de sus integrantes tienden a ser violentas (81,6%), rebeldes (82,9%), flojas (69,1%) (...)³⁷¹. Al mismo tiempo, un 44,5% estima que la delincuencia en el país ha aumentado debido al incremento de personas inmigrantes, además de que se les tiende a asociar como personas más sucias que los chilenos³⁷².

En último lugar, es importante destacar que más de un tercio de la población estima que Chile es un país más desarrollado en comparación a sus pares latinoamericanos. En suma, ese mismo porcentaje señala que Chile es un país “más blanco”, por lo que la inmigración aumenta la mezcla de razas³⁷³.

Esta percepción ha provocado graves situaciones de discriminación en contra ambos grupos de poblaciones. Se menciona, a modo ejemplar, el testimonio de una NNA, quien señala que “A mi mamá le dan asco que vengan haitianos al país, porque dice: antes Chile era un país de blancos, ahora es de negros y blancos. Me da asco”³⁷⁴. También se destaca la muerte de una mujer haitiana – JOANE FLORVIL -mientras se encontraba detenida por Carabineros por haber presuntamente abandonado a su hija. Este caso, en particular, permite dar cuenta acerca de las consecuencias prácticas y nocivas de la discriminación racista en nuestro país, sobre todo, cuando esta tiene lugar en las instituciones de nuestro país³⁷⁵.

Todo lo anterior nos permite dar cuenta de que las situaciones de discriminación siguen ocurriendo en nuestro país, incluso, con consecuencias graves en la práctica para los grupos que sufren dichos tratos injustos. Sumado al balance judicial ya expuesto, es que me permito sostener que la Ley Zamudio no está cumpliendo con los fines para los cuales fue prevista esta acción, sobre todo, en la protección del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas. La doctrina especializada, en ese mismo sentido, critica varios aspectos a la regulación de esta acción, los cuales, serán analizados en el capítulo siguiente para poder contrastarlas con lo desarrollado en los capítulos anteriores en torno a la tutela judicial efectiva.

³⁷¹ INDH. “Manifestaciones de discriminación racial en Chile: un estudio de percepciones”, en *Informe Anual sobre Situación de los Derechos Humanos en Chile* (Santiago, INDH: 2017), p.28.

³⁷² INDH. *Manifestaciones de discriminación...*, p.27.

³⁷³ INDH. *Manifestaciones de discriminación...*, p.23.

³⁷⁴ Andrea Riedemann y Carolina Stefoni. “Sobre el racismo, su negación, y las consecuencias para una educación anti-racista en la enseñanza secundaria chilena”, en *Revista Latinoamericana Polis, Volumen 14, N° 42* (Chile, Universidad de Los Lagos: 2015), p.199.

³⁷⁵ INDH. *Manifestaciones de discriminación...*, p.32. Sobre este caso, se dedujo una acción de no discriminación en contra de la Ilustre Municipalidad de Lo Prado, en virtud de la cual, la Corte Suprema confirmó la condena a la entidad edilicia a una multa de 5 UTM, y a la realización de capacitaciones a sus funcionarios sobre la atención de extranjeros que concurran a sus dependencias. Para más información, consultar

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.

En los capítulos anteriores, se realizó una conceptualización acerca de la forma en que se ha entendido el derecho a la tutela judicial efectiva por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al mismo tiempo, se hizo un acercamiento al derecho a la igualdad y a la no discriminación, con particular énfasis en el desarrollo del derecho antidiscriminatorio como una disciplina autónoma con sus propias categorías. De esta forma, en Chile, la doctrina especializada es bastante crítica respecto de la Ley Antidiscriminación, al punto de señalar que esta es una ley severamente deficiente que no cumple con los estándares del derecho antidiscriminatorio³⁷⁶.

En función de aquello, en este capítulo, en primer lugar, se realizará un análisis crítico de la LAD a la luz de su balance jurisprudencia y según su capacidad para transformar la realidad de la discriminación en nuestro país, contrastándola con la jurisprudencia de la Corte IDH acerca de la tutela judicial efectiva, y a la luz de las críticas doctrinales respectivas.

Posteriormente, se señalarán otros aspectos críticos de la regulación de la acción de no discriminación señalados por la doctrina, que no tienen relación con la tutela judicial efectiva, en los términos expuestos anteriormente.

Finalmente, se expondrá acerca de los principales cambios propuestos por el proyecto de reforma legislativo en actual tramitación en el Congreso Nacional, para analizar, posteriormente, su efectividad en torno a los criterios sobre tutela judicial efectiva de la Corte IDH.

4.1. Efectividad de la acción en torno a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre tutela judicial efectiva.

Previo al análisis que se pretende en este trabajo, es pertinente señalar que una parte de la doctrina ya ha abordado el análisis de la acción de no discriminación en torno a la tutela judicial efectiva, utilizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para tales efectos³⁷⁷. En particular, tomo distancia de dicha investigación por los siguientes motivos.

En primer lugar, existe una diferencia respecto del órgano y su jurisprudencia que sirven de guía para realizar el análisis propuesto. En concreto, en este trabajo de investigación utiliza la jurisprudencia de la Corte IDH, por cuanto, se puede observar una mayor uniformidad y claridad respecto de las garantías que integrarían la tutela judicial efectiva. Esto se contrasta a los fallos del TC por cuanto dicha jurisprudencia ha

³⁷⁶ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.264.

³⁷⁷ Para consultar el trabajo, sugiero revisar “Gaspar Jenkins Peña y Lillo. “La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 18, N°1 (Talca, Universidad de Talca: 2020)”.

sido confusa a la hora de señalar los límites de la tutela judicial efectiva con el debido proceso, y las garantías que integrarían a estos derechos³⁷⁸. Por esa razón, en este trabajo de investigación se optó por descartar lo señalado por el órgano constitucional chileno.

En segundo lugar, existe otra diferencia relativa a las garantías que sirven de examen a la acción de no discriminación. Así, dicha doctrina centra su análisis en torno al cumplimiento de la finalidad de la ley, el derecho de acceso a la justicia y finaliza examinando los aspectos relacionados al debido proceso – sin perjuicio de que se asume que existe una línea que separa a la tutela judicial efectiva del *due process of law*-³⁷⁹.

De esta forma, este trabajo entiende que los aspectos relacionados al cumplimiento de los objetivos de la ley, junto a las exigencias sobre acceso a la justicia, se enmarcan dentro de las garantías de idoneidad y efectividad de la acción, según los términos de la jurisprudencia interamericana ya señalada. Además, tampoco se pretende analizar aquello relacionado al debido proceso, por cuanto estimo que la tutela judicial efectiva constituye un derecho autónomo, en los términos indicados *ut supra*, por lo que escaparía a la finalidad de este trabajo -sin perjuicio de que será mencionado como parte de los otros aspectos críticos de la ley, según la doctrina, en el siguiente subcapítulo-.

Habiendo indicado lo anterior, el análisis en cuestión se centrará en analizar cada garantía en los términos de la Corte IDH. Para efectos prácticos, se examinará de forma conjunta la garantía de idoneidad y efectividad, por un lado, y la de sencillez y rapidez, por otro lado; esto en razón de la extrema ligazón que existe entre ellas.

4.1.1. Idoneidad y efectividad de la acción de no discriminación.

En este subcapítulo se busca entregar respuestas a la pregunta fundamental que guía al desarrollo de este trabajo investigativo. Esta es si la acción de no discriminación permite cumplir con su finalidad de combate a la discriminación y otorgar protección efectiva a las personas afectadas. Para aquello, se analizarán por separado, en primer lugar, el cumplimiento del objetivo de la ley desde el punto de vista práctico y de *lege lata*, para posteriormente analizar las medidas de reparación que consagra nuestra legislación.

4.1.1.1. Sobre cumplimiento de la finalidad de la acción, y sus consecuencias.

Como ya ha sido planteado *ut supra*, existen grupos en nuestra sociedad que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad – cuestión que es reconocida por la jurisprudencia de la Corte IDH-, debido a la

³⁷⁸ Andrés Bordalí Salamanca, *Análisis crítico...*, pp.312-313.

³⁷⁹ Gaspar Jenkins Peña y Lillo. “La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 18, N°1 (Talca, Universidad de Talca: 2020), pp.226-227.

conurrencia de determinadas circunstancias sociales, económicas, étnicas, culturales o personales que terminan provocando mayores dificultades para el ejercicio con plenitud ante el sistema de justicia de sus derechos reconocidos jurídicamente³⁸⁰. Estos colectivos también se encuentran en situaciones de discriminación estructural, en los términos ya explicados, por cuanto, existe una valoración negativa a estos, la cual, termina permeando a todos los ámbitos de nuestra sociedad, sean públicos o privados³⁸¹.

Como ejemplos de dichos colectivos, se menciona a las mujeres, las personas migrantes, los grupos LGBTQI+, pueblos indígenas, entre otros³⁸². Cabe destacar que una buena forma de identificarles es precisamente a través de las categorías sospechosas, ya que, en buena medida, estas hacen sospechar indicios de los patrones históricos de la discriminación en contra de estos colectivos³⁸³, los cuales, son múltiples y complejos.

Resulta del todo lógico, en consecuencia, presumir que la ley chilena contra la discriminación reconozca dicho contexto, para poder producir un impacto en nuestra realidad social³⁸⁴, que, a su vez, permita que los niveles de discriminación y de intolerancia en contra de los grupos vulnerables pueda ser erradicado, al mismo tiempo que utiliza las técnicas y conceptos propios del derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, la realidad legislativa es totalmente opuesta por diversas razones.

En primer lugar, se ha hecho notar por la doctrina que la finalidad de la ley es bastante acotada, por cuanto, la verdadera preocupación de ella es la de regular una acción especial de combate a la discriminación, que prácticamente carece de todo contenido al contrastarla al desarrollo propio que ha tenido el derecho antidiscriminatorio³⁸⁵. En razón de aquello es que XIMENA GAUCHÉ plantea que es del todo lógica dicha carencia, puesto que la regulación no buscaría la erradicación de la discriminación, sino únicamente su combate. En consecuencia, la acción de no discriminación sería uno más de los mecanismos que tienen

³⁸⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Módulo I: Los derechos humanos: caracterización, alcances y personas sujetas de protección. Unidad 3: Protección de derechos humanos para grupos en situación de vulnerabilidad”, en *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes* (San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos: 2014), p.26.

³⁸¹ Ricardo De La Madrid, *Reporte sobre la Discriminación en México* (México, CIDE-CONAPRED: 2012), p. 19.

³⁸² Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Donald, *La tutela judicial...*, p.125.

³⁸³ Fernando Elizondo García, “El derecho a la igualdad, el principio de no discriminación y los grupos en situación de vulnerabilidad en México”, en *La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, comp. Minerva Martínez Garza y Fernando Elizondo García (México, Universidad Autónoma de Nueva León-Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nueva León: 2015), p.19.

³⁸⁴ Gaspar Jenkins Peña y Lillo. “La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 18, N°1 (Talca, Universidad de Talca: 2020), p.231.

³⁸⁵ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, pp.264-265.

dicha finalidad, sumándose a los otros procedimientos ya existentes en nuestro ordenamiento, en particular, al recurso de protección³⁸⁶.

En dicho acotado contexto, cabe preguntarse entonces si la acción regulada en la LAD está cumpliendo su finalidad de combate a la discriminación, y la respuesta es una negativa rotunda. Aquel incumplimiento se refleja desde un punta práctico, y desde un punto de técnica legislativa, ambos íntimamente ligados. En relación con lo primero, se debe recordar la poca cantidad de causas ingresadas al sistema formal de justicia, lo cual no tiene como un correlato un descenso de los niveles de intolerancia y discriminación hacia determinados grupos en nuestra sociedad.

De hecho, resulta alarmante que existan muchas situaciones discriminatorias que no sean conocidas por la autoridad judicial respectiva. Esto, a modo ejemplar, lo podemos notar en el más de 90% de personas LGBTQI+ que han sufrido alguna situación de discriminación sin denunciarla³⁸⁷. Sin embargo, la situación es más grave aún si consideramos que el ejercicio de la acción tampoco permite asegurar que exista una efectiva discusión en torno a los hechos que han sido denunciados. Esto se refleja en que la mayoría de las causas que llegan a sentencia definitiva son rechazadas por méritos probatorios³⁸⁸.

Los problemas prácticos ya planteados son una directa consecuencia de las graves insuficiencias de la técnica legislativa. Profundizando en ello, varios de dichos problemas derivan de la definición de discriminación arbitraria que entrega la ley, y otros de la regulación específica de un aspecto procedimental.

En primer término, se analizarán las dificultades derivadas de la conceptualización legal. Así, el artículo 2° de la ley define a 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 maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

³⁸⁶ Ximena Gauché Marchetti, “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N°1 (Chile, Universidad Católica de Temuco: 2015), p.37.

³⁸⁷ MOVILH. Primera Encuesta Nacional: Diversidad Sexual, Derechos Humanos y Ley contra la Discriminación (Chile: 2013), pp.18-21.

³⁸⁸ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.303.

El primer problema que se produce como consecuencia de dicha definición es el relativo a la procedencia de la acción. De su lectura, es posible notar que esta se encuentra notablemente reducida, lo cual deriva de la falta de contenidos propios de la disciplina antidiscriminatoria en nuestra legislación. Cabe recordar que la discriminación puede tomar diversas modalidades, destacando la del tipo directo, indirecto, y estructural. La LAD desconoce a estas dos últimas formas, regulando únicamente a la discriminación directa³⁸⁹. Esto es reflejo de la discusión legislativa del proyecto de ley, en el que nunca se debatió respecto a estas diversas modalidades que puede tomar la discriminación³⁹⁰.

Sobre la discriminación indirecta, JOSÉ DÍAZ DE VALDÉS señala que, debido a la omisión de la Ley Zamudio al respecto, serán los jueces quienes tendrán que realizar una labor de discernimiento para sancionar esta modalidad discriminatoria. Sin embargo, él mismo reconoce que debido a las complejidades inherentes que plantea este tipo de discriminación, los tribunales probablemente no la reconozcan ni tampoco la persigan³⁹¹. Lo mismo se puede plantear acerca de la discriminación estructural. Además, ello tampoco conlleva que exista uniformidad en su reconocimiento por parte de los jueces, por lo quedaría entregado al criterio de cada sentenciador de fondo, los que incluso podrían tomar criterios totalmente contradictorias en la construcción de dichas modalidades. En ese sentido, se agravaría la problemática en cuestión.

Un segundo problema que se deriva de la definición legal es el referido a la vinculación que la norma hace entre discriminación y la privación, perturbación o amenaza de otro derecho fundamental, privándole de la autonomía que le es propia a esta garantía fundamental³⁹². HUGO TÓRTORA mediante un ejemplo, permite clarificar lo problemático de este requisito. Recordando un episodio vivido en el Congreso en que un Honorable Diputado de la República denostó a otro congresista en razón de su orientación sexual, señala que “en este caso, ¿podríamos hablar de discriminación? Yo pienso que sí, ¿pero hay lesión a otro derecho fundamental, diferente al derecho a no ser discriminado? Posiblemente no. Sostengo, por lo mismo que supeditar el derecho a la no discriminación a otro derecho es inapropiado y disminuye sus proyecciones normativas”³⁹³.

De esta forma, la vinculación de la discriminación a otro derecho fundamental termina provocando una importante limitación respecto de los casos que son susceptibles de tutela judicial por la vía de esta acción, al mismo tiempo que realiza una imposición probatoria adicional, ya que no sólo deberá probarse la

³⁸⁹ Ximena Gauché Marchetti, *Análisis crítico de la ley...*, pp.39-40.

³⁹⁰ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile (Chile, Universidad Diego Portales: 2013) p. 293

³⁹¹ José Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional...*, p.277.

³⁹² Ximena Gauché Marchetti, *Análisis crítico de la ley...* p.39.

³⁹³ Hugo Tórtora Aravena, Proyecto de ley anti-discriminación: algunas ideas importantes (Chile: 2012), <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/proyecto-de-ley-antidiscriminacion-algunas-ideas-importantes/> (Consultado el 10 de marzo de 2021).

existencia de una discriminación y su arbitrariedad, sino que además se exigirá la lesión a otro derecho fundamental³⁹⁴.

En segundo término, y a propósito de los temas probatorios, otro aspecto que ha sido fuertemente criticado es el relativo a la carga de la prueba. Ya ha sido señalado que, debido a la omisión de una regla especial, supletoriamente, se aplica la norma del artículo 1698 del Código Civil³⁹⁵. Sin embargo, cabe destacar que uno de los principales inconvenientes a los que se enfrentan las personas afectadas por la discriminación es la producción de elementos suficientes que permitan acreditarla en el juicio³⁹⁶. En otras palabras, existen problemas de dificultad probatoria³⁹⁷, producto de la alta exigencia de prueba asignada a los denunciantes³⁹⁸.

Por dichas razones, se ha criticado fuertemente la asignación tradicional de la carga probatoria a las partes en dicho contexto de dificultad³⁹⁹. Llama la atención, en contraposición, que el derecho discriminatorio a nivel internacional, se presume la arbitrariedad cuando existe la utilización de alguna de las categorías sospechosas en una situación de discriminación, por lo que corresponde al denunciado entregar una justificación. Desde el punto de vista procesal, lo anterior produce como consecuencia una alteración del *onus probandi*, ya que quien realizó la distinción deberá probar su legitimidad⁴⁰⁰.

En tercer término, la ley impone una multa a las personas que promuevan una denuncia que carezca de todo fundamento, cuyo monto ascenderá entre las 2 a 20 UTM. La doctrina critica bastante esta sanción, considerando la situación de dificultad probatoria de los denunciantes. De esta forma, la multa, en realidad, cumple con una función que es esencialmente disuasiva para la litigación, lo cual, contraría el rol de protección reforzado para las víctimas de la discriminación. En consecuencia, esta carece de todo rasgo de proporcionalidad. Sin embargo, sin perjuicio de su redacción en términos imperativos, una cuestión positiva es que la jurisprudencia ha aplicado de forma bastante restrictiva la imposición de la multa, limitándose a casos que, en la práctica, son bastante excepcionales⁴⁰¹.

³⁹⁴ Iván Díaz García. “Ley Chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 2 (Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile: 2013), pp.642-643.

³⁹⁵ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, p.284.

³⁹⁶ Savka Covarrubias y Felipe Saldías, *Ley antidiscriminación...*, pp.307-308.

³⁹⁷ Lidia Casas Becerra y Catalina Lagos Tschorne. “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, en *Anuario de derechos humanos N°10* (Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: 2014), p.130.

³⁹⁸ José Díaz de Valdés Juliá, “Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia”, en *Revista Estudios Constitucionales Año 15, N°2* (Chile, Universidad de Talca: 2017), p.472.

³⁹⁹ Esto sin perjuicio de que existen algunos pocos fallos en los cuales se ha aplicado una suerte de inversión de la carga probatoria hacia los demandados. Ver Fernando Muñoz León, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre la Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, en *Revista de Derecho Vol. 28 N°2* (Chile, Universidad Austral de Chile: 2015), pp.159-160.

⁴⁰⁰ Iván Díaz García. *Ley chilena contra la discriminación...*, p.645.

⁴⁰¹ Fernando Muñoz León, “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación” en *Revista de Derecho Vol. 31, N°2* (Chile, Universidad Austral de Chile: 2018), p.190.

Todo lo que ha sido señalado anteriormente, permite dar cuenta que el legislador no consideró la especial situación de vulnerabilidad de estos grupos que han sido históricamente discriminados. De haberlo hecho, la autoridad legislativa habría reconocido expresamente que hay personas que se ven expuestas a modalidades de discriminación mucho más complejas que la directa, bajo motivos aparentemente neutrales o de reproducción institucional. Además, si se toma como punto de partida la dificultad probatoria inherente a este tipo de causas, entonces no es consecuente ni lógico aumentar la exigencia probatoria en detrimento de los denunciantes, pretender aplicar la tradicional carga probatoria, ni imponer una multa de finalidad disuasiva a la litigación.

En cuanto a las medidas inclusivas a dichos grupos, FERNANDO MUÑOZ, plantea que a medida que los grupos en desventaja van logrando conquistas en la lucha en contra de la discriminación, las instituciones abandonan su carácter represivo respecto de ellos, pero adoptan una postura neutral, manteniendo al mínimo la intervención de la sociedad civil, permitiendo la subsistencia de los prejuicios en dichas interacciones. De esta forma, los esfuerzos institucionales se concentran únicamente en aquellos casos más graves y extremos, donde se exhiba un ánimo abiertamente odioso por parte del agresor⁴⁰².

Precisamente esa es la relevancia de la adopción de medidas positivas en los órganos representativos del poder estatal ya que la falta de ellas provoca la persistencia de la discriminación en nuestra sociedad, la cual, reaccionará sólo ante los casos graves de vulneración a los derechos humanos -como el crimen de odio al joven DANIEL ZAMUDIO- pero callando ante otros sucesos que ocurran debido a la misma situación de fondo, esto es, los prejuicios negativos a algunos grupos⁴⁰³.

Al respecto, se debe recordar que la Corte IDH “reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas”⁴⁰⁴. Lo anterior obliga a que, en lo relativo al proceso, se deben resolver los factores de desigualdad real de las personas en todos los ámbitos sociales, lo que implica adoptar medidas de compensación que reduzcan o eliminen los obstáculos y deficiencias para una eficaz defensa judicial de los intereses. Como consecuencia de esto, la falta de adopción de estas acciones positivas conlleva que dichas personas no puedan ejercer un verdadero derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad⁴⁰⁵.

⁴⁰²Fernando Muñoz León, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre la Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, en *Revista de Derecho* Vol. 28 N°2 (Chile, Universidad Austral de Chile: 2015), p.148.

⁴⁰³ Al respecto, creo que es bastante llamativo el hecho de que, en su momento, el brutal crimen de odio ya mencionado aceleró la discusión legislativa sobre la ley antidiscriminación, visibilizando de cierta forma la gravedad de la discriminación en nuestro país. Sin embargo, durante los años posteriores, han ocurridos otros crímenes de odio igual de graves, pero sin alcances mediáticos, por lo que no han tenido ninguna condena ni reproche social.

⁴⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149, párr.103.

⁴⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16/99 (1999), párr. 119.

Aterrizando lo anterior al procedimiento de no discriminación, resulta del todo claro que éste no resuelve la desigualdad material en la que se encuentran los grupos históricamente discriminados, por cuanto no pueden acceder en condiciones equitativas. En mi opinión, esto ocurre porque la LAD protege únicamente la dimensión formal del derecho a la igualdad, lo cual se refleja en estos contenidos críticos ya señalados. En particular, la falta de reconocimiento de la situación especial de vulnerabilidad de estos colectivos en nuestra sociedad, materializado en una ausencia total de medidas positivas para un ejercicio equitativo del acceso a la justicia, refuerza la idea anterior. Por ende, la dimensión sustantiva o material de la igualdad se encuentra, paradójicamente, desprotegida por la Ley Antidiscriminación.

Por esas razones, me permito sostener que la acción de no discriminación no está cumpliendo su finalidad, ni es capaz de producir los resultados para los cuales fue dispuesta. La falta de adopción de criterios de vulnerabilidad produce que no se pueda plantear como objeto de discusión la vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, sobre todo, porque se entiende que esta violación debe existir en relación con otro derecho fundamental, y no autónomamente. En consecuencia, la regulación actual infringe las garantías de idoneidad y efectividad de los recursos.

4.1.1.2. Sobre las medidas de reparación.

Tal como se ha planteado, la garantía de idoneidad exige que se ofrezcan mecanismos adecuados de reparación en los casos de vulneración a derechos fundamentales. Además, se debe tener en consideración que, en el derecho antidiscriminatorio, la reparación juega un rol importantísimo, especialmente, tanto como reproche a la situación de discriminación y como un elemento de protección a la víctima⁴⁰⁶.

La LAD, en su artículo 12 señala que, en el caso de existir una discriminación arbitraria, “(la sentencia definitiva) 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. (...) el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio”.

Es posible deducir de lo anterior que la norma no señala expresamente la procedencia de un monto de indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios que pudo haber sufrido la víctima discriminada. Sin embargo, un sector de la doctrina señala que eso no es del todo cierto, pues es perfectamente factible interpretar que el juez podría sancionar el pago de una indemnización a la víctima, como una providencia

⁴⁰⁶ Gaspar Jenkins Peña y Lillo. *La acción de no discriminación...*, p.235.

necesaria para el restablecimiento del imperio del derecho y, específicamente, como una forma de protección al afectado⁴⁰⁷.

En orden a dicha conclusión, FERNANDO MUÑOZ interpreta el alcance del artículo 2314 del Código Civil, señalando que la obligación de reparar patrimonialmente los daños causados a otros es un principio de aplicación general en nuestro derecho. En ese sentido, no existen consideraciones normativas que permitan sostener que aquella disposición no deba aplicarse en este procedimiento, por lo que la sentencia definitiva puede fijar un monto de indemnización⁴⁰⁸.

No obstante, JOSÉ DÍAZ DE VALDÉS constata que la propia praxis judicial ha demostrado que los jueces aplican de forma bastante excepcional la facultad de adoptar las providencias necesarias para el restablecimiento del derecho, restringiéndose enormemente en sus límites de actuación⁴⁰⁹. Esto es consecuencia de la reticencia de ellos en aplicar categorías que no se encuentran expresamente consagradas en la ley⁴¹⁰. Por ende, en función de estas razones es posible sostener que es muy poco probable que los jueces interpreten el alcance del artículo 2314 tal como lo propone FERNANDO MUÑOZ, excluyéndose la posibilidad de indemnizar los perjuicios sufridos.

Producto de dicha imposibilidad, entonces cualquier daño de carácter patrimonial o extrapatrimonial que provoque la situación de discriminación deberá ser perseguida en un juicio ordinario de lato conocimiento. Esto es criticable puesto que, tal como indica PABLO RODRÍGUEZ, la acción de no discriminación da inicio a un juicio, aun cuando sumárisimo, permite discutir el fondo del asunto e incluso la presentación de pruebas al respecto. Por eso, la falta de una medida de reparación de índole indemnizatoria desalentará notablemente a los afectados, ya que estos no sólo están interesados en impugnar el acto discriminatorio, sino también en obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que les fueron ocasionados⁴¹¹.

La cuestión se complejiza cuando analizamos la aplicación de la multa a beneficio fiscal a la persona que comete el acto discriminatorio. De esa forma, aun cuando se haya acreditado la existencia de la discriminación, no siempre se impone la multa al responsable, lo cual conlleva apartarse del texto legal imperativo. Además, en algunos casos, dicha sanción carecería de toda lógica, particularmente, cuando haya sido un Organismo del Estado sin patrimonio propio el que haya cometido el acto discriminatorio, ya que el dinero saldrá de las arcas fiscales para entrar nuevamente a las mismas⁴¹².

⁴⁰⁷ Ximena Gauché Marchetti, *Análisis crítico de la ley...*, p.45.

⁴⁰⁸ Fernando Muñoz León, *La necesidad de una interpretación...*, p.188.

⁴⁰⁹ José Díaz de Valdés Juliá, *Cuatro años de la ley...*, pp.474-475.

⁴¹⁰ José Díaz de Valdés Juliá, “¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, en *Revista Actualidad Jurídica N°28* (Chile, Universidad del Desarrollo: 2013), p.290.

⁴¹¹ Pablo Rodríguez Grez, “Sobre discriminación arbitraria”, en *Revista Actualidad Jurídica N°28* (Chile, Universidad del Desarrollo: 2013), p.199.

⁴¹² José Díaz de Valdés Juliá, *Cuatro años de la ley...*, p.473.

Dicho aquello, la Corte IDH ha fallado que la reparación consiste en el restablecimiento de la víctima al estado anterior a la violación del derecho fundamental -o comisión del hecho ilícito-⁴¹³. En esa línea, “esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible, y en indemnizar –a título compensatorio– los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial o extrapatrimonial”⁴¹⁴.

De lo anterior, la Corte reconoce diversas modalidades de reparación del daño producido, determinándose dicha forma específica según el tipo de lesión que ha sufrido la víctima⁴¹⁵. Ello significa que la reparación, incluso, puede tener una finalidad preventiva, en virtud de la cual, el Estado adopte medidas positivas tendientes a evitar la realización del acto que vulnera los derechos fundamentales⁴¹⁶.

Desde ya, entonces, las medidas de reparación de la Ley Zamudio son problemáticas por diversas razones. En primer lugar, la declaración de existencia de un acto arbitrario y la ordenación del cese en sus efectos no siempre resultará una medida suficiente, ya que, en la mayoría de las ocasiones, la discriminación se expresará a través de actos violentos, insultos o de malos tratos que serán imposibles de revocar posteriormente⁴¹⁷, tornando dicha declaración en totalmente irrelevante o extemporánea⁴¹⁸. Esto es consecuencia de que la ley busca atacar al acto discriminatorio, considerado individualmente, y no a sus efectos directos o laterales⁴¹⁹.

En segundo lugar, si bien es cierto que los tribunales deben imponer una multa a beneficio fiscal, en realidad no logra un efecto verdaderamente protector de las personas afectadas⁴²⁰. Es más, PABLO RODRÍGUEZ señala que produce un resultado totalmente contrario, el cual no es otro que disuadir a las personas de impugnar los actos discriminatorios, disminuyendo, así, la litigiosidad⁴²¹. Además, en aquellos casos en que no es posible dejar sin efecto el acto, la multa tampoco permite reparar de forma integral a la víctima de la discriminación, la cual, tampoco podrá solicitar indemnización por los diversos daños pecuniarios a los que se vio expuesta.

Dicho aquello, se constata que la acción de no discriminación es bastante deficiente en las modalidades de reparación a la víctima. Estimo que esto ocurre, además de las razones doctrinarias ya señaladas, porque la

⁴¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza vs Bolivia (2002), párr.61.

⁴¹⁴ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, 2° ed., (Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos-AECID-Embajada de España en Chile: 2009), pp.35-36.

⁴¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Garrido y Baigorria vs Argentina (1998), par.41.

⁴¹⁶ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte...*, p.36.

⁴¹⁷ Gaspar Jenkins Peña y Lillo. *La acción de no discriminación...*, p.234.

⁴¹⁸ José Díaz de Valdés Juliá, *Cuatro años de la ley...*, p.475.

⁴¹⁹ Pablo Rodríguez Grez, *Sobre discriminación arbitraria...*, p.198.

⁴²⁰ Gaspar Jenkins Peña y Lillo. *“La acción de no discriminación...”*, p.234.

⁴²¹ Pablo Rodríguez Grez, *Sobre discriminación arbitraria...*, p.199.

regulación procesal en cuestión no se enfoca en otorgar una reparación integral, que implique ver a la persona como un todo, para poder lograr, así, un verdadero restablecimiento del derecho que ha sido vulnerado⁴²².

Eso no se logrará únicamente mediante el reconocimiento de la existencia de un acto arbitrario en contra de la persona, sino que también mediante la indemnización patrimonial o extrapatrimonial, o incluso con una medida destinada a prevenir futuros actos discriminatorios en contra de la víctima o de su familia. En esa línea, FERNANDO MUÑOZ plantea la necesidad de contar con medidas de reparación simbólicas, las cuales, tienen la finalidad de reprochar socialmente la conducta discriminatoria, permitiendo atacar su elemento cultural, como, por ejemplo, lo sería el pedir disculpas públicas a la persona afectada, o la publicación de la sentencia⁴²³.

En definitiva, las medidas de reparación son inadecuadas y no permiten otorgar una verdadera protección a las personas que son discriminadas, infringiendo la garantía de idoneidad requerida para una efectiva protección judicial. En lo concreto, existe un problema legislativo en la configuración de estas, aspecto que ya fue abordado. Sin embargo, la propia *praxis* judicial ha interpretado de forma bastante restringida sus facultades relacionadas con las providencias necesarias para restablecer el derecho, ya que estimo del todo posible incluso incorporar la función preventiva o simbólica de la reparación mediante este tipo de providencias, entendiéndolas como garantías de no repetición.

4.1.2. Sencillez y rapidez de la acción de no discriminación.

Para analizar estas garantías, es necesario traer a colación el artículo 4° de la ley, en función de la legitimación activa. Éste señala que la acción podrá deducirse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado. Además, también podrá deducirse en favor de terceros que han sufrido una discriminación, cuando se vean imposibilitados de ejercer la acción tanto ellos mismos como sus representantes legales.

JOSÉ DÍAZ DE VALDÉS plantea que la regulación de los sujetos activos se realiza de forma coherente con la forma en que la ley entiende la igualdad, esto es, en un enclave individual, razón por la que se encuentran legitimados para presentar la acción las personas directamente afectadas⁴²⁴. Ahora bien, sin perjuicio de que la discriminación se dirija, en principio, a un individuo, la regulación acerca de las categorías sospechosas

⁴²² Esta conclusión se fundamenta, en su contenido, por lo señalado por el profesor Claudio Nash, respecto a la insuficiencia de la noción iusprivatista para obtener una reparación íntegra de las víctimas de derechos humanos. Ver Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte...*, p.36.

⁴²³ Fernando Muñoz León, *La necesidad de una interpretación...*, p.189.

⁴²⁴ José Díaz de Valdés Juliá. *Igualdad constitucional...*, p.278.

permiten notar que, en realidad, existe un fenómeno grupal en dicha discriminación, debido a que esta ocurre en razón de la pertenencia del sujeto a dicho colectivo⁴²⁵.

Aquello permite reconocer la existencia de una discriminación del tipo grupal, la que produce variadas consecuencias en el entendimiento del fenómeno discriminatorio, por cuanto, dicha concepción permite enfatizar la protección del grupo o colectivo en situación de desventaja, lo que produce como efecto la eliminación de “ciudadanos de segunda categoría”, que no son incluidos plenamente en la sociedad⁴²⁶. Además, lo anterior permite entender la legitimación activa de forma más amplia, ya que cualquier persona que integra al grupo podría presentar una acción antidiscriminatoria, y no únicamente el individuo directamente lesionado⁴²⁷.

Lo aquí planteado tiene relevancia para efectos de que sea una organización, cuya finalidad es el combate a la discriminación, la que pueda deducir la acción judicial en favor de alguno de los miembros del colectivo -como si, por ejemplo, la FUNDACIÓN IGUALES pudiera ejercerla por algún caso de discriminación en contra de una persona LGBTQI+-. Dicha posibilidad no es permitida por la legislación antidiscriminatoria actual⁴²⁸.

Creo que éste es el único punto criticable. Reconocer lo anterior, puede llevar a una mejor y mayor protección de los grupos en situación de discriminación, ampliando el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Ello es totalmente coherente con el principio de informalidad de la acción, cuya finalidad es que las personas puedan acudir a los tribunales sin mayores trabas ni requisitos formales más allá de los estrictamente necesarios⁴²⁹.

Respecto de la rapidez del procedimiento, éste tiene el carácter de sumarísimo, lo cual tiene relación con el sentido de urgencia con el que se busca otorgar la tutela antidiscriminatoria. Cabe señalar que esta característica no implica la imposibilidad de discutir cuestiones relativas al fondo⁴³⁰.

Dicho aquello, como conclusión general, se puede notar que la acción de no discriminación es bastante deficiente en varios aspectos. Estos defectos vulneran las garantías de la tutela judicial efectiva, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y empeoran la situación de protección de los grupos discriminados en nuestro país. Ello es relevante puesto que la actual regulación no sólo infringe el artículo 25.1 sobre protección judicial, sino que, asimismo, el artículo 1.1 de la Convención, por cuanto los Estados están obligados a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto,

⁴²⁵ José Díaz de Valdés Juliá. *¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente...*, p.290.

⁴²⁶ José Díaz de Valdés Juliá. *¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente...*, p.291.

⁴²⁷ José Díaz de Valdés Juliá. *Igualdad constitucional...*, p.279.

⁴²⁸ Gaspar Jenkins Peña y Lillo. *La acción de no discriminación...*, p.237.

⁴²⁹ Gaspar Jenkins Peña y Lillo. *La acción de no discriminación...*, pp.236-237.

⁴³⁰ Pablo Rodríguez Grez, *Sobre discriminación arbitraria...*, pp.198-199.

lo que implica el deber de organizar todas las estructuras en las que se manifiesta el poder público, en aras a dicha finalidad de protección⁴³¹.

Por ende, es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte como un estándar que permita guiar las futuras discusiones sobre la protección del derecho a la igualdad, y la configuración de las acciones que tengan dicha finalidad, para poder otorgar una tutela que sea verdaderamente efectiva e idónea. De lo contrario, tal como ocurre actualmente, el procedimiento antidiscriminatorio seguirá siendo totalmente ineficaz para enfrentar a la discriminación, sin producir un impacto real en la sociedad, ni ampliando el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Además, eso no sólo permitirá un mejor cumplimiento de las obligaciones del Pacto de San José, sino que también reafirmará el compromiso internacional de nuestro país en combatir a la discriminación y sus gravísimas consecuencias, ya sean directas e indirectas. Por ende, la reacción del Estado también debe ser en función de prevenir estas situaciones. De no realizar las modificaciones legislativas de protección correspondientes, lamentablemente, DANIEL ZAMUDIO no será la única persona víctima de tratos discriminatorios con consecuencias totalmente perjudiciales para la vida de las personas -y, de hecho, no lo es-.

4.2. Otros aspectos críticos de la regulación de la acción de no discriminación.

En el acápite anterior fueron expuestas las críticas doctrinarias que guardan relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que ahora se expondrán dos críticas relevantes relacionadas a otros aspectos bastante deficientes de la regulación.

En primer lugar, el artículo 1º inciso segundo impone un deber a los órganos de la administración del Estado, que consiste en que estos deberán, “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”.

Sin embargo, se ha señalado que esta es una obligación en extremo genérica que ni siquiera señala cómo se deberá construir la política pública, los plazos en que debe ejecutarse, quién la deberá supervisar, entre otros aspectos. De hecho, XIMENA GAUCHÉ constata que ni siquiera se ha dictado dicha política pública en

⁴³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988), párr.166.

cumplimiento de este deber⁴³². Además, esta obligación ni siquiera alcanza a todos los poderes del Estado - excluyéndose al Poder Judicial y al Congreso Nacional-⁴³³.

Finalmente, la política pública ha de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, la cual, deberá realizarse sin discriminación. En otras palabras, el corazón de esta no es el combate de la discriminación arbitraria, sino que en realidad parece ser la repetición del mandato general del artículo 5° de la Constitución de respetar y promover los derechos fundamentales de las personas⁴³⁴.

En segundo lugar, la aproximación a las categorías sospechosas se realiza de forma bastante confusa. El artículo 2° entiende que hay una situación de discriminación cuando tiene lugar una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable y que afecta derechos fundamentales, “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 maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Se ha señalado, en consecuencia, que el nexos – esto es, la fórmula “en particular”- realizado por la ley para ligar la discriminación arbitraria con las categorías sospechosas es bastante confusa. De hecho, la norma en ningún momento utiliza la acepción de “categorías prohibidas de discriminación”, o alguna expresión similar, por lo que al parecer se mencionan dichos rasgos de forma meramente ilustrativa de casos que constituirían una discriminación arbitraria, sin que eso conlleve alguna gravedad especial⁴³⁵.

Incluso, es tal el nivel de confusión que IVÁN DÍAZ plantea que existen, a lo menos, 5 interpretaciones posibles acerca del rol que cumplen dichas características en una situación de discriminación. Por lo tanto, será rol del juez determinar algún sentido concreto a las categorías sospechosas, a causa de la confusión legislativa⁴³⁶. Dicha solución, sin embargo, tampoco permite aportar a la seguridad jurídica ya que dependerá del criterio de cada tribunal la interpretación que acojan, la cual puede ser tanto a favor del discriminado como en su contra.

⁴³² Ximena Gauché Marchetti, *Análisis crítico de la Ley...*, p.42.

⁴³³ Tomás Vial Solar, “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”, en *Anuario de Derechos Humanos N°9* (Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: 2013), p.184.

⁴³⁴ José Díaz de Valdés Juliá. *Igualdad constitucional...*, p.265.

⁴³⁵ José Díaz de Valdés Juliá. *Igualdad constitucional...*, p.271.

⁴³⁶ Iván Díaz García. *Ley Chilena contra la discriminación...*, pp.649-652.

4.3. Proyecto de reforma legal a la acción de no discriminación.

4.3.1. Principales cambios legislativos propuestos.

Los problemas de la ley antidiscriminación señalados anteriormente también han sido reconocidos por diversas organizaciones de DDHH, las cuales han presionado por una reforma legislativa que permita combatir de mejor forma la discriminación en nuestro país. En este sentido, a la fecha de realización de este trabajo, se han presentado dos mociones parlamentarias que buscan modificar integralmente el contenido de la LAD.

El primer boletín presentado, con fecha 3 de julio de 2019, por la Cámara del Senado, es el N°12.748-17 por los Honorables Senadores JOSÉ INSULZA, ADRIANA MUÑOZ, ÁLVARO ELIZALDE, ALEJANDRO GUILLIER Y JUAN LATORRE. Así, después de extensos debates en los que se invitaron a diversas organizaciones defensoras de los derechos humanos, e instituciones de nuestro país, se aprobó en general el proyecto en la Comisión de Derechos Humanos del Senado el 22 de diciembre del 2020, para ser posteriormente votado y aprobado su discusión en general por la Cámara Alta el 27 de enero del 2021.

La moción en cuestión reconoce que la acción regulada en la Ley Zamudio ha demostrado ser un mecanismo ineficiente para el combate de la discriminación. A este respecto, la poca cantidad de causas ingresadas judicialmente no debe interpretarse en el sentido de que los fenómenos discriminatorios en nuestro país son poco extendidos, ya que la realidad es totalmente opuesta⁴³⁷.

En particular, el proyecto legislativo, en su última versión aprobada, busca modificar el propósito de la LAD, incluyendo la prevención de la discriminación, su erradicación, sanción y reparación como parte de sus objetivos principales. Además, le otorga la facultad a los Órganos de la Administración del Estado de “elaborar acciones, prácticas y políticas afirmativas que tengan como objeto garantizar y asegurar los derechos de las personas o un grupo de personas de acuerdo a las categorías establecidas en el artículo 2°”⁴³⁸ -estas son, las categorías sospechosas de discriminación-.

El proyecto también amplía el concepto de discriminación arbitraria, entendiendo como tal “toda distinción, exclusión, preferencia o restricción carente de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares o que tenga por objetivo o resultado la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales”, por lo que se incluye a la discriminación indirecta de forma expresa en dicha definición, junto a incluir a la “preferencia” como un acto susceptible de diferenciación arbitraria.

⁴³⁷ Boletín legislativo N°12.748-17, de 3 de julio de 2019.

⁴³⁸ Esto correspondería al artículo 1°, inciso final, de la LAD en el caso de aprobarse la reforma en los términos propuestos.

Al respecto, el proyecto reconoce la existencia de diversas formas de discriminación, entregando un concepto sobre el tipo directo, indirecto, múltiple o agravada, y estructural. Esto resulta relevante debido a que la acción de no discriminación procederá respecto a cualquiera de dichas modalidades de discriminación. No obstante, se debe tener presente que las medidas afirmativas que deban adoptar los órganos de la administración del Estado no constituyen una situación de discriminación arbitraria.

Además, se prohíben expresamente las denominadas “terapias de conversión”, esto es, todo acto que tenga como objetivo modificar la orientación sexual o la identidad y expresión de género de una persona o un grupo de personas⁴³⁹, por cuanto constituyen una discriminación arbitraria -y, en consecuencia, susceptible de ser conocida por esta vía judicial-.

Respecto de las categorías sospechosas de discriminación, el proyecto parece resolver el problema interpretativo sobre su función, por cuanto señala que dichas distinciones, exclusiones, preferencias o restricciones merecerán particular reproche cuando se funden en las categorías sospechosas ahí señaladas, de forma no taxativa.

En otro aspecto, el proyecto amplía la legitimación activa. En primer lugar, reconoce que la discriminación puede tener un carácter generalizado, afectando a sujetos múltiples, comprometiéndose un interés colectivo o difuso de uno o más grupos discriminados, por lo que, en dicho caso, se podrá deducir la acción por personas jurídicas sin fines de lucro que se dediquen a la protección y defensa de los derechos en cuestión afectados. Para estos efectos, se define qué ha de entenderse como interés difuso, y colectivo. En segundo lugar, también otorga la posibilidad de que la acción sea presentada por un grupo de personas, cuando estas resulten directamente afectadas por la acción u omisión que se estima arbitraria.

Como gran innovación, se permite que el demandante deduzca de forma conjunta con la acción de no discriminación, una acción indemnizatoria en contra del demandado, por los daños que emanan del acto u omisión arbitrario. Sin perjuicio de esta última acción, el juez podrá fijar un monto de indemnización que no podrá ser inferior a 40 UTM⁴⁴⁰. Al mismo tiempo, se aumenta el monto máximo de la multa a beneficio fiscal, la cual podrá ascender hasta 500 UTM.

El juez también podrá ordenar otro tipo de reparaciones no patrimoniales, dentro de las cuales, se mencionan garantías de no repetición de actos discriminatorios que el juez estime pertinente, el reconocimiento público

⁴³⁹ Respecto a este tipo de “terapias”, llama la atención que existe un proyecto de ley cuya finalidad es la prohibición de este tipo de actos, considerándolos como una forma de Violencia Intrafamiliar. Sin embargo, dicha tipificación quedaría reducida únicamente en el ámbito de las relaciones familiares, por lo que su inclusión como discriminación arbitraria dentro de la Ley Antidiscriminación tendrá un impacto mucho más general en nuestro ordenamiento jurídico.

⁴⁴⁰ Al respecto, es del todo posible que el demandante haga reserva de la acción de indemnización respectiva, por lo que, en el caso de que el juez que conoció de la acción de no discriminación haya fijado un monto de indemnización, éste deberá ser imputado al monto que se fije posteriormente en el litigio respectivo.

de la responsabilidad a través de disculpas públicas, medidas de rehabilitación física o psicológica a cargo del denunciado, entre otras. Finalmente, se elimina la multa en contra del demandante, en el caso de que su denuncia carezca de todo fundamento.

Respecto de la sustanciación del procedimiento, el proyecto modifica la solicitud de informe al denunciado por una contestación de la demanda, en virtud de la cual, deberá oponer todas las excepciones en un mismo escrito hasta antes de la celebración de la audiencia de contestación, conciliación y de prueba, o de forma oral en ella. Además, se observa que existe un aligeramiento de la carga probatoria, por cuanto, “cuando de los antecedentes aportados por el recurrente resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”⁴⁴¹.

Ahora bien, el segundo boletín presentado, con fecha 29 de octubre del 2020, por la Cámara de Diputados, es el N°13.867-17, el cual, aun no se discute en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de dicha Cámara. Sin embargo, se debe señalar que no existen muchas diferencias sustanciales con el proyecto reseñado anteriormente.

4.3.2. Análisis de efectividad de las modificaciones propuestas.

Estimo que el proyecto de ley aprobado en general en el Senado permite dotar a la Ley Antidiscriminación de herramientas efectivas para el cumplimiento de su finalidad. De hecho, la gran mayoría de las críticas doctrinarias anteriormente expuestas fueron tomadas en consideración en torno al debate legislativo. Aquello se refleja en importantes cambios que serán mencionados a continuación.

En primer lugar, es posible notar que el proyecto abandona el enfoque individualista de protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación, transitando hacia uno grupal. De hecho, el boletín reconoce expresamente que la acción puede ser deducida por la persona o grupos de personas afectadas, tal como otrora se había discutido en la tramitación original de la Ley⁴⁴². Éste es el fundamento que justifica la ampliación de la legitimación activa, permitiendo que personas jurídicas sin fines de lucro presenten la acción, siempre y cuando, la discriminación afecte de forma colectiva a diversos grupos, o de forma difusa.

En segundo lugar, respecto de su procedencia, existe una notable ampliación del concepto de discriminación, por cuanto ya no sólo se entenderá como tal a la discriminación directa, sino también a la indirecta y a la estructural. Además, se regula la hipótesis en que una persona puede verse expuesta a diversas situaciones de discriminación -denominadas como discriminación múltiple o agravada-, junto a

⁴⁴¹ Éste correspondería al artículo 10, inciso tercero, de la ley, en el caso de aprobarse el proyecto en los términos propuestos.

⁴⁴² José Díaz de Valdés Juliá. *Igualdad constitucional...*, p.278.

una hipótesis específica, relacionada con las terapias de conversión. En esta línea, la ampliación producirá un efecto práctico importante, el cual es aumentar la cantidad de casos de discriminación susceptibles de recibir tutela estatal, lo cual tal como se ha señalado a lo largo de este trabajo, es uno de los puntos más críticos de la actual regulación.

Además, se resuelve el problema interpretativo acerca de las categorías sospechosas, por cuanto, el proyecto estima que la discriminación arbitraria “merecerá especial reproche cuando se funde en motivos tales como el racismo, la pertenencia étnica”, entre otros. De aquello se interpreta que “el que una categoría sea sospechosa no significa que siempre, a todo evento, su empleo será contrario a la Constitución. La constatación de haberse usado por alguna autoridad o persona este tipo de categorías hace presumir, sí, la posible existencia de una discriminación”⁴⁴³.

En tercer lugar, y relacionado con dicha presunción, el proyecto plantea un desplazamiento de la carga probatoria, que consiste en la denominada carga de justificación, en virtud de la cual, será el demandado el que deberá probar que la distinción fue legítima, razonable y proporcionada. Esto está en directa sintonía con el desarrollo propio del derecho discriminatorio tanto a nivel internacional como comparado. Además, en dicho sentido, se deroga la multa en contra del denunciante. Por lo tanto, es posible deducir que se reafirma el rol protector de las personas discriminadas, tomando en consideración la desigualdad en la que se encuentran para la producción de pruebas.

En cuarto lugar, respecto de las medidas de reparación, por un lado, es posible notar un aumento en los montos de la multa a beneficio fiscal, en el caso de haberse acreditado la existencia de una discriminación arbitraria, lo cual busca tener un mayor impacto disuasivo. Por otro lado, se reconocen expresamente las reparaciones de índole simbólica -como lo serían las disculpas públicas- y también preventivas -las cuales, buscan evitar que ocurran nuevos actos discriminatorios, bajo la modalidad de garantías de no repetición-.

Finalmente, como mayor corrección del procedimiento actual, se regula expresamente la posibilidad de demandar daños de índole pecuniario derivados del acto discriminatorio, de forma conjunta a la acción de no discriminación. Estimo, en consecuencia, que en el proyecto sí existe una visión de reparación integral de la víctima, en todos sus ámbitos, considerando la especial relevancia que esta guarda en los procesos discriminatorios. Esto podrá reflejarse directa y expresamente en los casos en que sea un órgano del Estado sin patrimonio propio el que cometa el acto discriminatorio -por cuanto, la multa a beneficio fiscal en dicha situación carece de toda lógica-, o cuando la situación de discriminación sea irrevocable.

⁴⁴³ Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley 20.609. Segundo Trámite Constitucional* (Valparaíso: 2012), p.677.

En conclusión, estimo que las modificaciones propuestas permiten un verdadero cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, de la protección judicial, con las garantías ya señaladas. De esta forma, la variedad de medidas de reparación permite plantear una mayor adecuación de estas a las diversas situaciones de discriminación, muchas de las cuales, no pueden ser reparadas como efecto de la legislación actual. Además, la efectiva protección que debe otorgar el procedimiento se logra ampliando las modalidades que puede adoptar la discriminación, permitiendo impactar y transformar la realidad social hacia una más tolerante e inclusiva.

Junto a aquello, la obligación de adoptar medidas positivas por parte de los órganos del Estado, y el establecimiento de una autoridad encargada de implementar una política antidiscriminatoria, permiten sostener que se busca garantizar de forma plena el ejercicio de este derecho fundamental, tomando en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de estos grupos discriminados, y cumpliendo con las obligaciones internacionales que derivan de la Convención. Por esa razón estimo que es urgente aprobar lo más pronto posible las modificaciones propuestas.

De todo lo anterior se concluye que las modificaciones propuestas están en directa sintonía con la jurisprudencia de la Corte IDH, con los diversos tratados especiales de discriminación al respecto y, además, del Pacto de San José. Espero, entonces, que el proyecto sea aprobado en dichos términos y que, en el caso de ser así, la jurisprudencia no restrinja sus facultades de la misma forma en que lo realiza actualmente, ya que de nada servirán estos cambios si los jueces tampoco los aplicarán en los casos que conozcan. En ese sentido, es relevante que el proyecto incluya una obligación del Poder Judicial de capacitar de forma constante a los tribunales en esta materia, para una mejor y acertada resolución de los casos de discriminación, los cuales, en su mayoría, resultan ser bastante complejos.

CONCLUSIONES.

En el desarrollo de este trabajo investigativo, se ha intentado constatar los contenidos propios de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la no discriminación. Ello resulta relevante para la configuración de una acción que tenga por objetivo enfrentar a la discriminación en un país. En razón de lo anterior, se presentan las siguientes conclusiones:

1. Sin perjuicio de las discusiones en torno al contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva, y de sus relaciones con el debido proceso, existe consenso doctrinario en señalar que esta garantía constituye una condición de legitimidad de los Estados actuales, que permite consolidar la paz social y disminuir la utilización de mecanismos de autotutela.

En cuanto derecho fundamental, éste produce un efecto que irradia a todo el ordenamiento jurídico, en particular, en la protección judicial de los intereses y derechos de las personas. De esta forma, la actividad jurisdiccional debe estar orientada a mejorar las condiciones de acceso a la justicia y al cumplimiento de los fallos en sus propios términos, además de garantizar el ejercicio de los recursos legalmente establecidos.

2. La configuración de los procedimientos se debe realizar tomando en consideración la posición real en la que se encuentran las personas afectadas, ya que, sostener lo contrario, provoca que las herramientas judiciales de tutela repliquen las situaciones de discriminación que sufren los ciudadanos, cuestión que frustra el derecho de acceso a la justicia y, consecuentemente, la tutela judicial efectiva.

3. La Corte IDH reconoce la existencia de este derecho fundamental y su regulación a propósito del artículo 25 de la Convención. A partir de él, ha entendido que le integrarían las garantías de efectividad, idoneidad, sencillez y rapidez, todas las cuales tienen por finalidad mejorar la protección judicial que los Estados otorguen de los derechos fundamentales de las personas.

4. El derecho a la igualdad se caracteriza por ser uno de contenido esencialmente vacío y que permite realizar un juicio relacional entre dos elementos distintos entre sí.

Han surgido, sin embargo, dos dimensiones en que se puede entender este derecho. En primer lugar, la noción de igualdad formal, cuyo origen se remonta fundamentalmente a la Revolución Francesa, conlleva un mandato general de aplicación que consiste en que todas las personas deben ser tratadas como iguales, cuando se encuentren en la misma situación. A contrario sensu, las personas en distinta situación deben ser tratadas de forma diversa. En segundo lugar, la noción de igualdad sustantiva surge ante la insuficiencia del mandato anterior, e implica tomar en consideración la posición real fáctica en que se encuentran las personas para poder materializar en los hechos la igualdad de los ciudadanos, lo que puede exigir incluso establecer diferencias para poder lograrlo.

5. La discriminación, ligado a lo anterior, merece ser reprochada cuando esta sea arbitraria y carezca de todo fundamento objetivo posible. La principal causa de las discriminaciones responde a la reproducción

de prejuicios y estereotipos en contra de algunos grupos en nuestra sociedad, mirados como inferiores. Ello provoca que estos colectivos vean vulnerados sus derechos fundamentales tanto en un ámbito privado como en lo público. Además, la discriminación puede tomar distintas modalidades, destacándose la forma directa, indirecta y estructural.

6. El derecho antidiscriminatorio surge a propósito de las consecuencias gravísimas que la discriminación puede provocar, y busca desarrollar herramientas de técnica legislativa que permitan proteger a las personas que sufren los fenómenos discriminatorios. Ello ha sido complementado por su consagración en diversos instrumentos a nivel internacional sobre derechos humanos.

7. Nuestro país recogió la protección del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. No obstante, esto ocurrió de forma sectorizada, como forma de protección a un grupo en particular, sin contar con una normativa de aplicación general.

La Ley Antidiscriminación, en ese sentido, busca establecer un marco legislativo de aplicación generalizada para enfrentar la discriminación. Sin embargo, en los ya casi 10 años desde su publicación, han ingresado una baja cantidad de causas al sistema de justicia formal, al mismo tiempo, que tampoco ha impacto en los niveles de intolerancia y discriminación en nuestro país.

8. La doctrina, en función de ello, critica fuertemente la legislación antidiscriminatoria. En particular, la propia práctica judicial permite sostener que la Ley Zamudio no cumple con su finalidad de combate a la discriminación ni otorga medida de reparación integral a las personas afectadas, lo cual es consecuencia de la técnica legislativa.

9. En consecuencia, la regulación de la LAD infringe abiertamente las garantías de protección judicial establecidas por la Corte IDH, específicamente, las referidas a la idoneidad y efectividad de los recursos. Ello deriva de la falta de contenidos básicos del derecho antidiscriminatorio, y la ausencia de medidas que permitan mejorar el ejercicio equitativo del derecho de acceso a la justicia.

Por ese motivo, la Ley Antidiscriminación es una herramienta totalmente ineficaz para la protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación, lo que se suma a su nula capacidad de producir cambios sociales.

10. En dicho contexto, es urgente aprobar el proyecto de reforma legislativo de la LAD, que se encuentra en actual tramitación en la Cámara del Senado. Dicha iniciativa mejora sustancialmente las herramientas de protección del derecho a la igualdad y permite cumplir las garantías que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva.

Aquello no sólo produce como consecuencia un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales que nuestro país ha adquirido por medio de los tratados respectivos, sino que también permitirá evitar que Chile tenga que lamentar, una vez más, otro crimen de odio gravísimo en contra de una persona, tal como ocurrió con el joven DANIEL ZAMUDIO.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguirre Guzmán, Vanesa. El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, en *Revista de Derecho N°14* (Quito: 2011), pp.5-43.

Aguirrezabal, Maite, Aplicación del principio pro actione como elemento garantizador de la tutela judicial efectiva en el acceso al recurso”, en *Revista Chilena de Derecho Privado N°29* (Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri de la Universidad Diego Portales, 2017), pp.363-370.

Andreu-Guzmán, Federico, y Christian Courti, “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, en *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia* (Buenos Aires, Defensoría General de la Nación; 2008), pp.51-60.

Añón Roig, María, “Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio”, en Alberto Iglesias Garzón (coord.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX, tomo IV, vol. V, libro II*, (2013a), pp.613-671.

_____, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en *Revista Isonomía N°39* (México: 2013b), pp.127-157.

Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (New York; Oxford University Press, 2002).

Allport, Gordon. *La Naturaleza del Prejuicio* (Buenos Aires; Editorial Eudeba, 1971).

Álvarez Jofré, Ana. *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en Chile en el caso de los migrantes indocumentados* (Santiago, Universidad de Chile; 2020).

Álvaro de Oliveira, Carlos. “El derecho a la tutela jurisdiccional desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho vol. XXII N°1* (Valdivia: Universidad Austral de Chile, 2009), pp.185-201.

Arámbula Reyes, Alma, Cándida Bustos Cervantes, Efrén Corona Aguilar, y Gabriel Santos Villarreal. *Acciones Afirmativas* (México: Servicios de Investigación y Análisis, 2008).

Arroyo Vargas, Roxana. *Aplicabilidad de la normativa sobre la violencia contra la mujer en Centroamérica*, (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid; 2001).

Barrére Unzueta, María, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acciones positivas en favor de las mujeres* (Madrid: Civitas, 1997).

_____, *Problemas del derecho antidiscriminatorio. Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*. (País Vasco: 2003).

Bayefsky, Anne F., “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2 (Reino Unido: Oxford University Press, 1990), pp.1-34.

Benadava, Santiago. *Derecho internacional Público*, 8°ed. (Santiago: Abeledo Perrot, 2004).

Berizonce, Roberto Omar. *Efectivo acceso a la justicia* (La Plata: Editora Platense, 1987).

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la ley 19.284. Primer trámite constitucional* (Valparaíso: 1994).

_____. *Historia de la ley 19.759. Primer trámite constitucional* (Valparaíso: 2001).

_____. *Historia de la ley 19.828. Primer trámite constitucional* (Valparaíso: 2002).

_____. *Historia de la Ley 20.609. Primer trámite constitucional*. (Valparaíso: 2012).

_____. *Historia de la Ley 20.609. Segundo Trámite Constitucional* (Valparaíso: 2012).

Blackwell, Christopher, Janice L. Ricks, y Sophia F. Dziegielewski, Discrimination of Gays and Lesbians: A Social Justice Perspective. En *Journal of Health & Social Policy*, Vol. 19(4), (2004), pp.27-43.

Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*, (Barcelona; Ediciones Paidó, 1993).

Bolaños Enríquez, Tania, y Ariel Charry Morales, “Prejuicios y homosexualidad, el largo camino hacia la adopción homoparental. Especial atención al caso colombiano”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 16 N°1, (Chile; Universidad de Talca, 2018), pp.395-424.

Bordalí Salamanca, Andrés. “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista chilena de derecho*, vol.38 N°2 (Santiago; Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011), pp.311-337.

Borge, Mariela. “La discriminación positiva: ¿Acción afirmativa o acción segregacionista?”, en *Éxito Empresarial N°204* (Costa Rica: CEGESTI, 2012), pp.1-3.

Bustelo García del Real, Carlota, “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Aurelio (comp): *Garantía Internacional de Los Derechos Sociales. Contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*. (Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990), pp. 209-225.

Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945).

Calsamiglia, Albert, “Sobre el principio de igualdad”, en *El fundamento de los derechos humanos, Debate*, coords. Muguerza, Javier, y otros (Madrid, 1989).

Carbonell, Flavia, y Raúl Letelier. “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, ed. Pablo Contreras y Constanza Salgado (Santiago: Tirant lo Blanch, 2020), pp.347-380.

Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. (México: Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005).

Carmona Cuenca, Encarnación, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 84, (España, 1994), pp.265-285.

Carrasco Durán, Manuel. “La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista de Derecho Político N°107* (Madrid: UNED, 2020), pp.13-40.

Casas Becerra, Lidia, y Catalina Lagos Tschorne. “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, en *Anuario de derechos humanos N°10* (Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: 2014), pp.127-137.

Casas Martínez, María de la Luz, “Prejuicios, estereotipos y discriminación. Reflexión ética y psicodinámica sobre la selección de sexo embrionario”, en *Acta Bioethica 14 (2)*, (Chile; Universidad de Chile, 2008), pp.148-156.

Cea Egaña, José Luis. *Derecho constitucional chileno, tomo II*, (Santiago de Chile; Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).

Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, (Chile, Universidad Diego Portales: 2013).

Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, (Barcelona, S.A. Bosch: 1994).

Coddou, Alberto, “Derecho a la igualdad ante la ley”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, coords. Pablo Contreras y Constanza Salgado (Chile: Tirant lo blanch, 2020), pp.243-277.

Cofré Pérez, Leonardo. “Derechos a la tutela judicial y a la asistencia jurídica”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, ed. Pablo Contreras y Constanza Salgado (Santiago: Tirant lo Blanch, 2020), pp.250-272.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, *La discriminación y el derecho a la no discriminación*, (México, 2012).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Examen Periódico Universal de Chile* (ONU, 2009).

Córdova Molina, Diego. “Repensar la igualdad democrática: isonomía, isegoría, isotimia”, en *Colección, 20(25)* (Argentina, 2015). <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/repensar-igualdad-democratica-isonomia.pdf>. (Consultado el 10 de octubre de 2020).

Covarrubias, Savka y Felipe Saldías, “Ley antidiscriminación y la necesidad de repensar la carga probatoria: un problema invisibilizado”, en *La Prueba en los Procedimientos*, ed. María E. Santibáñez y Ximena Marcazzolo (Santiago, Chile: 2019), pp.282-323.

Courtis, Christian. “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, en *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*, Ed. María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma Editoras (Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), pp.457-496.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4° ed.* (Santiago: Editorial Metropolitana, 2014).

Cruz Eberhard, Gonzalo. *El derecho al recurso en el proceso civil: una mirada desde el ejercicio de la jurisdicción, e debido proceso y la tradición jurídica continental.* (Santiago, Universidad de Chile: 2020).

De La Madrid, Ricardo. *Reporte sobre la Discriminación en México.* (México, CIDE-CONAPRED: 2012).

Del Pino Pacheco, Mireya, *Catálogo de medidas para la igualdad.* (México; SEGEOB, 2015).

Del Real, Alberto. “El derecho a la tutela judicial efectiva. Teoría general”. En *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, ed. Francisco Lledó Yagüe, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Juan Mendoza Díaz (Madrid, Dykinson: 2020), pp.21-38.

Díaz de Valdés Juliá, José, “¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, en *Revista Actualidad Jurídica N°28* (Chile, Universidad del Desarrollo: 2013), pp.279-297.

_____, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol.42 N°1. (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso: 2014), pp.149-186.

_____, “Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia”, en *Revista Estudios Constitucionales Año 15, N°2* (Chile, Universidad de Talca: 2017), pp.447-488.

_____, *Igualdad constitucional y no discriminación*. (Santiago, Tirant lo Blanch: 2019).

Díaz García, Iván, “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, en *Revista Ius et Praxis, Año 18, N°2*, (Talca, Universidad de Talca; 2012), pp.33-76.

_____, “Ley Chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N°2*, (Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile: 2013), pp.635-668.

Díaz Revorio, Francisco, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, (España, Tirant lo Blanch: 2015).

Dirección de Estudios de la Corte Suprema, *Análisis Estadístico de la Ley 20.609. Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia*. Santiago: 2017.

Echandía, Devis. *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de proceso*. (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002).

Elizondo García, Fernando. “El derecho a la igualdad, el principio de no discriminación y los grupos en situación de vulnerabilidad en México”, en *La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, comp. Minerva Martínez Garza y Fernando Elizondo García (México, Universidad Autónoma de Nueva León-Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nueva León: 2015), pp.9-27.

Esparza Leibar, Iñaki. *El principio del proceso debido* (Castellón de la Plana, Universitat Jaume I: 1994).

Esparza Reyes, Estefanía, *El derecho fundamental a la igualdad como no subordinación: un planteamiento de interpretación constitucional*, (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2012).

Faundez Ledesma, Héctor. *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. (Caracas, Universidad Central de Venezuela: 2007).

Feito, Lydia, “Vulnerabilidad”. En *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 30, n° 3 (España; 2007), pp.7-22.

Fernández González, Miguel Ángel. *Principio constitucional de la igualdad ante la ley* (Santiago, LexisNexis: 2004).

Fernández Poncela, Anna, “Las acciones afirmativas en política”, en *Publicación Feminista Mensual Año 21 N°169* (México: FEM, 1997), pp. 6-8.

Figueroa Bello, Aída, “Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, (México, 2012), pp.123-167.

Figueruelo Burrieza, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. (Madrid, Tecnos: 1990).

Fundación IDEAS. *Segunda encuesta de intolerancia y discriminación en Chile* (Santiago: 2002).

García Pino, Gonzalo, y Pablo Contreras Vásquez. “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°2 (Talca: Universidad de Talca, 2013), pp.229-282.

Gauché Marchetti, Ximena. “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 5, N°1 (Chile, Universidad Católica de Temuco: 2015), pp.11-58.

Gimeno Sendra, Vicente. *Introducción al Derecho procesal (con la colaboración de Manuel Díaz Martínez)*, 6° ed. (Madrid, Colex, 2010).

Gonzales, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en *Revista de Derecho y Sociedad* N°18. (México, Universidad Nacional Autónoma de México: 2002), pp.71-79.

González Álvarez, Roberto. El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal, en *ARS BONI ET AEQUI*, vol. 7, N°2 (Santiago, Universidad Bernardo O’higgins; 2011), pp.199-235.

González Coulon, María de los Ángeles, *La carga dinámica de la prueba y sus límites: en especial el límite impuesto por la no autoincriminación*. (Santiago: 2012).

González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, (Madrid: Civitas, 2001).

Hernández Martínez, María, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)”, En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* número 81, (México: 1994).

Hidalgo Rojas, Alexis, *Revisión crítica de la legislación en cuanto a equidad de remuneraciones entre hombres y mujeres* (Santiago, Universidad de Chile; 2018).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Módulo I: Los derechos humanos: caracterización, alcances y personas sujetas de protección. Unidad 3: Protección de derechos humanos para grupos en situación de vulnerabilidad”, en *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes* (San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos: 2014), p.26.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. “Manifestaciones de discriminación racial en Chile: un estudio de percepciones”, en *Informe Anual sobre Situación de los Derechos Humanos en Chile* (Santiago, INDH: 2017), pp.13-34.

Jáuregui, María, *Acción de no discriminación y jurisprudencia dictada entre julio de 2012 y julio de 2017*. (Santiago, Universidad de Chile: 2017).

Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 9, (Madrid, 1983), pp.71-114.

Latorre Pérez, Sebastián, “El derecho a la igualdad. Conceptos y percepción en Chile”, en *Reflexión y Debate de Centro Democracia y Comunidad*, N°17, (2017), pp.1-45.

Marcheco Acuña, Benjamín. “La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana”, en *Estudios Constitucionales Vol. 18, N°1*. (Guayaquil; 2020), pp.93-144.

Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. (Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: 2003).

Mendieta Miranda, Maximiliano. “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, en *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, Año 4 número 10 (Guadalajara, Universidad de Guadalajara: 2019), pp.153-180.

Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada. “Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, en *Ius et Veritas N°39* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú: 2009), pp.318-329.

Milione, Cirio. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. (Valencia, Tirant Lo Blanch: 2015).

Ministerio de Desarrollo Social y Familia. *Encuesta CASEN 2015, Inmigrantes* (Chile: 2015).

_____. *Encuesta CASEN 2015, Pueblos Indígenas* (Chile: 2015).

_____. *Encuesta CASEN 2017, Discapacidad* (Chile: 2017).

_____. *Encuesta CASEN 2017, Orientación Sexual e Identidad de Género* (Chile: 2017).

Ministerio Secretaría General de Gobierno. *Primera consulta ciudadana sobre la discriminación en Chile*. (Santiago: 2013).

Molina G., René. *Reflexiones sobre una visión constitucional sobre el proceso y su tendencia jurisprudencial*. (Caracas, Ediciones Paredes; 2002).

Montero Aroca, Juan, y José Flors, *Amparo constitucional y proceso civil*, 2º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

Montes Berges, Beatriz, “Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio”, en *Revista electrónica Iniciación a la Investigación*, número 3º, (2008).

Moreno Vida, María Nieves “El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Temas Laborales*, número 145 (Andalucía: 2018), pp.87-119.

Morrow, D., “Older gays and lesbians: Surviving a generation of hate and violence”, en *Journal of Gay & Lesbian Social Services*, 13(1/2), (2001), pp.151-169.

Mosquera, Mario, y Cristián Maturana. *Los recursos procesales*, 2º ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012).

MOVILH. *Primera Encuesta Nacional: Diversidad Sexual, Derechos Humanos y Ley contra la Discriminación* (Chile: 2013).

Muñoz León, Fernando, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre la Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, en *Revista de Derecho* Vol. 28 N°2 (Chile, Universidad Austral de Chile: 2015), pp.145-167.

_____, “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación” en *Revista de Derecho Vol. 31, N°2* (Chile, Universidad Austral de Chile: 2018), pp.175-192.

Nash Rojas, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, 2° ed., (Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos-AECID-Embajada de España en Chile: 2009).

_____. “Protección multinivel de derechos humanos en el Sistema Interamericano: existencia de esta protección en el ámbito internacional y nacional”, en *Diálogo entre jurisdicciones*. Coord. Gonzalo Aguilar. (Santiago, Editorial Librotecnia: 2014).

Nash Rojas, Claudio, y Valeska David C., “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Derechos Humanos y Juicio Justo*. Eds. Claudio Nash e Ignacio Mujica. (México, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos-COLAM-Organización Interamericana Universitaria: 2010).

Nash Rojas, Claudio, y Constanza Núñez Donald. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica* (México, UBIJUS editorial; 2015).

_____. “Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile”, en *Estudios Constitucionales, Año 16, N° 2*, (Chile; Universidad de Talca, 2018), pp.221-270.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et praxis, año 2, N°2* (Talca: Universidad de Talca, 1997).

_____, “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 13, N°2* (Coquimbo: 2006), pp.61-100.

Nieto, Ricardo y Osvaldo Parada. *Análisis de la Ley N°20.609. Ley Antidiscriminación o Ley Zamudio*. (Santiago, Universidad de Chile: 2013).

Núñez Pacheco, Melissa, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013).

Núñez Ojeda, Raúl, y Pablo Bravo. “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las Cortes de Apelaciones: Una primera aproximación” en *Recursos Procesales. Problemas Actuales*. Coords. Jordi Delgado y Raúl Núñez. (Santiago: Der Ediciones, 2017).

ONU MUJERES. La igualdad de género, <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Igualdad%20de%20Genero.pdf> (Consultado el 10 de octubre de 2020).

Ordoñez Solís, David, Miguelina Ureña Núñez, Bernabel Moricete Fabián, Hermógenes Acosta de los Santos, Pilar Jiménez. Carlos Batista, Ellys G. Coronado y Mariloy Díaz. *El amparo judicial de los derechos fundamentales en un sociedad democrática* (Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura; 2006).

Ormazabal Sánchez, Guillermo. *Introducción al derecho procesal. 4ª ed.* (Madrid: Marcial Pons, 2010).

_____. *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil.* (Madrid, España: 2011).

Ortega González, Diosnara. “Envejecimiento y trato hacia las personas mayores en Chile: una ruta de la desigualdad persistente”, en *Sophia Austral N°22, 2º Semestre* (Punta Arenas, Universidad de Magallanes: 2018), pp.223-246.

Ortells Ramos, Manuel. “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, en *Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1* (Talca, Universidad de Talca; 2010), pp.395-440.

Ortells, Manuel, Juan Cámara y Ricardo Juan. *Derecho procesal. Introducción.* (Valencia: Ediciones Nomos, 2008).

Ossandón Widow, María, “Igualdad”, en *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa* (Santiago; Editorial Jurídica de Chile, 2011).

Palacios Plaza, Valentina, y Belén Quezada Arzola, *Efectos y alcances del principio de no discriminación en el Derecho Laboral Chileno*, (Santiago de Chile; Universidad de Chile, 2019).

Palomo Vélez, Diego. *Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: Caso Barrios Altos y Castillo Petruzzi*, en *Ius et Praxis*, vol.8, N°2 (2002). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200009&lng=es&nrm=iso (Consultado el 20 de diciembre de 2020).

Pelletier Quiñones, Paola, “La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 60* (IIDH: 2014), pp.205-215.

Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales* (Madrid, Tecnos: 2004).

_____. *Dimensiones de la igualdad*, (Madrid; Dykinson, 2007).

Pérez Portilla, Karla, “Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja”, en *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, coords. Carol Arriaga y Jorge Carpizo, (México, 2015), pp.655-674.

Peyrano, Jorge, “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas Probatorias dinámicas*. (Buenos Aires: 2004), pp.179-192.

Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: J.M. Bosch, 1987).

Quintero Mosquera, Diana, “O todos en la cama, o todos en el suelo: del derecho a la igualdad al respecto de la diferencia”, (2016), https://www.researchgate.net/publication/297759529_El_derecho_a_la_igualdad (Consultado el 1 de octubre de 2020).

Resnick, Philip, “Isonomía, isegoría, isomoiría y democracia a escala global”, en *revista Isegoría* N°13, (1996), pp.170-184.

Rey Martínez, Fernando, “El principio de igualdad en el contexto de las crisis del Estado social: diez problemas actuales”, en *La metamorfosis del Estado y del Derecho, fundamentos* N°8, coord. Miguel Ángel Presno Linera (España, 2014), pp.289-312.

Riedemann, Andrea, y Carolina Stefoni. “Sobre el racismo, su negación, y las consecuencias para una educación anti-racista en la enseñanza secundaria chilena”, en *Revista Latinoamericana Polis, Volumen 14, N° 42* (Chile, Universidad de Los Lagos: 2015), pp.191-216.

Rodríguez Grez, Pablo, “Sobre discriminación arbitraria”, en *Revista Actualidad Jurídica* N°28 (Chile, Universidad del Desarrollo: 2013), pp.187-205.

Rodríguez Lozano, Luis. *La tutela judicial efectiva en materia de derechos político-electorales*. (México, Tirant lo Blanch: 2013).

Rodríguez Zepeda, Jesús, *Un marco teórico para la discriminación*, (México; Colección Estudios, 2006).

_____, *La otra desigualdad. La discriminación en México*, (México: Conapred, 2011).

Romero Seguel, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. (Santiago: Thompson Reuters, 2014).

Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 31, enero-abril, (España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991), pp.9-36.

Ruiz Carbonell, Ricardo “La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México”, en *Derechos Humanos. Temas y problemas*. Coord. Consuelo Maqueda y Víctor Martínez, (México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010), pp.69-136.

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, y María José Carazo Liébana. *El derecho a la tutela judicial efectiva* (Valencia, Tirant lo Blanc, 2013).

Saba, Roberto, “(Des) Igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades N°11* (Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: 2005), pp.123-147.

Salomé Resurrección, Liliana, “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural”, en *Revista Pensamiento Constitucional número 22*, (Perú; Universidad Católica del Perú, 2017), pp. 255-290.

Seco Martínez, José María, “De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar”, en *Revista Derechos y Libertades*, Número 36, Época II, (Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas, 2017), pp.55-89.

Sepúlveda Zepeda, Paulina. *Estudio de Elementos determinantes que influyen en la expedita tramitación de una ley en Chile: Caso Daniel Zamudio* (Chile: Universidad de Chile, 2016).

Serra Domínguez, Manuel. “Prólogo a la 1º edición de las garantías constitucionales del proceso” en *Las garantías constitucionales del proceso*, Joan Picó i Junoy, 2º ed. (Barcelona, J.M. Bosch: 2011), pp.19-21.

Shelton, Dinah, “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos N°4* (Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2008), pp.15-39.

Solís, Patricio. *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad* (México, SEGOB-CEPAL-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación: 2017).

Tórtora Aravena, Hugo. *Proyecto de ley anti-discriminación: algunas ideas importantes* (Chile: 2012), <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/proyecto-de-ley-antidiscriminacion-algunas-ideas-importantes/>. (Consultado el de marzo de 2021).

Vallespín, David. *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil* (Barcelona, Atelier: 2002).

Vargas, Abraham, *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. Córdoba: 2009.

Verdugo Marinkovic, Mario, Emilio Pfeffer Urquiaga, y Humberto Nogueira Alcalá, *Derecho constitucional, tomo I, segunda edición*, (Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 2002).

Vial Solar, Tomás, “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”, en *Anuario de Derechos Humanos N°9* (Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: 2013), pp.183-191.

Vignoles, Sebastián. *La regla del previo agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de derechos humanos*. (2015).

<http://rehip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/5439/vignoles.pdf?sequence=3> (Consultado el 25 de diciembre de 2020).

Normativa Citada

Boletín legislativo N°12.748-17, de 3 de julio de 2019.

Decreto N°83/2015 del Ministerio de Educación, que aprueba criterios y orientaciones de adecuación curricular para estudiantes con necesidades educativas especiales de educación parvularia y educación básica, de junio de 2015.

Decreto supremo N°100 que fija la Constitución Política de la República, 22 de septiembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 30 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio del Trabajo y Previsión social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, 31 de julio de 2002.

Ley N°1.552 que establece el Código de Procedimiento Civil, 30 de agosto de 1902.

Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación, 24 de julio de 2012.

Jurisprudencia Extranjera Citada.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 109/1987, de 29 junio de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 167/1987, de 28 octubre de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 141/1988, de 29 de junio de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 34/1990, de 26 de febrero de 1990.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 24/1994 de 27 de enero de 1994.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 174/1995, de 23 de noviembre de 1995.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 8/1998, de 13 de enero de 1998.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 9/1998, de 13 de enero de 1998.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 50/1998, de 2 de marzo de 1998.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 119/1998, de 4 de junio de 1998.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 63/1999, de 26 de abril de 1999.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 88/1999 de 26 mayo de 1999.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 115/1999, de 14 junio de 1999.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 17/2000, de 31 de enero de 2000.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 196/2000, de 24 de julio de 2000.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 207/2000, de 24 de julio de 2000.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 144/2001, de 18 de junio de 2001.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 15/2002, de 28 de enero de 2002.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 156/2002, de 23 julio de 2002.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 164/2002, de 17 de septiembre de 2002.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 140/2003, de 14 julio de 2003.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 214/2003, de 1 de diciembre de 2003.
Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 217/2007, de 8 de octubre de 2007.

Jurisprudencia Internacional Citada.

Comité de Derechos Humanos. Observación General 18. No discriminación (1989).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, El habeas corpus bajo suspensión de Garantías. Opinión Consultiva 8/87, del 30 de enero de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Garrido y Baigorria vs Argentina. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva 16/99, del 1 de octubre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional vs Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza vs Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva 18/03, del 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Instituto de reeducación del menor vs Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005. Fondos, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Boyce y otros vs Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman Vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mejía Idovro vs. Ecuador. Sentencia de 5 de julio de 2011. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas con Estado de Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Fondo, reparaciones y costas.