

OFICIO N° 8- 2021

INFORME PROYECTO DE LEY N° 39-2020

ANTECEDENTE: BOLETÍN N° 12.748-17.

Santiago, 19 de enero de 2021.

Por Oficio N° DH/358/20 de fecha 16 de diciembre de 2020, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, Sr. Juan Ignacio Latorre Riveros puso en conocimiento de esta Excma. Corte Suprema en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N°18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el proyecto de ley denominado *“Proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación”* (boletín N°12.748-17).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 18 de enero en curso, presidida por el subrogante señor Sergio Muñoz Gajardo y con la asistencia de los ministros señor Brito, señora Sandoval, señores Fuentes y Blanco, señora Muñoz S., señores Valderrama y Prado, señora Vivanco, señor Carroza y suplentes señores Biel, Muñoz P. y Shertzer acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS,
NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA
DEL SENADO,
SEÑOR JUAN IGNACIO LATORRE RIVEROS_
VALPARAÍSO**



“Santiago, dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

Primero. Que, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, Sr. Juan Ignacio Latorre Riveros, mediante Oficio N° DH/358/20 de fecha 16 de diciembre de 2020, puso en conocimiento de esta Excma. Corte Suprema en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N°18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el proyecto de ley denominado “*Proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación*” (boletín N°12.748-17).

Actualmente, la iniciativa se encuentra en primer trámite constitucional ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, la cual emitió su primer informe el 04 de septiembre de 2020. La iniciativa no cuenta con urgencia para su tramitación.

Segundo. Motivación y contenido del proyecto.

La moción parlamentaria tiene como fundamento la escasa aplicación práctica de la acción judicial consagrada en la Ley N°20.609. En este sentido en la iniciativa se expresa que: “*Un estudio elaborado por Fundación Iguales, dado a conocer en julio de 2018, da cuenta de la escasa aplicación práctica de la acción judicial consagrada en la ley. A partir de cifras obtenidas del Poder Judicial, el estudio muestra que desde la entrada en vigencia y hasta el 31 de diciembre de 2017, se ingresaron 319 demandas de las cuales solo 90 tienen sentencia.*”¹. A pesar de la falta de aplicación práctica de la acción en cuestión, en la moción se afirma que diversos estudios, de instituciones tales como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y del Ministerio Secretaría General de Gobierno, demuestran que existe una percepción amplia de discriminación y racismo en el país, señalándose en uno de éstos que el 31% de los encuestados declaró haber discriminado a alguien, mientras que un 52% de los consultados respondió haberse sentido discriminado².

En este orden de ideas la moción, para justificar el proyecto de ley, concluye que “*Los datos muestran que, ante la existencia del fenómeno de la discriminación, se requiere mejorar los mecanismos para su erradicación. En este*

¹ Boletín N° 12.748-17. Moción parlamentaria. p. 2.

² Ibid. p. 2 y 3.



*sentido, la ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación, ha presentado problemas de configuración desde su dictación los cuales han sido destacados por la academia y la sociedad civil*³.

En razón de las consideraciones anteriores, el proyecto tiene por objeto introducir modificaciones a la Ley N°20.609, “...*para fortalecer la prevención de la discriminación, y promover y garantizar de mejor manera el principio de igualdad, dotando de mayor eficacia a la acción de no discriminación arbitraria que consagra la ley*”⁴.

En términos generales la moción propone: (a) Modificar el propósito de la ley; (b) Mejorar la definición de discriminación arbitraria y la referencia a las categorías sospechas, ajustándolas a lo establecido en los tratados internacionales; (c) Suprimir la excepción al principio de no discriminación establecido en el inciso final del artículo segundo; (d) Invertir la carga de la prueba, bastando la aportación de indicios suficientes de la existencia de una acción u omisión de discriminación arbitraria; (e) Aumentar el monto máximo de la multa que puede fijar el juez contra las personas que han cometido actos u omisiones de discriminación arbitraria; (f) Establecer el deber de la judicatura de otorgar una indemnización de perjuicios a la persona afectada por un acto u omisión de discriminación arbitraria; y (g) Suprimir la sanción contra el recurrente que es vencido en juicio.

En la versión aprobada por la Comisión y remitida a esta Corte Suprema, sin embargo, la moción amplía y profundiza las modificaciones. Es así como consta de tres artículos permanentes, que se ocupan de modificar la Ley N°20.609, el Código Penal y el Código del Trabajo. En específico, se reemplazan los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 11, 13 y 14, se modifican los artículos 10 y 12, se incorporan los nuevos artículos 2° bis, 3° bis, 3° ter, 3° quáter, 5° bis, 5° ter, 5° quáter, 5° quinquies, 5° sexies, 5° septies, 12 bis y 14 bis y se suprime el artículo 18, todos de la Ley N°20.609; se modifica el numeral 21° del artículo 12 del Código Penal; y se modifica el inciso 4° del artículo 2° del Código del Trabajo.

Dentro de las modificaciones propuestas a la Ley N°20.609, se incluye, entonces, además de las contenidas en la moción: (1) La incorporación de las distintas formas de discriminación; (2) Establecimiento de reglas del Código de Procedimiento Civil como supletorias; (3) Ampliación de la legitimidad activa; (4) Reglas de incompatibilidad con otras acciones; (5) Modificaciones al

³ Ibid. 3.

⁴ Ibídem.



procedimiento, incorporando excepciones e incidentes; (6) Incorporación de diversas medidas que puede tomar el juez en la sentencia para reparar la discriminación arbitraria; entre otras.

Tercero. Análisis de la propuesta.

En el Oficio remitido, se consulta al presidente de la Corte Suprema respecto de la iniciativa y particularmente, acerca de los artículos: 3° ter, relativo al tribunal competente para conocer de la acción; 5° ter, que establece la incompatibilidad de la acción de no discriminación arbitraria con otras acciones; 12, incisos tercero y cuarto, que prescribe diversas medidas que puede adoptar el tribunal al declarar que existió discriminación arbitraria, y 13, que dispone las reglas del recurso de apelación.

A continuación, se analizarán las normas consultadas, como también otras disposiciones que, sin haber sido consultadas, pueden generar un impacto trascendente en el desempeño de las funciones del Poder Judicial.

Cuarto. Tribunal competente para conocer de la acción (artículo 3° ter).

El artículo 3° ter consultado, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, establece las reglas de competencia absoluta y relativa, que en el texto vigente de la Ley N°20.609 se encuentran en el artículo 3°, como se puede observar a continuación:

Texto Vigente Ley N°20.609	Texto Aprobado por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado
<p><i>Artículo 3°.- Acción de no discriminación arbitraria. Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión.</i></p>	<p><i>Artículo 3° ter.- Tribunal competente. Será competente para conocer de la acción de no discriminación arbitraria el juez de letras correspondiente al domicilio del demandado o del demandante, a elección de este último.</i></p>

La modificación se relaciona con la regla contenida en el actual artículo 3° de la Ley N°20.609, que entrega competencia para conocer de la acción de no



discriminación al juez de letras del domicilio del directamente afectado por la acción discriminatoria o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión, a elección del primero.

Dado que quienes contarán con las calidades de demandante y demandado en el juicio de no discriminación serán, respectivamente, el afectado y el responsable, y que se mantiene la competencia a elección del actor, se observa que la modificación propuesta no generará cambios respecto de la regulación actual, por lo que no existen reparos relativos a esta disposición.

Quinto. Incompatibilidad con otras acciones (artículo 5° ter).

El texto propuesto del nuevo artículo 5° ter se ocupa de la incompatibilidad de la acción de no discriminación con otras acciones, norma que viene a reemplazar una hipótesis de inadmisibilidad ya prevista. Así se puede ver en el siguiente cuadro:

Texto Vigente Ley N°20.609	Texto Aprobado por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado
<p><i>Artículo 6°.- Admisibilidad. No se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos:</i></p> <p><i>a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del</i></p>	<p><i>Artículo 5° ter.- Incompatibilidad con otras acciones. El ejercicio de la acción de no discriminación arbitraria es incompatible con el ejercicio de la acción constitucional de protección y con la acción de tutela laboral en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, por los mismos hechos y contra los mismos demandados. En estos casos, si la acción de protección o la acción de tutela laboral, ya referidas, hubiese sido</i></p>

Trabajo.	<i>notificada y aun cuando hubiere desistimiento del actor, el tribunal deberá rechazar la acción de no discriminación arbitraria.</i>
----------	--

Como puede advertirse, la solución a la superposición de acciones judiciales para enfrentar conductas de discriminación ya se encuentra prevista en la legislación, con la misma oportunidad de control –liminar- y el mismo efecto -desestimando la acción de no discriminación posterior a la de protección o tutela laboral, aunque ahora no se menciona la acción de amparo-. Esta superposición es connatural a la pluralidad de estatutos y cuerpos legales que reprochan la discriminación⁵.

De todas maneras, no puede desconocerse el esfuerzo de los proponentes de aportar mayores elementos de definición de la incompatibilidad, como los elementos que deben coincidir entre las acciones y el momento desde el que se produce la incompatibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la acción de protección como un mecanismo de protección ante situaciones de discriminación arbitraria se ha sostenido que *“Es factible señalar que el proceso que condujo a la presentación del proyecto de ley que se transformó en la Ley N°20.609 estaba motivado precisamente por la inutilidad del recurso de protección como instrumento para el combate a la discriminación (Movimiento de Inclusión y Liberación Homosexual 2002, 16). Recordemos el estado de la cuestión a comienzos del 2000. En aquel entonces, diversos observadores habían llegado a la conclusión de que la jurisprudencia de protección en materia de igualdad, para ponerlo en términos del análisis que hiciera Atria (1997), carecía de criterios que permitan interpretar y aplicar de manera sistemática los contenidos del artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, es decir, el mandato de tratamiento igualitario y la prohibición de discriminaciones arbitrarias”*.⁶

⁵ Esta problemática es añosa. Cabe recordar, para ejemplificarlo con claridad, que consultada la Corte Suprema en la discusión de la Ley N°20.609, los Ministros Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín Vallejo, y Jorge Medina Cuevas, concurrieron al acuerdo expresando que *“...la iniciativa legal es incongruente con las disposiciones que establece el artículo segundo del Código del Trabajo para impedir la discriminación en el ámbito laboral y que fueron perfeccionadas con la reforma que introdujo a ese precepto el N°2 del artículo único de la Ley N°19.759, de 5 de octubre de 2001 (...) Asimismo, expresan que la falta de concordancia entre el proyecto con la normativa vigente no sólo se produce en los distintos términos en que ambos describen los actos de discriminación, sino en los diferentes tribunales que conocerían de la materia, a través de procedimientos igualmente disímiles. En efecto, las infracciones al Código del Trabajo son de competencia de los tribunales del ramo y se sujetan al procedimiento que regula el Libro V de este cuerpo legal y, en cambio, la acción para reclamar de la contravención de las normas del proyecto sería conocida por Cortes de Apelaciones mediante el procedimiento que prevé la misma iniciativa”*. Corte Suprema. Oficio N°58 de 3 de mayo de 2005.



En este orden de ideas, si se tiene en consideración que la nueva preceptiva establecerá la incompatibilidad entre acciones a partir de la identidad que podrían reunir ambas en cuanto a los hechos alegados y a los demandados o sujetos pasivos, no puede desconocerse que cada acción podría acusar la vulneración de diferentes derechos fundamentales, distintos a la igualdad, en cuyo caso no debería constituir la promoción de la acción de protección o de tutela laboral un impedimento para el ejercicio de la acción de discriminación arbitraria, pues, finalmente, no se trata de institutos perfectamente simétricos.

Por lo anterior, pareciera correcto que, junto a establecer una incompatibilidad con el ejercicio de la acción de tutela laboral y la acción de protección, se precise que ello operará para el caso que la acción de discriminación esté íntegramente contenida en ellas y que seguirá adelante en lo que no lo esté, permitiendo que se mantenga el incentivo a ejercer la acción de no discriminación.

Finalmente, se podrían efectuar algunas precisiones en la redacción para robustecer el texto. En esta línea, la iniciativa establece que “*el tribunal deberá rechazar la acción de no discriminación arbitraria*”, en caso de incompatibilidad, lo cual más que corresponder al rechazo del asunto –fórmula usualmente empleada para aludir a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión controvertida-, se ajusta más a una declaración de inadmisibilidad de la acción interpuesta, por lo que se sugiere modificar la redacción en este sentido.

Sexto. Sentencia (artículo 12, nuevos incisos terceros y cuarto).

Los nuevos incisos terceros y cuarto propuestos para el artículo 12 prescriben, en relación a la sentencia que dé término a la acción por discriminación arbitraria, que:

“Artículo 12.- (...) Además, el tribunal podrá ordenar una o más de las siguientes medidas de reparación:

- a) Reconocimiento público de responsabilidad, a través de disculpas públicas que deberán difundirse en medios de circulación pública tales como páginas web, medios audiovisuales, prensa, entre otros.*
- b) Anulación de todos los actos discriminatorios de carácter general o particular y de sus efectos, a costa del denunciado.*
- c) Medidas de rehabilitación como asistencia de carácter físico o psicológico a cargo de la parte denunciada.*

⁶ MUÑOZ LEÓN, Fernando. La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación. En Revista de Derecho Vol. XXXI N°2, diciembre 2018. p. 179.



d) *Establecimiento o adecuación de protocolos o reglamentos de carácter interno que tengan por finalidad prevenir y eliminar toda forma de discriminación.*

e) *Medidas educativas y de capacitación de trabajadores o funcionarios, cuando el acto sea realizado por una persona jurídica de derecho público o privado, y*

f) *Cualquier otra garantía de no repetición de actos discriminatorios que el juez estime conveniente.*

En todo caso, si los hechos o expresiones discriminatorias que dieron lugar a la acción fueron expuestos a terceros o al público por algún medio de comunicación, el tribunal, en la misma sentencia, ordenará al ofensor a difundir, a su costa, una aclaración o rectificación por el mismo medio de comunicación y en el mismo canal, página, dominio o dirección web, ajustándose para ello, a lo dispuesto en el artículo 19 de la ley N°19.733. La aclaración o rectificación será confeccionada por el denunciante, quien deberá presentarla ante el juez dentro del plazo de veinte días contados desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada. En el caso de que el medio de comunicación, canal, página, dominio o dirección web ya no exista por haberse eliminado o por otros motivos, el juez ordenará, al proveer dicha presentación, que la aclaración o rectificación se difunda por algún medio idóneo de control o propiedad del ofensor, según lo solicitado por el denunciante. A falta de esta presentación, el tribunal ordenará al ofensor publicar íntegramente el texto de la sentencia”.

Al respecto se puede observar que la iniciativa se hace cargo de una de las críticas que han sido formuladas en relación a la aplicación de la Ley N°20.609. Es así como la doctrina ha expresado que *“Respecto del primero de los elementos, pudimos comprobar la existencia de graves problemas respecto de la efectividad de la acción, pues los jueces civiles son muy reacios a ejercer las potestades relevantes que la ley les entrega para el restablecimiento del imperio del derecho, siendo muy excepcional que el Tribunal ordene a algo más que el simple “cese” del acto que provoca la discriminación”*. A su vez, se ha sostenido que *“En cuanto a las providencias que podrían adoptar los tribunales para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, cabe destacar la extrema autolimitación de los jueces. Sólo en forma muy excepcional se ha ejercido esta potestad”*.⁸

⁷ JENKINS, Gaspar. La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva. En Estudios Constitucionales Vol. 18 · No. 1 · 2020. p. 249.



Por otro lado, se sugiere que se tomen medidas que no tengan como preocupación sólo el cese de la discriminación, sino la protección integral del afectado. Así, Jenkins señala que *“Por lo mismo, urge que los tribunales tomen conciencia de la amplitud de facultades que la Ley Zamudio ha puesto en sus manos. La preocupación no puede ser sólo el cese de la discriminación, sino la protección integral del afectado. En ciertas ocasiones, ésta exigirá, en la medida de lo posible, un retorno al estado previo al acto discriminatorio o a su más cercano equivalente. En otras situaciones se requerirá ciertos mandatos directos del tribunal acerca del futuro tratamiento de la víctima o de sus similares*⁹. Interesa mencionar, además, que la jurisprudencia del sistema interamericano ha establecido en diversos casos sobre discriminación que respecto a las *reparaciones*, se recomienda adoptar medidas con una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra personas o poblaciones históricamente discriminadas o en situación de vulnerabilidad. (Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>

Asimismo, si se observan los instrumentos internacionales que regulan esta materia, como la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, suscrita por Chile, establece en su artículo 10 que:

“Los Estados Parte se comprometen a asegurar a las víctimas del racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia un trato equitativo y no discriminatorio, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces, y una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda”.

De esta manera, se puede observar que la propuesta se hace cargo no sólo del cese, en el sentido de ordenar la anulación de los actos constitutivos de discriminación, disponer que el acto no sea reiterado o la realización del acto omitido, sino que a su vez de la reparación en un sentido amplio, más allá del ámbito puramente patrimonial. Del mismo modo la iniciativa, al determinar diversas medidas que puede adoptar el Tribunal, se hace cargo de las distintas

⁸ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia. Estudios Constitucionales vol.15 no.2 Santiago dic. 2017.

⁹ JENKINS, Gaspar. La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva. En Estudios Constitucionales Vol. 18 · No. 1 · 2020. p. 249.



críticas que se han formulado a la Ley N° 20.609 y a su aplicación práctica, en cuanto a que por regla general no se han adoptado medidas específicas que permitan eliminar la discriminación arbitraria y producir la debida reparación producida por esta discriminación, de tal suerte que el proyecto ofrece de forma clara y directa al juez un repertorio de medidas que puede adoptar.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la medida dispuesta en el inciso final de la propuesta, al establecer que “*el tribunal, en la misma sentencia, ordenará al ofensor a difundir...*”, prescribe de forma imperativa una medida de reparación, en circunstancias que, en el caso de aquellas enumeradas en el inciso anterior, se otorga discrecionalidad a la judicatura para su determinación. Al respecto, teniendo en consideración que estas medidas deberían ser determinadas de acuerdo a las características particulares del caso, se sugiere incorporar el inciso final al catálogo del inciso tercero del artículo 12.

Séptimo. Recurso de Apelación (artículo 13).

El artículo 13 de la iniciativa propone una serie de modificaciones al artículo 13 del texto vigente de la Ley N°20.609, de la siguiente manera:

Texto Vigente Ley N°20.609	Texto Aprobado por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado
<p><i>Artículo 13.- Apelación. La sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán apelables, dentro de cinco días hábiles, para ante la Corte de Apelaciones que corresponda, ante la cual no será necesario hacerse parte.</i></p> <p><i>Interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos el día hábil siguiente.</i></p>	<p><i>Artículo 13.- Recurso de apelación. La sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán apelables, dentro de quinto día, salvo la sentencia definitiva que será apelable dentro de décimo día.</i></p> <p><i>Interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos el día hábil siguiente.</i></p> <p><i>La apelación de la sentencia definitiva y</i></p>



<p><i>La Corte de Apelaciones agregará extraordinariamente la causa a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Deberá oír los alegatos de las partes, si éstas los ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa, y resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quede en estado de fallo.</i></p>	<p><i>de las demás resoluciones apelables en que legalmente se hubieren solicitado oportunamente alegatos, se agregarán extraordinariamente a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Los alegatos de las partes serán oídos, conforme a las reglas generales. El tribunal de alzada resolverá el recurso dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede en estado de fallo.</i></p>
--	---

De esta manera, se puede observar que el artículo 13 propuesto mantiene el plazo de apelación en 5 días, aunque lo amplía a 10 días respecto de la impugnación de sentencias definitivas, y modifica la redacción de las reglas de vista de la causa.

En cuanto al aumento de plazo de la apelación en el caso de la sentencia definitiva, a pesar de que es un plazo normal respecto de apelaciones de sentencias definitivas en virtud del artículo 189 del Código de Procedimiento Civil¹⁰, una de las críticas que se ha realizado a la Ley N°20.609 es “...*la duración excesiva de estas causas a la luz de su finalidad de protección de un derecho fundamental*”¹¹. Sin embargo, si consideramos que en segunda instancia la “*gran mayoría de las causas demoran hasta dos meses en fallarse en segunda instancia, si bien algunas pueden tardar un poco más, subiendo el promedio a 2,5 meses*”¹², no debería implicar un incremento de tiempo relevante en la tramitación este aumento de plazo.

En relación a la modificación de la redacción de la vista de la causa en el inciso tercero del artículo 13, de la lectura del inciso se puede concluir que se agregarán a la tabla extraordinaria y se les dará preferencia para la vista y fallo a las apelaciones de sentencias definitivas y de las demás resoluciones, solo cuando se haya solicitado oportunamente alegatos, quedando el resto de los casos para la vista en cuenta.

¹⁰ Código Procedimiento Civil. Artículo 189.- La apelación deberá interponerse en el término fatal de cinco días, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

Este plazo se aumentará a diez días tratándose de sentencias definitivas (inciso 2).

¹¹ DÍAZ DE VALDÉS, José. Análisis cuantitativo de la acción especial antidiscriminación de la Ley Zamudio. Actualidad Jurídica N°38, Julio 2018. P. 31.

¹² Ibid. p. 29.



Esta regla parece ser compatible con el interés de los litigantes y por lo tanto parece ser más adecuada a la que contempla actualmente el texto vigente de la Ley N°20.609, considerando que, en casos similares, como la apelación del recurso de protección, se establece una norma del mismo orden. Así el punto 7° del Acta N°94-2015 que establece el texto refundido del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, dispone que *“7°.- Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordenará dar cuenta preferente del recurso en la Sala que corresponda, la cual si lo estima conveniente, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponda”*. Por lo tanto, no pareciera pertinente formular reparos sobre este punto.

Octavo. Otras disposiciones no consultadas.

En esta sección se analizarán distintas disposiciones que, a pesar de no haber sido consultadas por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, pueden tener impacto en las atribuciones y organización de los tribunales.

Objetivos (Artículo 1°)

El artículo 1° de la propuesta dispone:

“Artículo 1°.- Objetivos de esta ley. Esta ley tiene por objetivos principales erradicar, prevenir, sancionar y reparar toda discriminación en contra de cualquier persona o grupo de personas y promover el principio de igualdad y no discriminación, e instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho cada vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Es deber del Estado, de las entidades y empresas relacionadas con el Estado que ejercen funciones públicas, y de todos los servicios e instituciones de ellas dependientes, así como del Poder Judicial, Ministerio Público, Academia Judicial, y Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, elaborar e implementar las políticas públicas y arbitrar las acciones que sean necesarias para promover y garantizar el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de los derechos y libertades de las personas



reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en cumplimiento de las funciones otorgadas por el artículo 8° del decreto con fuerza de ley N°3, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, promulgado en 2016 y publicado en el Diario Oficial el 31 de enero de 2017, deberá considerar en todo el proceso de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos a que se refiere el artículo 15 de la misma ley, la promoción de la no discriminación arbitraria, de conformidad a sus competencias orgánicas, a la normativa nacional e internacional vigente, en especial a lo dispuesto en esta ley, en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias, podrán 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°.”

Del texto transcrito se puede observar que la propuesta amplía los objetivos de la ley, como también a las instituciones que se encuentran a cargo de garantizar y promover la no discriminación arbitraria.

Cabe señalar que algunas de las críticas que se han realizado a la Ley N°20.609 consisten en que *“El inciso primero del artículo 1° de la Ley identifica un objeto excesivamente modesto, cual es “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.” Sin menospreciar la eventual importancia de la dimensión procesal, es evidente que el objeto esencial de toda legislación general antidiscriminatoria es el combate a la discriminación arbitraria, para lo cual puede recurrir a distintos contenidos y mecanismos (tales como la creación de una acción procesal especial). Ahora bien, la extrema modestia del objeto señalado no es sino el reflejo de un problema de fondo, cual es el contenido (o más bien, falta de contenido) de esta ley. En efecto, la creación de la acción especial antidiscriminación parece ser su principal aporte (al menos es la materia más tratada en aquella) lo cual es completamente insatisfactorio para una normativa que se presenta como el primer tratamiento legislativo sistémico del problema discriminatorio”*.¹³

¹³ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ. ¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? En Revista Actualidad Jurídica N°28, Julio 2013. p. 287.



En este orden de ideas, si bien se puede rescatar que el proyecto se esmere en la ampliación del objetivo de la Ley y con ello hacerse cargo de una de las críticas formuladas a ésta, sigue padeciendo del mismo problema, al establecer como único mecanismo para combatir la discriminación la acción procesal de discriminación arbitraria y sobre el cual se deposita entonces la expectativa de “erradicar, prevenir, sancionar y reparar toda discriminación”, sin dotar a los órganos e instituciones del Estado de nuevas herramientas, mecanismos u obligaciones que permitan asegurar este derecho.

Definición de discriminación arbitraria (artículo 2° y 2° bis)

El artículo 2° de la iniciativa realiza ciertas modificaciones al concepto de discriminación arbitraria vigente en el siguiente sentido:

<p>Texto Vigente Ley N°20.609</p>	<p>Texto Aprobado por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado</p>
<p><i>Artículo 2°.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la</i></p>	<p><i>Artículo 2°.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria 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 establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Dichas distinciones, exclusiones, preferencias o restricciones merecerán particular reproche cuando se funden en motivos tales como el racismo, la pertenencia étnica, la identidad cultural, la nacionalidad, la situación migratoria o condición de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno,</i></p>



orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la participación o afiliación o no a organizaciones gremiales o sindicales, el sexo, la orientación sexual o afectiva, el género, la identidad o expresión de género, las características sexuales, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal, la condición de salud mental o física, la discapacidad, la seropositividad o cualquier otra condición física y/o social.

Se entenderá por “justificación razonable” aquella que surja de los hechos, criterios o prácticas, invocados con ocasión del ejercicio de algún derecho constitucional, siempre que estos puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima, que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios, idóneos y proporcionales, y no generen estigmatización o menoscabo de quienes se vean afectados por la distinción, exclusión o restricción en cuestión. Corresponderá al juez que conozca esta acción ponderar y determinar, a la luz de los antecedentes del caso y de las circunstancias materiales, si los descargos de la parte recurrida constituyen una justificación razonable.



	<p><i>También se considerará discriminación arbitraria todo acto, práctica y/o tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico o de cualquier otra naturaleza que tenga como objetivo modificar la orientación sexual o la identidad y expresión de género de una persona o un grupo de personas.”</i></p>
--	--

Como se puede observar, el nuevo texto: (i) Agrega la “preferencia” como circunstancia de discriminación; (ii) Elimina el requisito copulativo de vulneración de derechos fundamentales y los incorpora como otra circunstancia; (iii) Establece como situaciones que “*merecerán particular reproche*” los motivos de discriminación; (iv) Amplía el catálogo de motivos que fundan una discriminación arbitraria; (v) Modifica la definición de “*justificación razonable*”; (vi) Incorpora como discriminación arbitraria las intervenciones que tienen por objeto modificar la orientación sexual y expresión de género.

En relación al primer punto observado, es menester señalar que la propuesta de modificación para incluir la “preferencia” como otra circunstancia de discriminación, se encuentra en armonía con la definición del término discriminación consagrada a nivel internacional. En efecto, del examen de las Convenciones de Derechos Humanos más recientes, destaca la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, dentro del Sistema de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, dentro del Sistema Interamericano, encontrándose en ambas la inclusión de la “preferencia”, como otra de las acciones a través de las cuales se puede concretar la discriminación, mención que también ha incorporado la Comisión de Derechos Humanos en la Observación General N°18, al señalar un concepto de discriminación en base a otras convenciones sobre la materia.

En cuanto al concepto de discriminación, se ha sostenido que “*En suma, las interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana son coincidentes. Los dos últimos entienden que se está frente a una discriminación si se cumplen dos requisitos: que exista una diferencia de trato y que esa diferencia carezca de lo que aquí se denominará justificación admisible. Adicionalmente, los dos*



*Comités expresamente han independizado la noción de discriminación de la lesión de derechos contemplados en el Derecho internacional”.*¹⁴

En base a lo señalado, parece interesante detenerse ahora en el segundo punto, sobre el cual la doctrina, analizando la ley 20.609 en su texto actualmente vigente, profundiza explicando que *“Una segunda curiosidad es la utilización del lenguaje del recurso de protección (artículo 20 de la Constitución Política de la República, en adelante la “Constitución”), en cuanto a que el acto discriminatorio debe ser capaz de provocar privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de derechos fundamentales. A primera vista esta innovación podría considerarse positiva en cuanto permite recoger la experiencia ya desarrollada en materia de amparo de derechos fundamentales vía recurso de protección, al menos en cuanto al tipo de conductas vulneradoras de tales derechos. Sin embargo, existe aquí un problema de fondo: la Ley vincula el concepto de no discriminación a la vulneración de otro derecho. Es decir, un acto discriminatorio sólo es impugnabile como tal si adicionalmente vulnera, por ejemplo, el derecho a la propiedad o el derecho a la libertad religiosa. Esta restricción, si bien existe en algunos sistemas jurídicos (e.g., Convención Europea de Derechos Humanos), no es satisfactoria por cuanto no permite sancionar actos discriminatorios que no afectan derechos adicionales”*¹⁵.

Díaz Valdés, problematiza esta situación de una forma muy clara, al explicar que *“Si bien en la mayoría de los casos es posible formular un problema de discriminación como la afectación simultánea de otro derecho, no siempre es así, o la vinculación con ese derecho adicional es muy indirecta”*¹⁶. Por otro lado, *“Desde otro punto de vista, al exigir la vulneración de un derecho adicional a la no discriminación, la infracción de este último se hace irrelevante, toda vez que la reclamación podría fundamentarse exclusivamente en el derecho adicional en cuestión”*¹⁷.

Otros autores han señalado sobre este punto que *“De este modo, el concepto legal de discriminación, en cuanto incluye la exigencia de vulneración de derechos fundamentales, presenta a lo menos cuatro problemas. El primero de ellos es que vacía de contenido al derecho a la no discriminación, el que carece de relevancia jurídica si no se infringe algún otro derecho fundamental. Por otra*

¹⁴ DÍAZ GARCÍA, Iván. Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. En Revista Chilena de Derecho, vol. 40 no.2. Santiago, agosto 2013.

¹⁵ DÍAZ DE VALDÉS, José (2013). Op. Cit. p. 281.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.



parte, disminuye la cantidad de casos tutelables por vía legal, respecto de los susceptibles de protección constitucional o internacional. En tercer lugar, impone exigencias probatorias adicionales a quien desea invocar la ley contra la discriminación, respecto de quien alega una discriminación en el marco de la Constitución o del Derecho internacional. Por último, y como consecuencia, genera un desincentivo al uso de la acción de no discriminación contemplada en la ley, frente a la acción de protección del artículo 20 de la Constitución”¹⁸.

En este orden de ideas, parece un avance de la propuesta legal intentar desvincular el acto mismo de discriminación (efectuado a través de una distinción, exclusión, restricción o preferencia) de la vulneración a otros derechos fundamentales. Sin embargo, no parece lograrse tal finalidad por el sólo hecho de modificar el “y” por el “o” - esto es, hacer del requisito copulativo uno disyuntivo – ya que no resulta del todo claro cuál es el rol que va a jugar la vulneración de otros derechos fundamentales en la definición de discriminación arbitraria, si es que ésta va a constituir una hipótesis por sí sola o una circunstancia agravante. En tal sentido, más que continuar con la opción de cambiar la “y” por una “o” parecería que debe avanzarse, como lo propone el proyecto, ampliando los verbos que describen el acto de discriminar, como ocurre al incorporar la “preferencia”, manteniendo que puede producirse en el ámbito público y privado y estableciendo *que dicho acto podría vulnerar y anular otros derechos fundamentales, sin que tal consecuencia sea de la esencia del acto discriminatorio*. Si se trabajara en esa línea, bastaría con mantener ésta como única definición de discriminación, en la que debiera entenderse comprendida la de “discriminación directa” que el proyecto incorpora en el artículo 2 bis, inciso segundo, ya que de otro modo resulta reiterativo y confuso, añadiendo sólo las definiciones restantes, de discriminación indirecta y múltiple, en las cuales se sigue la lógica de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, y la de carácter estructural.

¹⁸ DÍAZ GARCÍA, Iván. Op. Cit.



Noveno. Como se adelantó, el artículo 2° bis de la iniciativa¹⁹ incorpora distintos tipos de discriminación, en particular, los conceptos de discriminación directa –ya mencionada- indirecta, múltiple y estructural. Las definiciones expuestas en el artículo 2° bis de la iniciativa constituyen una reproducción del artículo primero de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, suscrita por Chile, con pequeñas adaptaciones al contexto nacional y al propio texto de la Ley N°20.609.

El único concepto del artículo 2° bis que no se encuentra en la Convención es el de discriminación estructural, contenido en el inciso 5°, que dispone:

“Artículo 2° bis. (...) La discriminación estructural es la discriminación de carácter grave que se ejerce en perjuicio de grupos vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido históricamente marginados, excluidos o discriminados en sus circunstancias materiales, producto de las condiciones reales de subordinación pese al reconocimiento formalmente igualitario de sus derechos”.

Sobre este concepto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que requiere de los siguientes elementos: (a) Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser

¹⁹ “Artículo 2° bis.- Discriminación y sus distintas formas. La ley reconoce y define los distintos tipos de discriminación que se ejercen contra una persona o un grupo determinado de personas.

Se entenderá por discriminación directa cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, efectuada por agentes del Estado o particulares en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el resultado de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos fundamentales o libertades consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales cuando se funden en motivos mencionados en el inciso primero del artículo 2° de esta ley.

La discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutra, 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 de las leyes y los tratados internacionales.

La discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción, efectuada por agentes del Estado o particulares, basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el inciso primero del artículo 2° de esta ley u otros reconocidos en tratados internacionales que tengan por objetivo o resultado anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos fundamentales y libertades.

La discriminación estructural es la discriminación de carácter grave que se ejerce en perjuicio de grupos vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido históricamente marginados, excluidos o discriminados en sus circunstancias materiales, producto de las condiciones reales de subordinación pese al reconocimiento formalmente igualitario de sus derechos.

En ningún caso constituirán discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas, adoptadas por los órganos del Estado en virtud del inciso final del artículo 1°, para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.”.



minoría; (b) Que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable; (c) Que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural; (d) Que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región; (e) Que la política, medida o norma de jure o de facto sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional²⁰.

De esta forma, se puede observar que la definición de discriminación estructural, a pesar de contener ciertos elementos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no los incorpora todos, pudiendo ser objeto de mejoras en su redacción.

Décimo. Por otra parte, continuando con el estudio de las modificaciones propuestas en el artículo 2° de la ley, en relación al inciso segundo propuesto por la iniciativa, y al concepto de *“justificación razonable”*, se ha afirmado que *“Es problemático que sea la ley, y no el trabajo judicial fruto de un litigio con cargas procesales definidas, como ocurre en la práctica comparada, la que decida previamente que un trato desigual tenga el carácter de “razonable” simplemente cuando se cumpla el requisito de ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Frente a los estándares de la Unión (europea), la ley ya presenta debilidades en la protección de los principios de no discriminación y de igualdad de trato, al declarar de jure una justificación razonable del acto discriminatorio, justificación insuficiente por lo demás para la doctrina y jurisprudencia comparada”*²¹.

La propuesta legal en este aspecto acierta, ya que lo relevante como factor de configuración será la falta de fundamento o de proporcionalidad, o la desviación del fin del acto discriminatorio. El Comité de Derechos Humanos ha señalado “que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se busca es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.” En esta línea, se puede concluir que el proyecto aborda la crítica que se había realizado sobre este punto, al entregar la realización del test de proporcionalidad o razonabilidad a la magistratura, otorgándole discrecionalidad para que defina la justificación caso a caso, de acuerdo a las circunstancias concretas, como a su vez eliminando la referencia a

²⁰ PELLETIER QUIÑONES, Paola. La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Revista IIDH, Vol. 60. 2014. p. 215.

²¹ SÁNCHEZ, Ignacio. Ley Zamudio en perspectiva. Derecho Antidiscriminación chileno frente a los estándares de la Unión Europea. En Revista Tribuna Internacional, Volumen 8, N°16. 2019. p. 21.



otros derechos que puedan significar, prima facie, una justificación razonable para discriminar.

Por último, cabe destacar también como un avance, la propuesta contenida en el inciso final del artículo 2°, de acuerdo a la cual se “*considerará discriminación arbitraria todo acto, práctica y/o tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico o de cualquier otra naturaleza que tenga como objetivo modificar la orientación sexual o la identidad y expresión de género de una persona o un grupo de personas.*” En efecto, las “terapias de conversión” o medidas dirigidas a modificar la orientación sexual y expresión de género han sido analizadas por el Experto Independiente de ONU en protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, quien el año 2020 presentó un informe ante el Consejo de Derechos Humanos señalando que constituyen una violación flagrante de los derechos a la autonomía corporal, la salud y la libre expresión de la propia orientación sexual e identidad de género y que cuando se llevan a cabo por la fuerza, también representan una violación a la prohibición de la tortura y los malos tratos. <https://undocs.org/es/A/HRC/44/53>

Undécimo. Estructura del procedimiento.

En forma previa a hacer observaciones sobre las atribuciones de los tribunales contenidas en otras disposiciones, resulta de utilidad esclarecer la estructura del procedimiento vigente y el que se propone. En este aspecto, el proyecto, aunque interviene prácticamente todas las disposiciones referidas al procedimiento, no altera sustancialmente sus fases ni las cargas que genera para las partes y el tribunal. En efecto, la propuesta mantiene la estructura vigente, con pequeñas modificaciones.

Así, el procedimiento (i) inicia por interposición de la acción –a al cual actualmente no se la denomina demanda, pero el proyecto sí la denomina así–, la que puede ser verbal; (ii) le sigue una fase de control judicial de oficio de admisibilidad, que desaparece en el proyecto (aunque permanece extrañamente para sólo verificar el plazo legal de interposición), pues estas cuestiones deberán promoverse incidentalmente por el demandado; (iii) desaparece también la fase de informe que se decreta actualmente respecto del denunciado y de quien estime el tribunal conveniente; (iv) la audiencia que sigue al informe, en la que se llama a conciliación a las partes y se recibe la causa a prueba, muta con el proyecto a una audiencia de contestación, conciliación y recepción de la causa a prueba; (v) en ambos casos, si correspondiere, deberá citarse posteriormente a una audiencia especial de recepción de la prueba ofrecida; (vi) tras lo cual podrán dictarse medidas para mejor resolver; (vii) y finalmente dictar sentencia.



En resumen, a pesar de las múltiples modificaciones en el articulado, la estructura del procedimiento prácticamente no sufre variaciones y, en ambos textos, se mantiene la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil. A continuación, veremos algunos puntos procesales específicos.

Duodécimo. Legitimación activa (artículo 4°).

El artículo 4° de la iniciativa amplía la legitimidad activa para interponer la acción de discriminación arbitraria en el siguiente sentido:

Texto Vigente Ley N°20.609	Texto Aprobado por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado
<p><i>Artículo 4°.- Legitimación activa. La acción podrá interponerse 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, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación.</i></p> <p><i>También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de</i></p>	<p><i>Artículo 4°.- Legitimación activa. La acción de no discriminación arbitraria podrá interponerse por cualquier persona natural, por su representante legal, por su cuidador en caso de encontrarse en situación de discapacidad o dependencia, por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación.</i></p> <p><i>Asimismo, la acción de no discriminación arbitraria podrá interponerse por una persona jurídica, a través de su representante legal, o por un grupo de personas naturales cuando estas hubieren resultado directamente afectadas.</i></p> <p><i>También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o</i></p>



<p>deducirla.</p>	<p><i>cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla.</i></p> <p><i>Si la discriminación tiene carácter generalizado o afecta a sujetos múltiples, comprometiendo el interés colectivo o difuso de uno o más grupos o colectivos discriminados, la acción también podrá ser presentada por personas jurídicas sin fines de lucro dedicadas a la promoción, protección y defensa de los derechos afectados, constituidas con anterioridad a la ocurrencia de los actos u omisiones discriminatorios que se denuncian.</i></p> <p><i>Se considerarán de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de personas discriminadas, ligadas o no con el ofensor por un vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de personas discriminadas.</i></p>
-------------------	--

De esta manera, se puede observar que el proyecto, además de quienes actualmente tienen legitimidad activa para actuar (los afectados o sus representantes), otorga legitimidad activa a: (i) Cuidadores de personas en situación de discapacidad o dependencia; (ii) Personas jurídicas directamente afectadas; (iii) Personas jurídicas sin fines de lucro en caso de intereses colectivos o difusos.

Una de las críticas formuladas a la Ley N°20.609, tiene relación precisamente con el hecho de que contiene una legitimación activa restrictiva. Así, la doctrina ha señalado que *“Por su parte, sobre el acceso a la jurisdicción también pudimos apreciar la existencia de trabas que merman el sentido que*



busca impulsar el derecho antidiscriminatorio. La existencia de una legitimación activa “restrictiva”, que impide a agrupaciones litigar contra acciones discriminatorias (fomentando un sentido “individualista” del derecho antidiscriminatorio), o liberar sólo al demandado de la carga del patrocinio de abogado, dan cuenta de una limitación innecesaria ante situaciones que, a la larga, también nos afectan como sociedad, entendiendo que la “no discriminación arbitraria” apunta, en definitiva, a mejorar las relaciones entre conciudadanos”²².

Por lo tanto, parece ser un avance que se incluya dentro de la legitimación activa a personas jurídicas directamente afectadas o en representación de intereses colectivos y difusos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que en el caso de que existan intereses colectivos o difusos, si es que se busca acción indemnizatoria en conjunto con otras medidas, se pueden producir ciertos problemas para la determinación de los perjuicios –su extensión y cuantía, por ejemplo- y la acreditación de los sujetos que experimentaron daño y que, por ende, serán acreedores de medidas de compensación y reparación.

En el caso de la Ley N°19.496, de Protección del Consumidor, cabe considerar que se establecen reglas especiales para la protección de intereses difusos o colectivos, contenidas en un párrafo, disponiéndose, entre otros, que *“Artículo 54.- La sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efecto erga omnes, con excepción de aquellos procesos que no hayan podido acumularse conforme al número 2) del inciso final del artículo 53, y de los casos en que se efectúe la reserva de derechos que admite el mismo artículo”*. Para poder determinar este tipo de indemnización de efectos absolutos, la doctrina ha sostenido que *“...el juez, durante el juicio y hasta la dictación de la sentencia definitiva inclusive, puede ordenar, de acuerdo a las características que les sean comunes, la formación de grupos y, si se justifica de subgrupos, para los efectos de declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda y de disponer la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que se hará efectiva, en caso de tratarse procedimientos iniciados en virtud de un cobro indebido de determinadas sumas de dinero, y en el caso de productos defectuosos se dispondrá la restitución del valor de aquellos al momento de efectuarse el pago”*.²³

²² JENKINS, Gaspar. Op. Cit. p. 250.

²³ CORREA SELAMÉ, Jorge. Procedimientos de protección de los derechos de los consumidores. 2008. pp.77-78.



De acuerdo a lo anterior, si se examina un régimen regulativo vigente del tratamiento de la indemnización cuando se afectan intereses colectivos o difusos en la legislación nacional, ello requiere un tratamiento y abordaje específico, pues las peculiaridades del conflicto que pasaría a ser conocido por tribunales demandan resolver cómo se deciden las interacciones entre quienes ejercen la acción a nombre de un grupo o clase de personas, y los directamente afectados, vale decir, titularidad, posibilidad de obrar por separado, etc., y si tendrá la sentencia o acuerdos que se alcancen efecto absoluto o erga omnes. Este tratamiento no existe en el proyecto. Todo lo anterior, no descarta que la naturaleza particular de la acción de discriminación arbitraria tenga características que aconsejen introducir una regulación diferente a la de protección del consumidor. Por lo tanto, se sugiere estudiar cuál puede ser el mejor modelo a aplicar en estos casos y de todas maneras cubrir las insuficiencias regulativas detectadas, que de convertirse en ley traerá aparejada inseguridad acerca de qué derechos asisten a los justiciables y cómo habrían de resolver los tribunales.

Décimo tercero. Indemnización de perjuicios (artículo 5 bis y artículo 12 inciso segundo).

El artículo 5 bis de la iniciativa dispone:

“Artículo 5° bis.- Acción indemnizatoria. El demandante podrá, en conjunto con la acción de no discriminación arbitraria de que trata este título, deducir acción indemnizatoria en contra del demandado por los daños que emanaren del o los actos u omisiones que fueren objeto de la acción de no discriminación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3°. En caso de que el demandante dedujere acción indemnizatoria en conjunto con la acción de no discriminación arbitraria, aquella se someterá a las reglas de esta última, tramitándose conjuntamente y quedando regulada por las disposiciones de este título”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 12° relativo a la sentencia, prescribe:

“Artículo 12.- Sentencia. (...) Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a quinientas unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio y, adicionalmente, podrá ordenar el pago de una indemnización de perjuicios que fijará el juez de la causa, conforme al mérito de sus antecedentes, la que no podrá ser inferior a cuarenta unidades tributarias mensuales”.



Al respecto, cabe señalar que, más allá de miradas alternativas a los poderes que tienen los jueces en esta materia, una de las observaciones que se le ha efectuado a la Ley N° 20.609, tiene relación con que no se incorporó la acción de indemnización de perjuicios en la acción de no discriminación. En esta línea, se ha mencionado que *“La Ley de Medidas contra la Discriminación carece de una regulación de la atribución de reparación patrimonial o indemnización para la víctima de discriminación declarada como tal mediante sentencia de término. Esa carencia ha permitido que haya prevalecido una comprensión de dicha normativa que asume que ella prohíbe al juez dictaminar en la sentencia de término dicha reparación. Esa conclusión es incompatible con una hermenéutica pro discriminado de la Ley N°20.609, la que debiera hacer valer dentro del procedimiento regulado por la acción contra la discriminación el principio general establecido en el artículo 2314 del Código Civil de la obligación de reparar patrimonialmente que nace para todo aquel que daña a otro mediante la comisión de un ilícito.”*^{2425}}

En este sentido, no puede sino reconocerse que este punto de la propuesta es altamente determinante para la utilización de esta acción, pues resulta claro que, conforme la legislación actual, es entendible que las víctimas de discriminación no concurren a tribunales, por cuanto deben instar por el avance del proceso, asumiendo todos los costos materiales que supone la litigación, para que, de obtener sentencia favorable, al autor se le aplique una multa o se dicten medidas de reparación que no están garantizadas en la ley. En cambio, la explicitación que este procedimiento incorpora la acción de perjuicios refuerza la eficacia de la tutela jurisdiccional mediante la reunión en una sola sede procesal de todos los aspectos asociados a la vulneración, dotando de mayor eficiencia al sistema de protección. Por consiguiente, pareciera acertada esta decisión.

Décimo cuarto. Forma de interposición de la demanda y resolución que da curso a autos (artículo 5° quáter y 5° quinquies).

En cuanto a la forma de interposición de la demanda, el artículo 5° quáter propuesto prescribe:

“Artículo 5° quáter.- Forma de interposición de la demanda. La acción de no discriminación arbitraria se interpondrá por escrito y deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

²⁴ MUÑOZ LEÓN, Fernando. Op. Cit. pp. 188-189.

²⁵ En el mismo sentido JENKINS, Gaspar (2020): *“Esta crítica se extiende a la decisión del legislador para no permitir demandar indemnizaciones de perjuicios (o facilitar su reclamo en un juicio posterior)”*.



Con todo, en casos urgentes, la acción podrá interponerse verbalmente, levantándose acta por el administrador o la secretaría del tribunal competente, según correspondiere. Dicha acta servirá de cabeza al proceso, y consignará el nombre, profesión u oficio y domicilio del demandante, los hechos que éste exponga y de sus circunstancias esenciales, los documentos que acompañe y las peticiones que formula”.

Tal como en la actualidad, se propone que la interposición pueda ser verbal en casos urgentes, en cuyo caso el acta será redactada por un funcionario específico del tribunal. Empero, la propuesta establece las menciones que dicha acta debiera contener, alejándose de la regla general del primer inciso, y en ese proceder las enuncia, pero omite exigir señalamiento de los datos del demandado, en circunstancias que se trata de un elemento procesal esencial para dar curso a la demanda, por lo que se sugiere salvar esta omisión.

Por su parte, el artículo 5° quinquies establece las reglas relacionadas con la resolución que le da curso a los autos, al disponer:

“Artículo 5° quinquies.- Resolución que le da curso a los autos. Declarada admisible la demanda, el tribunal deberá citar a las partes a una audiencia de contestación, conciliación y prueba para el quinto día, contado desde la última notificación de la demanda y del proveído recaído en ella. Dicho plazo se ampliará, si el demandado fuese notificado fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, con todo el aumento que corresponda en conformidad a lo previsto en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

En caso de que la demanda hubiere sido deducida en forma verbal, el acta a que se refiere el artículo anterior terminará con una resolución en que se cite a las partes a una audiencia de contestación, conciliación y prueba, para la época señalada en el inciso anterior. Inmediatamente deberá entregarse al demandante copia autorizada del acta y de su proveído, con lo cual se entenderá notificado de las resoluciones que contenga”.

Un primer punto que llama la atención es que se aluda al hecho que la demanda será declarada “admisibile”, en circunstancias que la propuesta elimina esta fase de control judicial, y solo exige la presentación dentro de plazo legal, bastando entonces que, en vez de aludir a la demanda declarada admisible, se refiera a la demanda presentada dentro de plazo.



Otro punto llamativo es el mandato al juez que “en el acta” que redacte la secretaría o administración del tribunal en que se interponga verbalmente la acción, dicte resolución citando a audiencia. Esta es obviamente una impropiedad, pues la resolución del juez es un acto separado y distinto del acta, por lo que mal el acta podría “terminar” con una resolución. Pero lo que resulta más llamativo es la exigencia que tal resolución deba dictarse inmediatamente, pues se genera una diferencia injustificada entre el actor que demanda por escrito, que deberá esperar que su libelo se despache conforme al orden de su presentación, y el que demanda verbalmente, que no deberá esperar el avance del despacho del tribunal, sino que tendrá providencia inmediata. En tal sentido, la forma o el modo en que se propone la acción –verbalmente o por escrito- es indiferente al carácter urgente con que se solicita tutela judicial, y en razón de dicho formato no debiera darse providencia inmediata a unas y no a otras acciones –perfectamente un caso urgente puede presentarse por escrito-. Precisamente, el carácter tutelar y de urgencia es inherente a esta acción, por lo que, en rigor, todas las demandas presentadas en esta sede –sea cual fuere el formato por el que optare el afectado- debieran tener el mismo tratamiento y celeridad.

Décimo quinto. Suspensión provisional de los actos y ejecución provisional de los actos omitidos (artículo 6° y 7°).

En cuanto a las reglas de suspensión provisional, se dispone:

Texto Vigente Ley N°20.609	Texto Aprobado por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado
<p><i>Artículo 7°.- Suspensión provisional del acto reclamado. En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o</i></p>	<p><i>Artículo 7°.- Suspensión provisional de los actos y ejecución provisional de los actos omitidos. Al momento de ingresar la acción o en cualquier estado del procedimiento, el demandante podrá solicitar la suspensión provisional de los actos reclamados o la ejecución de los actos omitidos reclamados, según</i></p>



<p><i>imposible la restitución de la situación a su estado anterior.</i></p> <p><i>El tribunal podrá revocar la suspensión provisional del acto reclamado, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida.</i></p>	<p><i>correspondiere, y el tribunal deberá concederla cuando, a su juicio, la demanda revistiere fundamento plausible y la ejecución o no ejecución del acto, según sea el caso, causare grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia o hiciere ilusorio lo que pudiere disponer la sentencia definitiva.</i></p> <p><i>La resolución que se pronuncia sobre la suspensión o ejecución provisional de que trata en el inciso anterior, será susceptible de reposición con apelación subsidiaria, dentro de tercero día. Con todo, el tribunal podrá revocarla, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida provisional.</i></p>
---	--

Hay al menos dos diferencias sustanciales que pueden advertirse. Una, es que ahora se propone en el artículo 7° que las medidas cautelares puedan ser prejudiciales, pues hoy no se contemplan en dicha disposición, por lo que debieran regirse por los requisitos dispuestos en las reglas generales. Y, la otra, es que se añade a la suspensión provisional de actos, la ejecución de actos omitidos reclamados. Esta segunda medida cautelar es, en realidad, una medida innovativa o anticipativa, que va más allá de lo meramente asegurativo o de la paralización o inmovilización de una situación de hecho, y que viene a ser contemplada expresamente en esta ley, tal como se ha hecho en materia de familia y laboral.²⁶

²⁶ Así, en la Ley N°19.968, que crea los tribunales de Familia:

“Artículo 22.- Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o **innovativas** que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en **situaciones urgentes** y cuando lo exija el **interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.**”.

Y, también se ha entendido en materia laboral a partir del artículo 444 del Código del Trabajo:

“Art. 444. En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, **así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio** en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.”.



Precisamente, en tales estatutos el legislador ha sido cuidadoso en establecer la vinculación de la procedencia de estas medidas con aspectos materiales, tales como la urgencia, la inminencia de daño o la protección de un bien jurídico específico, pues su carácter anticipativo supone -las más de las veces- mayor afectación de los derechos del demandado. En el proyecto no se hace ninguna de estas precisiones, y se exige exactamente lo mismo para las medidas asegurativas como para las innovativas, con fórmulas que pueden ser entendidas como especificación del *periculum in mora* exigible en todas las cautelares (“*la ejecución o no ejecución del acto, según sea el caso, causare grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia o hiciere ilusorio lo que pudiere disponer la sentencia definitiva*”), antes que exigencias que aumenten el estándar para las innovativas. Ello redundante, luego, en que se eleva el estándar para las asegurativas y se rebaja para las anticipativas.

Décimo sexto. Carga de la Prueba (artículo 10).

El artículo 10 de la iniciativa, propone ciertas modificaciones a la carga de la prueba que se pueden observar en el siguiente comparado:

<p>Texto Vigente Ley N°20.609</p>	<p>Texto Aprobado por Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado</p>
<p><i>Artículo 10.- Prueba. Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.</i></p>	<p><i>Artículo 10.- Prueba. Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.</i></p> <p><i>Asimismo, podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él.</i></p>



<p><i>El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.</i></p>	<p><i>El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.</i></p> <p><i>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.</i></p>
---	---

De este modo, se puede observar que, con el objeto de atenuar la carga de la prueba del demandante, se integraron dos reglas distintas. La primera, consiste en la reproducción casi literal en el inciso segundo del artículo 10 del artículo 724 del Código de Procedimiento Civil²⁷, regla vigente para los juicios ordinarios de mínima cuantía, y cuyo efecto es dar poderes al juez para que pueda valorar la prueba de acuerdo al mayor o menor grado de cumplimiento de los deberes de conducta de las partes al interior del proceso (denominados deberes endoprosesales) y, en definitiva, de la buena fe procesal. Esta herramienta presta utilidad como compensación a la rigidez que ofrecen un sistema de prueba legal o tasada, generando consecuencias a los litigantes por las deficiencias en sus alegaciones o en el material probatorio que aportan. Extraña por ello que una regla de este tipo se introduzca en un procedimiento en que la valoración de la prueba se sujetará a la sana crítica, pues mal podría flexibilizar dicho régimen.

La segunda regla se encuentra contenida en el inciso final del artículo 10, y pretende atenuar la carga de la prueba que radica en el demandante cuando haya indicios suficientes de una conducta de discriminación, empleando una regla similar a la prevista en el procedimiento de tutela laboral (artículo 493 del Código del Trabajo).

Cabe señalar que una de las mayores críticas que se ha realizado a la Ley N°20.609 es en relación a la carga de la prueba. Así, se ha expresado que *“El análisis realizado en este trabajo da sustento a la idea de que la Ley Zamudio necesita ser reformada para clarificar que su función es combatir la desventaja estructural protegiendo a los sujetos estructuralmente desaventajados, así como para establecer que la carga de la prueba debe quedar en ciertas situaciones de*

²⁷ Art. 724. La prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él.



cargo del demandado”.²⁸ A su vez, se ha sostenido que *“El hecho que la ley no establezca variaciones a la carga de la prueba, quedándose en los infranqueables principios civiles sobre la materia, implica que esta (mera) acción judicial de no discriminación constituya una tutela ilusoria de protección a los principios de igualdad de trato y de no discriminación”*.²⁹ Finalmente, se ha agregado que *“Uno de los aspectos más problemáticos en los juicios de discriminación lo constituye la prueba, principalmente por cuanto la acreditación de un hecho discriminatorio puede ser muy difícil (en ocasiones son sólo dichos o expresiones sin mayor materialidad). En efecto, la jurisprudencia analizada demuestra que en un gran número de casos los tribunales rechazan la denuncia de discriminación por no haberse acreditado suficientemente los hechos”*³⁰.

Por su parte, tanto la experiencia comparada, como la misma acción de tutela laboral de nuestra legislación, permiten probar a través de indicios o invertir la carga de la prueba en caso de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En esta línea, se ha afirmado que *“En Estados Unidos, esta posibilidad es conocida como el desplazamiento McDonnell Douglas, en razón de la primera sentencia de la Corte Suprema que declaró que, en el caso de que un demandante ofreciera pruebas que prima facie sugirieran la existencia de prácticas de contratación discriminatorias, la responsabilidad de articular alguna razón legítima y no discriminatoria debe desplazarse al demandado; para decirlo en las palabras de la Corte, burden then must shift. La jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia recogió esta posibilidad en 1988 en el caso Danfoss, posteriormente regulada en la Directiva 97/80/CE del Consejo de la Unión Europea, de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y cuyo artículo 4° contempla la posibilidad de que ante “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”. En nuestra legislación, el artículo 493 del Código del Trabajo contempla la posibilidad de que, existiendo “indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales”, se traslade al demandado el deber de “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de*

²⁸ MUÑOZ, Fernando. Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015. En Rev. derecho (Valdivia) vol.28 no.2 Valdivia dic. 2015.

²⁹ SÁNCHEZ, Ignacio. Op. Cit. p. 21.

³⁰ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2017). Op. Cit.



su proporcionalidad". La Ley Zamudio, en tanto, no contempla explícitamente esta posibilidad".³¹

La propia Corte Suprema lo ha interpretado así, al expresar que *"Sobre el particular es menester señalar que, aunque no lo diga explícitamente la ley en comento, tratándose de una denuncia de lesión a derechos fundamentales, el peso de la prueba ha de recaer en el denunciado, quien deberá probar los fundamentos, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impugnada -siempre que existan indicios de tal vulneración- cuestión que no aparece satisfecha en autos"*³².

Considerando lo anterior, se puede observar que el proyecto de ley intenta hacerse cargo de una de las críticas que se ha realizado a la Ley N°20.609.

Sin embargo, la iniciativa en vez de optar por una fórmula que vaya en directa solución a los déficits advertidos, que pueden remediarse con la regla de inversión de la carga de la prueba, introduce un segundo dispositivo que podría implicar un retroceso, a pretexto de invocar transgresión de la buena fe procesal.

En este orden de ideas, se estima que la regla del inciso final es más acertada, ya que ha probado ser eficiente para cumplir los fines para los cuales fue instaurada en la tutela laboral, procedimiento cuya finalidad, estructura y régimen probatorio posee evidentes similitudes con la acción de discriminación arbitraria. Por lo tanto, se sugiere eliminar el inciso segundo.

Décimo séptimo. Eliminación de la multa por demandas infundadas.

Otro punto que incluye la propuesta es la eliminación de la multa que debe imponerse en la sentencia al actor que interponer una demanda que carece de todo fundamento (artículo 12). El inciso final del artículo 12 vigente de la Ley N°20.609 dispone que:

"Artículo 12. (...) Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal".

La iniciativa pretende eliminar el inciso en cuestión. Esta propuesta se hace cargo de una de las principales críticas que se han realizado a la Ley N°20.609, señalándola como una de las posibles causas de la falta de aplicación práctica de

³¹ MUÑOZ, Fernando. Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015. En Rev. derecho (Valdivia) vol.28 no.2 Valdivia dic. 2015. Disponible en la página web: <http://www.movilh.cl/documentacion/2016/analisis-sentencia-ley-zamudio.pdf>

³² Corte Suprema. Sentencia de 21 de junio de 2018. Rol N°38.521-2017. Considerando Séptimo.



la acción. En esta línea, la Dirección de Estudios de la Corte Suprema en un estudio estadístico de la aplicación práctica de esta ley señaló que *“A pesar de ello, se han detectado barreras que podrían estar actuando como un desincentivo para demandar, entre ellos, el demandante está expuesto al pago de costas. Claro ejemplo de ello es que el 20% de demandantes –correspondiente a 5 casos– fueron condenados a pagar costas, mientras que en 2 casos la causa fue rechazada y el demandante fue condenado a pagar multa, entre 2 y 5 UTM en beneficio fiscal”*.³³ De esta manera, no se advierten reparos respecto de esta modificación.

Décimo octavo. Reserva de acción indemnizatoria (artículos 14 y 14 bis)

El artículo 14 de la iniciativa propone una reserva de la acción de la acción indemnizatoria:

“Artículo 14.- Reserva de la acción indemnizatoria. Habiéndose pronunciado el tribunal, en la sentencia definitiva, sobre la acción indemnizatoria deducida en este procedimiento, de conformidad al artículo 5° bis, se entenderá reservada para ejercerla en la forma ordinaria en la oportunidad señalada en los incisos siguientes.

Para hacer efectiva la reserva de que trata el inciso anterior, el demandante deberá presentar su demanda indemnizatoria ante el tribunal competente conforme a los plazos de prescripción que sean aplicables, contados desde que la sentencia definitiva dictada en el procedimiento regulado en este título hubiere quedado firme”.

Por su parte, el artículo 14 bis, complementa la disposición, al estipular que:

“Artículo 14 bis.- Imputación a la indemnización en caso de reserva de la acción indemnizatoria. Si el demandante presentare la acción indemnizatoria reservada en conformidad al artículo anterior, y obtuviere una nueva sentencia condenatoria contra el demandado por los mismos hechos, se deberá imputar a la nueva indemnización el monto a que fue obligado el demandado en el procedimiento de este título, cuyo monto deberá ser reajustado conforme al Índice de Precios al Consumidor.

El demandado podrá siempre solicitar en el nuevo juicio que se tenga presente el monto a que fue condenado en el procedimiento reglado por

³³Dirección de Estudios Corte Suprema. Análisis Estadístico de la Ley N°20.609. 2017. p. 39.



esta ley y que se deduzca su valor para el caso de que volviere a ser condenado por los mismos hechos.

Con todo, para hacer uso del derecho establecido en los dos incisos anteriores, el demandado deberá acreditar que la sentencia condenatoria dictada en el procedimiento establecido por este título se encuentra firme”.

Estas disposiciones fueron fruto de una indicación propuesta por parte del ejecutivo, en la cual se sostuvo que *“...la indicación pretende hacerse cargo del nuevo elemento que se incorpora en la ley, que es la indemnización, y atiende a que el tipo de juicio que se tramitará no es en la sede idónea para perseguir la responsabilidad civil, con las limitaciones probatorias que supone, por ejemplo, respecto de la testimonial. (...) Explicó que la finalidad de la acción es hacer cesar el acto discriminatorio y la indemnización; sin embargo, pudiese ser que el demandante no obtuviera la reparación íntegra, por lo que la indicación propone la posibilidad de reservar una acción de indemnización general”³⁴.*

Al respecto, se puede observar que la institución de la reserva de acciones puede tener sentido considerando el escaso tiempo que existe para interponer la acción de discriminación arbitraria (90 días), en contraposición al extenso plazo para interponer una acción de indemnización por la vía ordinaria (4 años). Por cierto, puede estimarse que la estrechez de plazo conspira en contra de la reparación integral del daño y del derecho que asiste a la víctima para articular debidamente su defensa en juicio, particularmente en casos en que el daño indemnizable se podrá extender en el tiempo con posterioridad a la sentencia, como el lucro cesante o afectaciones a la calidad de vida que se siguen produciendo a la fecha de la sentencia, o que los medios de prueba se obtengan con posterioridad. En todos estos casos, entonces, el actor podría ejercer la acción de indemnización solo respecto de algunos rubros, partidas o fracciones de daño y reservarla respecto de otros.

Sin embargo, lo que causa perplejidad es que siendo la reserva un acto de parte, en que se plasma y se decide qué cuestión someter a consideración del tribunal y qué no, el articulado no considere la voluntad de la víctima, y asuma que la reserva debe decretarse de oficio por el tribunal en la sentencia, o que se entienda constituida de pleno derecho, sin que pueda colegirse cómo podría determinarse qué daño, rubro o partida quedaría reservado y cuál no. De ahí que se considere necesario subsanar tales deficiencias, acotando la reserva a ciertos

³⁴ Boletín N°12.748-17. INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica y fortalece la ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación. p. 220.



puntos específicos que explicita la víctima al ejercerse la acción. Solo en tal evento el tribunal estará en condiciones de acceder a la reserva en la parte respectiva y fallar en lo demás, sin sustituir la voluntad del actor ni sorprender a la parte demandada, y podrán aplicarse las reglas de imputación en el juicio en que se haga valer la acción reservada.

Décimo noveno. Comentario general al procedimiento.

Como se ha podido ver a lo largo de estas observaciones, el proyecto insiste en la técnica regulativa actual en la Ley N°20.609, esto es, mantener en un solo cuerpo legal normas generales de carácter sustantivo vinculada a derechos fundamentales, con una regulación detallada y especial de una acción judicial que se ejerce ante un tribunal ordinario.

Esta técnica es doblemente problemática. Primero, porque como ya se ha visto mantiene un escenario de pluralidad de estatutos jurídicos que tienden a conectarse y sobreponerse. Y, segundo, porque la mantención de un procedimiento especialísimo –en el que, como es inevitable, ha de aplicarse supletoriamente las reglas del Código de Procedimiento Civil- en una ley especial y, la profundización de esta especialidad con nuevas reglas, conspira en contra de la claridad de las fases, cargas y derechos de las partes, complejizando la utilización de esta acción para los afectados y generando amplios espacios de inseguridad y ambigüedad –particularmente, en determinar si la ley especial dejó un vacío que debe ser colmado por la legislación supletoria o si ello resulta incompatible con la ley especial- que deberán ser resueltos vía jurisprudencia a lo largo de los años.

Un buen ejemplo de estos problemas es la apuesta del proyecto a establecer una regla especial de cómputo de los plazos de la ley, determinando un sistema sutilmente diferente al del Código de Procedimiento Civil³⁵, sin que pueda comprenderse qué utilidad tiene ello que compense la complejidad que supone conocer esta regla.

³⁵ Se propone en la ley que:

“Artículo 3° quáter.- Plazos. Los plazos de días establecidos en esta ley se entenderán suspendidos durante los feriados, **salvo que se indique expresamente lo contrario.**”.

Mientras en el CPC se dispone que:

“Art. 66 (69). Los términos de días que establece el presente Código se entenderán suspendidos durante los feriados, **salvo que el tribunal, por motivos justificados, haya dispuesto expresamente lo contrario.**”



Por lo anterior, una técnica mucho más conveniente hubiera sido aplicar derechamente el procedimiento sumario y alterar algunas reglas específicas que sean imprescindibles para perfilar adecuadamente la protección y tutela judicial.

Vigésimo. Conclusiones.

Como se ha podido observar, el proyecto de ley en cuestión se ha hecho cargo de diversas observaciones que se han levantado a la Ley N°20.609, con miras a perfeccionar el mecanismo de tutela judicial ante actos de discriminación, los que se advierten como positivos y convenientes. Sin embargo, es posible advertir algunas dificultades que introduciría la preceptiva propuesta y se aprecian diversos aspectos de mejora que contribuirían a conseguir los objetivos de la iniciativa.

Dentro de estos puntos es posible mencionar los que dicen relación con los objetivos del cuerpo legal, en que a pesar de las elevadas pretensiones que propugna, se insiste en establecer como único mecanismo operativo un instrumento reactivo, como es la acción de no discriminación, sobre la cual se deposita la expectativa de “erradicar, prevenir, sancionar y reparar toda discriminación”, sin dotar a los órganos e instituciones del Estado de nuevas herramientas, mecanismos u obligaciones que permitan asegurar este derecho.

Acerca de la estructura del procedimiento, no se advierten, a pesar de las numerosas modificaciones a los preceptos vigentes y nuevos artículos que se introducen, modificaciones estructurales, manteniéndose la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil.

Se formulan en el cuerpo de este informe observaciones acerca de algunos puntos procesales específicos del proyecto y uno general, referido a la profundización de la complejidad de este procedimiento especial por medio de la adición de figuras procesales que en ocasiones están recogidas, y de mejor manera, en la legislación general, ello -la sobre especialización legal-, puede constituirse en una barrera para los afectados y puede dar lugar a espacios de inseguridad y ambigüedad en la interpretación de la ley procesal, que no contribuirán en definitiva a la consecución de los altos objetivos del proyecto.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley denominado



“Proyecto de ley que modifica y fortalece la ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación” (boletín N°12.748-17).

Se previene que los ministros señores Fuentes y Blanco, estuvieron por informar sólo lo consultado.

Oficiese.

PL-39-2020.”

Saluda atentamente a V.S.

