

LOS EFECTOS PROCESALES DE LA CORRECCIÓN POLÍTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO CON OCASIÓN DE LA LEY N° 20.609

*The procedural effects of political
correctness within the chilean legal
system, especially regarding law no.
20.609*

JAVIERA FARÍAS SOTO*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: El artículo realiza un análisis de los criterios de corrección política que en estos últimos años han permeado parte de la legislación nacional; centrando su estudio en el procedimiento judicial contemplado en la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Como resultado de este análisis, la autora sostiene que dicho procedimiento conlleva implícitamente el uso de criterios de corrección política que, atendida la praxis chilena, tienen la potencialidad de transformarse en verdaderos inversores de la carga de la prueba al obligar al denunciado la prueba del hecho negativo de “no discriminar”, entre otras nocivas consecuencias procesales en el sistema judicial nacional.

* Abogada. Licenciada en Derecho y Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumna regular del Programa de Doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile., Santiago, Chile. Becaria CONICYT para estudios de postgrado en Chile CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2014-21140540. Dirección Postal: Alameda 340, Santiago, Chile. <jcfarias@uc.cl>

Artículo recibido el 23 de marzo de 2015 y aprobado el 5 de mayo de 2015.

PALABRAS CLAVE: Ley n° 20.609 - corrección política - debido proceso - *onus probandi*.

ABSTRACT: The article analyzes the criteria of political correctness that have been included in part of the Chilean law in recent years; focusing its study in the judicial proceedings under Law n° 20.609 that establishes measures against discrimination issues. As a result of this analysis, the author exposes that this kind of procedure implicitly involves the use of political correctness's criteria that, given the Chilean praxis, have the potential to invert the *onus probandi* by requiring proof of a negative fact (not acting in a discriminatory manner), among other harmful procedural consequences in the national judiciary system.

KEY WORDS: Law N° 20.609 - political correctness - due process of law - *onus probandi*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo XX nuestras sociedades han sido protagonistas de cambios paradigmáticos a nivel de comprensión de los fenómenos económicos, políticos, sociales y jurídicos, los cuales han sido reinterpretados y redefinidos gracias a la influencia del postmodernismo¹ y otros movimientos² que niegan las grandes narrativas y cánones universales³, reemplazándolos

¹ Los planteamientos de este movimiento fueron la respuesta a los excesos totalitarios que inundaron la Europa de la Segunda Guerra Mundial. Así, identificando totalitarismos con universalismos se postuló que había que acabar con los segundos para evitar los primeros. En efecto, Pinillos (1995) p. 162 señala que el diferendo es la piedra angular de la concepción postmoderna, que permite hacer frente a la idea del Todo que han manejado a su antojo los totalitarismos para justificarse moralmente. El fenómeno postmoderno carece de un discurso unificado, su pluralismo es grande y en él cabe de todo y hay de todo. El postmodernismo es un intento menos agresivo y totalizador de ver el mundo y la vida en él, que acepta la ambigüedad de la vida, que se resiste a ponerse el uniforme de una pseudo universalidad, que rechaza las grandes narrativas de las que desciende la uniformidad que cohibe, que desconfiaba del progreso, que cree en la utilidad de las rupturas, que vive cómodo en los fragmentos que resultan de ellas y que, en última instancia, no quiere que la diversidad de las culturas perezca bajo la hegemonía de una civilización materialmente unificada. PINILLOS (1995) p. 167.

² Entre ellos, el deconstructivismo lingüístico de Jacques Derridá al cual nos referiremos *infra*.

³ Cánones que vienen desde el mundo clásico, donde la ley era la expresión de la racionalidad de la naturaleza y, por tanto, de alcance universal, inmutable y eterna. Esta uni-

por la particularidad de las pequeñas historias y el valor intrínseco de la diversidad por la diversidad.

En lo que respecta a lo jurídico como fenómeno, ante la imposibilidad de recurrir a sistemas normativos o éticas cuyo contenido sea material universalmente; ha tomado gran relevancia la determinación de los derechos subjetivos frente a los derechos objetivos de antaño, que son desertados precisamente a causa de este abandono de los cánones universales de los cuales dependen.

Sin embargo, esta reafirmación de los derechos subjetivos no se da aisladamente en una comunidad. Va premunido, sino pragmáticamente coordinado, con una campaña mediática que paralelamente reformula en la sociedad el modo de concebir las exigencias jurídicas y reconstruye el lenguaje mediante el cual se expresan los derechos y deberes de los operadores jurídicos⁴.

versalidad vino a cambiar de fuente y de forma con el Renacimiento, pasando a ser una universalidad de fuente terrenal y más pragmática. En la Ilustración, en cambio, se retornó al estudio de los principios intemporales y universales a través de los postulados de la razón, transfiriendo la autoridad universal de la ley medieval a una razón secular de la cual las ciencias fueran su principal instrumento (como la Ley de Newton), llevando a la unicidad de la civilización y a la construcción de una gran narrativa en torno a la misma (todos los hombres, sin distinción, respondían al mismo constructo filosófico y racional). PINILLOS (1995) pp. 163-166.

⁴ Esta reconstrucción, o más propiamente deconstrucción lingüística, bebe de la base post-moderna planteada por Derridá de que ya la sociedad se encontraba al fin de la historia del logocentrismo, pasando a separar el significado –contenido– del significante –conteniente lingüístico sonoro, gráfico, etc.–, perdiendo la univocidad y pudiendo éste a su vez contener múltiples significados. Siendo que el significante ya no se encuentra anclado al significado (tiene existencia autónoma) y que el significante puede adoptar diversas formas (escrituras), lo que determinará la expresión que esté contenida en el significante será lo que el intérprete aporte a dicho significante y de la manera como él lo construya (Cfr. DERRIDA, (1967) pp. 48 y ss.). Con esta noción, se clausura la tesis clásica sostenida desde Aristóteles que existen cosas (significados) externas al intérprete a los cuales el intelecto se adapta y que son cognoscibles (*Adaequatio rei et intellectus*) y de las cuales el significante es su fiel huella o reflejo.

Con lo anterior, la aproximación cognoscitiva a todo (incluyendo al Derecho) no puede ser orientada a la cosa (significado) misma, pues no existe; lo que existe de ella son sólo los significantes que, sin parámetro previo, pueden ser llenados por un intérprete a plena arbitrariedad y, a través de ellos y de un constante ejercicio de destruir/construir, acercarse al significado (mas nunca llegar a él). Es lo que se llama deconstruccionismo lingüístico. Ejemplo de ello es “La farmacia de Platón”, texto en el cual Derrida expone: “Cuando el

Así, el lenguaje básico de los operadores jurídicos (la norma jurídica) ha sufrido modificaciones en orden a adaptarse a estos nuevos estímulos de corte ideológico⁵ no sólo por sus planteamientos, sino también por sus efectos. Para que ocurra esto se debe prescindir o clausurar aquellos parámetros comunes e inmutables que regían la actividad jurídica. Es necesario repensar la formación y el contenido normativo, dado que ya no es la norma la que se adapta a la realidad (parámetro objetivo), sino que es la interpretación de la realidad (parámetro subjetivo) la que debe adquirir un carácter legal: ser protegido, promovido o permitido por el Derecho.

Dado que la interpretación de la realidad de los operadores jurídicos puede ser tan buena una de otra, la realidad que viene a regular la norma no es tal, sino una expresión de la opinión pública e incluso se puede sostener que las normas jurídicas encontrarían su fundamento más en la psicología de grupo⁶ que en determinaciones materiales-universales como la justicia conmutativa o distributiva aristotélica.

Y es precisamente lo que ha ocurrido en Chile con el establecimiento de legislaciones especializadas donde los expertos divisaron lagunas (que no eran tales)⁷ y abogaron por años la creación de normas subjetivizadas⁸

proscenio textual de la palabra *fármaco*, aun significando *remedio*, cita, re-cita y da a leer lo que en *la misma palabra* significa, en otro lugar y a otra altura de la escena, *veneno* (pues *farmacon* quiere decir aún más cosas), la elección de una sola de esas palabras francesas por el traductor tiene como primer efecto neutralizar el juego citativo, el “anagrama”, y en último término sencillamente la textualidad del texto traducido.” (Cfr. DERRIDA (1975) p. 146)

⁵ Como forma de interpretar el mundo desde una determinada praxis, en este caso, la lucha de los opuestos (Cfr. DERRIDA (1975) p. 137). Los autores sostienen que una ideología ha sido exitosa cuando las políticas públicas y los acuerdos sociales, por ejemplo, son visibilizados como lógicos y necesarios; cuando su legitimidad, en otras palabras, es entendida basada en una estructura universal y apela a intereses generalizables (Cfr. MING CHOI Y MURPHY (1992) p. 32, la traducción es nuestra.) Y es precisamente la forma que ha adaptado esta reafirmación de los derechos subjetivos: generalizándolos en la diversidad, que es lo que ha ocurrido en el ordenamiento jurídico chileno.

⁶ MING CHOI Y MURPHY (1992) p. 37, la traducción es nuestra.

⁷ Bastan ejercicios de integración e interpretación normativa para dar cumplimiento al mandato constitucional de asegurar a todas las personas sus derechos fundamentales consagrados tanto en la legislación nacional como en la internacional ratificada y vigente. En definitiva, construir racionales y sólidas argumentaciones.

⁸ Esta subjetivización normativa queda reflejada en un fenómeno comunicacional muy curioso. En los últimos cinco años la nomenclatura de la legislación ha variado desde el parámetro objetivo del número (v.gr.: Ley 18.175 sobre Quiebras) al parámetro subjetivo

basadas en el clamor popular concreto de un determinado hecho; obviando con ello la circunstancia de que la multiplicidad de normas creadas por este ímpetu subjetivo llevará a mayores lagunas y contradicciones, resultando en un efecto contraproducente por quienes precisamente deseaban salvarlas mediante la dictación de normativa de carácter especial.

En este contexto de reconstrucción (o deconstrucción) del lenguaje jurídico y de sus consecuencias, procederemos a analizar la Ley n° 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación, en particular, el aspecto de aplicación judicial de esta normativa; por cuanto ella es un reflejo especialísimo de uno de los fenómenos postmodernistas que ha tenido mayor influencia jurídica en los últimos años: la denominada “*corrección política*” cambiando no sólo las concepciones sobre el derecho subjetivo a ser tratado en igualdad de condiciones, sino que también la sustancialidad de otros derechos fundamentales, como el derecho al Debido Proceso según se demostrará.

II. LA ADOPCIÓN DE CRITERIOS DE CORRECCIÓN POLÍTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Inspirado en postulados postmodernistas, la corrección política es un fenómeno que ha venido desarrollándose desde la academia y las organizaciones no gubernamentales con amplia fuerza desde 1960. La doctrina especializada la ha descrito como un hecho social y lingüístico, un conjunto de comportamientos y actitudes que tienden a minimizar la discriminación de diversos grupos en función de su origen, raza o sexo⁹. Por su parte, para el *Oxford Dictionary of New Worlds* este fenómeno consiste en adecuarse

del nombre de quienes motivaron su creación. Así, frente al “ciudadano a pie”, la Ley n° 20.770 puede no decirle nada, mientras que señalar “Ley Emilia” apela a la circunstancia de que se legisló para establecer en la Ley del Tránsito la responsabilidad penal del conductor que no se somete a los exámenes para determinar el manejo en estado de ebriedad; y la Ley n° 20.770 es la nomenclatura objetiva de la “*Ley Emilia*”.

Esto da pie, a su vez, para la siguiente reflexión que excede el propósito de esta monografía, pero que sería interesante de abordar a nivel sociológico y de teoría del Derecho: el paso del uso de la numeración al uso de la denominación legislativa nos lleva implícitamente a sobrepoblarnos de cuantas normas sean necesarias por situaciones subjetivas que afecten a las personas; perdiendo noción de que se volverá imposible para los operados jurídicos el dominio de más de 21.000 leyes (no contando los Decretos Leyes y otros cuerpos normativos de igual o inferior rango), conduciendo a la fragmentación del conocimiento y de la lógica jurídica cuya unidad e integración armónica es esencial para la preservación del orden social.

⁹ BALLESTER (2012) p. 175

a un cuerpo de opiniones liberales o radicales en materias de orden social, caracterizado por la defensa de los puntos de vista aprobados (socialmente), y el rechazo del lenguaje y del comportamiento discriminatorio u ofensivo¹⁰.

La situación diagnosticada que lleva al surgimiento de la corrección política obedece, de acuerdo a la academia, a la necesidad de re-examinar el lenguaje que ocupamos habida la consideración de las necesidades y sentimientos de los otros cuando escogemos las palabras que escogemos para comunicarnos, abogando por una mayor precisión en el uso del lenguaje (precisión material, más que formal). El emplear un lenguaje determinado dentro de la esfera pública asegura que diferentes opiniones, estilos de vida, elecciones y experiencias sean reconocidos (en lo que respecta a lo jurídico, mediante el Derecho), dando la oportunidad a todos de ser escuchados y minimizando los efectos alienantes y ostracistas que pueden generarse mediante el lenguaje que no refleja precisamente a determinados grupos¹¹.

Pero dichas descripciones y fundamentos no exponen los mecanismos que usa la corrección política para permear el haber social. Por ello, sostenemos que la corrección política, amén de las anteriores descripciones y en razón del fundamento expuesto, es principalmente una estrategia de dominación¹² del lenguaje y control conductual-social basada en la generación de determinados códigos (expresiones, acciones y doctrinas) considerados aceptables o inaceptables dentro de la esfera pública y su correspondiente promoción o sanción, respectivamente¹³, con el propósito de orientar la comunicación humana y sus consecuencias.

Esta estrategia, para el caso en estudio, busca implantarse por medio de la legislación mediante la modificación del lenguaje¹⁴ utilizado en la misma. Para ello, sirva de parangón la siguiente comparativa:

¹⁰ Citado por MADRID (2014) p. 237.

¹¹ UNIVERSITY OF MELBOURNE (2014) p. 2-3 (la traducción es nuestra). En la búsqueda de un lenguaje respetuoso y a la vez representativo, se han generado nuevos neologismos para en ellos abarcar determinadas concepciones, estilos de vida y elecciones de las más diversas clases; todas con mayor o menor relevancia en la vida jurídica, que es la vida de interacciones entre las personas.

¹² De ahí el adjetivo de política.

¹³ MADRID (2014) p. 242.

¹⁴ Dentro de las características que se predicen de la corrección política se encuentran: centralidad en el lenguaje (entendiendo que toda forma de expresión del ser humano es lenguaje –aquí es donde radica el tinte totalitarista de esta concepción pues abarcaría todo lo que el ser humano es en forma contingente, mas no trascendientemente–); reflejo de opiniones

- A) Nuestra Constitución Política establece en el artículo 20 inciso primero lo siguiente: *“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°¹⁵, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.*
- A) Paralelamente, en un cuerpo normativo de inferior rango (Ley n° 20.609) se establece en su artículo 2° lo siguiente: *“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 orientación sexual, la identidad 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.

aprobadas socialmente, rechazo al lenguaje discriminatorio contra las minorías (reemplazándolo por un lenguaje inclusivo), impulso de políticas de discriminación positiva y de reparación hacia grupos catalogados como víctimas, fomento de la multiculturalidad (con la consecuente desestabilización de concepciones unitarias y ordenadas de civilización) y orientación hacia la subjetividad.

¹⁵ Este numeral del artículo 19° establece: La Constitución asegura a todas las personas: *“2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.*

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”.

Es observable aquí como un mismo fenómeno (la arbitrariedad¹⁶ frente al ejercicio legítimo de determinados derechos) abordado en simples palabras por lo dispuesto en la norma constitucional requiere una elaboración lingüística tan sofisticada en la Ley n° 20.609 para lograr el mismo efecto, esto es, el restablecimiento del imperio del derecho¹⁷. ¿A qué se debe esto? Pues bien, sostenemos que se debe precisamente a una estrategia de transformación lingüística de la expresión constitucional “*actos u omisiones arbitrarios o ilegales*” en la expresión legal “*distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable*”, estrategia que responde precisamente a criterios de corrección política.

En efecto, mientras la primera expresión apela a parámetros objetivos (lo arbitrario como un concepto predefinido de igual rango que lo ilegal¹⁸), la segunda más bien apela a parámetros subjetivos mediante la noción de “*justificación razonable*” por cuanto la razonabilidad, si bien deriva de la racionalidad, no es su sinónimo. Lo racional es aquello que responde a la razón, al intelecto adecuado a la realidad; mientras que lo razonable es aquello que puede deducirse o inducirse desde determinadas premisas lógicas para fabricar una conclusión. Así, se puede decir que una argumentación es razonable mas puede no ser racional; no así a la inversa. Sin embargo, el hablar de “*justificación racional*” en el contexto de esta Ley es precisamente excluido¹⁹, por

¹⁶ Que puede adoptar la forma de acción u omisión. En ese sentido, es interesante destacar como la Ley n° 20.609 indica que el criterio viene a ser “*toda distinción, exclusión o restricción*”, es decir, acciones (no obstante puedan algunas omisiones entenderse así, pero eso complejizaría aún más la judicialización del proceso en materia probatoria como se verá *infra*); mientras que la norma constitucional es mucho más amplia al abarcar en su texto tanto acciones como omisiones.

¹⁷ Artículo 20 de la Constitución Política de la República y Artículo 1° inciso primero de la Ley n° 20.609 *in fine*. Si bien en abstracto el objetivo de ambas normas es el mismo, los mecanismos procesales para ello guardan grandes diferencias.

¹⁸ SOTO KLOSS (2009) p. 589

¹⁹ En efecto, según la historia fidedigna del establecimiento de esta Ley, las indicaciones que buscaban re-redactar el actual artículo 2° en el siguiente tenor: “*toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricción o preferencia*” o “*toda forma injustificada, caprichosa*”

cuanto significaría apelar a un parámetro objetivo que no se condice con los fundamentos postmodernistas ya expuestos.

Es observable que la corrección política, como estrategia del lenguaje, es representada mediante constructos lingüísticos que adoptan la forma de eufemismos pero que materialmente poseen un contenido diverso, tan fluctuante como lo sean las redes de persuasión a través de las cuales ellos se propagan²⁰. Así, los eufemismos usados por la corrección política “*no tienen por objeto suavizar el lenguaje por una razón tradicional de buenas maneras, educación o respeto; se trata más bien de eufemismo utilizados para imponer, a través del lenguaje, una cierta ideología de contenidos muy específicos*”²¹. Estos eufemismos siguen una línea que surge desde la academia²², pasando a popularizarse en el lenguaje común y encontrando asiento definitivo en las bases organizativas de la sociedad, como por ejemplo, en las leyes.

Pero en el caso de la ley ¿es tan dañina la inclusión eufemística de una expresión, si con ello se clarifica su alcance o, como se señaló *supra*, mediante ella se asegura la participación y reconocimiento de opiniones, estilos de vida, actitudes y elecciones de diversa índole? *Prima facie* no guarda daño alguno, pero la reverberación del fenómeno sí trae a la larga consecuencias jurídicas sustanciales y adjetivas.

Respecto de las primeras, implica repensar y re-crear las instituciones jurídicas que han servido de base para el ordenamiento social, recreación que volverá a repetirse cuantas veces sea exigido con todo el desgaste que

o irracional de distinción, exclusión, restricción o preferencia” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012) p. 490 y p. 653) fueron desechadas.

²⁰ Ejemplo de ello es la popularización de determinadas expresiones en el habla común de una determinada sociedad; expresiones que antes tenían un uso científicamente acotado y que, en una de sus acepciones, se fueron masificando para pasar a ser parte del discurso diario. Así, las expresiones: pluralismo, tolerancia, inclusivo(a), representativo(a), entre otras, fueron privadas de su contenido técnico (de su significado), pasando a ser significantes adaptables en el lenguaje y cuyo uso mejora, en algún sentido, la percepción del discurso en el cual es utilizada. Ejemplo de ello es el discurso en el que se aluda al alza de impuestos, medida muy poco popular, pero que si es aderezada con expresiones como “*la necesidad de generar espacios inclusivos con los recursos que provea dicha alza*” ya no es una medida tan impopular (no obstante esa frase no diga nada y mantenga el centro del discurso, cual es, el justificar razonablemente –ver *supra*– un alza de impuestos).

²¹ MADRID (2014) p. 242.

²² Su fuente y hogar por excelencia, en el entendido de que son construcciones lingüísticas necesarias para arribar al estudio y análisis de la verdad.

ello conlleva²³, a costa de valores fundamentales como la certeza y seguridad jurídicas. Respecto de las segundas, obliga a los operadores jurídicos a multiplicar y especializar normativas que se hagan cargo de cada constructo eufemístico por el alejamiento que éste representa con los fundamentos básicos²⁴, normativas que también irán creciendo hacia el infinito²⁵.

En nuestro país, este replanteamiento de conceptos mediante la corrección política ha adoptado diversas formas legislativas²⁶, entre las cuales destacamos:

²³ Véase, por ejemplo, toda la discusión sostenida en la legislación occidental sobre la naturaleza jurídica del Matrimonio y los contratos miméticos que desean obtener reconocimiento legislativo (como el Acuerdo de Vida en Pareja y el Pacto de Unión Civil).

²⁴ En efecto, tal como es observable en el ejemplo *supra*; siendo los fundamentos básicos de determinada acción jurisdiccional el restablecer el imperio del Derecho vulnerado por el actuar u omisión arbitraria o ilegal de un tercero respecto de los derechos fundamentales (sea que estén explicitados o puedan ser reconducidos unos a otros mediante un ejercicio interpretativo), no se ve la necesidad teórica o práctica de la creación de una normativa especial que explicita determinadas vulneraciones arbitrarias. Díaz (2013) p. 636 cita al efecto la opinión de la propia Corte Suprema de Justicia y de destacados académicos que sostenían esta posición. Quizás las únicas necesidades que vendrían a ser satisfechas por esta legislación son tres: a) poner a disposición de la población una de las tantas acciones jurisdiccionales con el fin de los promotores de esta iniciativa pudieran obtener mayores índices de popularidad/votos; b) colaborar en la estrategia comunicacional de repensar el discurso jurídico en orden a dar cabida a toda clase de derechos subjetivos (incluso aquellos que lejanamente pueden predicarse como derechos), por cuanto su preclusión podría responder a una discriminación arbitraria; y c) más siniestramente, proveer a una fuente de financiamiento estatal producto de estas conductas, si se tiene en consideración lo dispuesto en el artículo 12 incisos 2° y 3° de la Ley n° 20.609 que establece multas a beneficio fiscal para quienes incurran en una acción de discriminación arbitraria y a quienes realicen semejante denuncia sin fundamento.

²⁵ Este efecto se produce por el denominado *molino eufemístico*. Dado que la creación de un denominado eufemismo para referirse a una realidad (v.gr.: discapacitados por *personas con capacidades diferentes*) no modifica las realidades subyacentes o la dinámica social relacionada con ellas, el término eufemístico entra en circulación y es usado por las personas en la misma forma en que era usado el término que el eufemismo vino a reemplazar (sea despectiva, científica o neutra); debiendo a corto o mediano plazo ser reemplazado por otro eufemismo y así sucesivamente (O'NEILL (2011) pp. 282 - 283. La traducción es nuestra). Estos reemplazos continuos pueden ir ganando en riqueza de vocabulario, pero perdiendo en orden a ser adecuados descriptores de la realidad y, en lo que respecta al Derecho, precisas guías de conducta de las personas.

²⁶ Se citan aquí aquellas que reflejan la corrección política de un modo más evidente. Hay otras normas, por ejemplo, el establecimiento de feriados regionales o interregionales que se enfocan en resaltar la diferencia respecto a las fechas relevantes para uno y otro sector

- A) Ley n° 20.480, publicada en el D.O. de fecha 18 de diciembre de 2010 que *Modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio*. Esta norma miscelánea contempla en su contenido varias modificaciones al Código Penal que inciden de forma relevante en su dogmática²⁷, pero la modificación que ha hecho más conocida a esta norma es el cambio de paradigma respecto de la figura penal de parricidio y la aparición del neologismo femicidio. Ambas circunstancias responden al fenómeno de la corrección política. La primera, por cuanto con el propósito de extender el fundamento de la figura penal privilegiada basal (el parricidio) a relaciones pasadas (a quien es o haya sido su cónyuge o conviviente); estima que el vínculo afectivo pasado que ligó a víctima y victimario continúa vigente para efectos de agravar el delito²⁸. La segunda, en cambio, siendo aún para la estructura dogmática de la pena un parricidio, cambia de nombre pasando a denominarse *femicidio* en razón de que se trata de un parricidio cometido sobre una mujer que tiene o tuvo la calidad de cónyuge o conviviente del sujeto activo. En cuanto a la punibilidad del delito, éste no sufre mayores modificaciones, pero en cuanto a la estela de publicidad que representa un *femicidio* respecto de un parricidio (cambio lingüístico) éste es observado por la sociedad común como más grave y, por ende, más reprochable que el homicidio de un padre a un hijo, de una mujer a su marido o entre hermanos; por cuanto todos esos hechos se denominan, igualmente, parricidio; no generando el impacto de repudio que dicha figura debe conllevar.
- B) Ley n° 20.776 publicada en el D.O. de fecha 27 de octubre de 2014 que *Modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los Trabajadores de Casa Particular, y prohíbe la exigencia de Uniforme en Lugares Públicos*. Si bien esta norma viene a proteger los derechos de

del país; lo cual demuestra la fragmentación de la historia chilena mediante la multiplicidad de fechas conmemorativas ya no a nivel nacional, sino regional.

²⁷ Como el establecimiento de la eximente de responsabilidad penal denominada "*estado de necesidad exculpante*" (mediante la introducción del artículo 10 N°11 del Código Penal) y la coautoría en los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales como agravante específica (mediante la introducción del artículo 368 Bis).

²⁸ Apelando así a la influencia de subjetividad emocional que ligó a ambos y, con ello, desmejorando la posición de las relaciones afectivas actuales y su estabilidad, al equipararlas con las pasadas.

los trabajadores de casa particular²⁹ atendidas las precarias condiciones de trabajo que en algunos casos conservan, la inclusión del artículo 151 Bis³⁰ en el Código del Trabajo en razón de esta ley es otro ejemplo del fenómeno de la corrección política. Atendido a que ya no sólo el término de trabajador de casa particular pueda resultar alienante u ostracista para algún sector de la población, ahora su expresión mediante las vestimentas identificatorias de la labor que desarrollan es clausurada a las paredes de la vivienda en que trabajan; no pudiendo ser obligados por su empleador a utilizarlas en recintos públicos ni ello condicionar su situación laboral. Esto implícitamente trae dos consecuencias aparejadas: la primera, que la dignidad y distinción de la labor misma se irá desvaneciendo ya que no, siendo requisito usar en público una vestimenta identificatoria, ésta perderá el sentido de ser utilizada en privado (sólo estará a la vista del empleador, que bien puede desistirse de su uso). La segunda es la intencionada igualación frente a terceros entre empleado y empleador, desvaneciéndose también la relación jerárquica que los liga en virtud de un contrato de trabajo absolutamente reglado y tutelar del trabajador de casa particular. El empleador no podrá aludir ante el público que X o Y son sus empleados, pues no están usando sus vestimentas ni pueden ser obligados a ello³¹, dependiendo así del acuerdo o declaración de voluntad de éstos frente a terceros de que efectivamente se encuentran ambos vinculados en una relación laboral.

- C) Ley n° 20.729 publicada en el D.O. de fecha 04 de marzo del 2014 que *Establece obligaciones relativas a la propina en restaurantes, bares, pubs, clubes, discotecas y similares*. Esta norma introduce un artículo 64 en

²⁹ Es necesario hacer presente que la expresión “trabajadores de casa particular” responde también a la influencia de la corrección política. Primeramente llamados “empleados domésticos” (o “domésticos”), la expresión comenzó a adquirir tonos despectivos (véase nota 26) lo que impulsó el rediseño de la misma hacia la expresión eufemística “trabajadores de casa particular”, que se incluyó en el Capítulo V del Libro I del Código del Trabajo promulgado mediante el D.F.L. 1 publicado en el D.O. de fecha 16 de enero del 2003.

³⁰ *Artículo 151 bis.- Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores de casa particular, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al uso de uniformes, delantales o cualquier otro distintivo o vestimenta identificadores en espacios, lugares o establecimientos públicos como parques, plazas, playas, restaurantes, hoteles, locales comerciales, clubes sociales y otros de similar naturaleza.*

³¹ Incluso señalar que son sus empleados en público puede ser enmarcado dentro de la Ley n° 20.609 como un acto de discriminación arbitraria.

el Código del Trabajo³² que viene a regular una práctica de entregar un estipendio por un buen servicio prestado por los funcionarios del local (la propina) transformándola en una obligación jurídica y, por ende, obligando a que independiente de las circunstancias de atención el cliente deje el 10% del consumo a dicho título salvo que manifieste su voluntad en contrario; situación que en la práctica es casi imposible pues dicho 10% vendrá agregado al cobro completo del servicio otorgado, disfrazado bajo el eufemismo de "*propina sugerida*". Así, la conducta de la propina se juridifica como un derecho subjetivo que las personas que trabajan en el servicio de dichos locales se han adjudicado por el sólo hecho de prestar ese servicio (independiente de la calidad o circunstancias del mismo), conculcando en la práctica el derecho reservado del otro (del cliente) a otorgarla o no³³.

- D) Ley n° 20.609 publicada en el D.O. de fecha 24 de julio de 2012 que "*Establece medidas contra la discriminación*". Como se expone en este trabajo, esta norma consiste en una clara juridización de la corrección política. Tal como expone un autor, el propósito de esta Ley es transformar las mentalidades y prácticas sociales que dan sustento a los actos específicos de discriminación. En ese sentido, ella debe ser vista como portadora de un *juicio reflexivo* formulado a través del proceso legislativo que enjuicia ciertas creencias socialmente compartidas, ciertas intuiciones, y decide intentar erradicarlas por su incompatibilidad con los valores que sustentan a una democracia constitucional: la libertad, la igualdad, la fraternidad y la dignidad³⁴.

Como hemos visto, cuando el fenómeno de la corrección política ha sido juridificado mediante su establecimiento en determinadas normas, es necesario revisar si los procedimientos adoptados para su concretización efectivamente fomentan la protección y promoción de todos y todas, permitiendo que sean todos escuchados y respetados en su particularidad³⁵. Para

³² "Artículo 64.- En los establecimientos que atiendan público a través de garzones, como restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares, el empleador deberá sugerir, en cada cuenta de consumo, el monto correspondiente a una propina de a lo menos el 10% del mismo, la que deberá pagarse por el cliente, salvo que éste manifieste su voluntad en contrario."

³³ Si bien la ley prevé la circunstancia de que el cliente manifieste su voluntad en contra de la propina, ello no ocurre en la mayoría de las situaciones, producto de la presión social, la presión (ilegítima) del mismo locatario y sus funcionarios u otros factores.

³⁴ MUÑOZ (2013) p. 223

³⁵ Otro de los paradigmas que propugna la corrección política.

ello analizaremos a nivel legislativo y doctrina el procedimiento establecido en la Ley n° 20.609 como paradigma de la judicialización de lo políticamente correcto.

III. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA LEY N° 20.609 COMO MANIFESTACIÓN PROCESAL DE LA CORRECCIÓN POLÍTICA

La Ley n° 20.609 ha sido objeto en su corta vida jurídica de cierta discusión académica en lo que respecta a su contenido de no discriminación³⁶. Sistemáticamente se encuentra compuesta de tres títulos. El primero denominado *Disposiciones Generales* que sirve como guía al juez-intérprete estableciendo el propósito de la norma³⁷ (artículo 1°) y determinadas categorías sospechosas³⁸ de discriminación (artículo 2°), siendo éste el centro dogmático del denominado "*derecho antidiscriminatorio*" en Chile. El segundo, denominado *La acción de no discriminación arbitraria* contempla en sus artículos 3 a 14 el procedimiento que se analizará jurisprudencialmente. El tercero, denominado *Reformas a otros cuerpo legales* introduce modificaciones al Estatuto Administrativo Central y Municipal, así como la creación de una agravante en

³⁶ En esta discusión han participado los académicos ALVEAR y COVARRUBIAS (2012), MUÑOZ (2013), DÍAZ GARCÍA (2013), DÍAZ DE VALDÉS (2013) y DÍAZ DE VALDÉS (2014).

³⁷ Propósito cuya única concretización es lo establecido en el inciso primero: el establecimiento de un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Es interesante la reflexión de DÍAZ DE VALDÉS (2014) p. 169 sobre las aspiraciones de la prohibición de discriminación: Una cosa es querer impedir ciertos efectos discriminatorios que causan daño, y otra cosa muy distinta eliminar las causas de la discriminación y los pensamientos (no actos) discriminatorios. Esta diferencia es importante por tres razones. Primero, nos sitúa en una perspectiva más realista en relación a lo que el ordenamiento jurídico puede conseguir en el combate a la discriminación. Segundo, nos permite avizorar que las causas de la discriminación (perjuicios, estereotipos, convenciones sociales, preferencias, etc.), son difícilmente afectadas por la prohibición normativa. Tercero, es muy probable que actos discriminatorios no expresamente prohibidos continúen sucediéndose no obstante la existencia de normativa antidiscriminatoria.

³⁸ DÍAZ DE VALDÉS (2014) p. 177. En el mismo sentido, MUÑOZ (2013) p. 202. Sobre las categorías sospechosas DÍAZ GARCÍA (2013) pp. 643-644 señala que con ellas se alude a ciertas propiedades, características, rasgos o condiciones predicables de las personas que en los hechos o en el derecho han estado históricamente relacionadas con un trato discriminatorio, principalmente en razón del sexo o la raza. Estas categorías, que beben del Derecho Internacional y de múltiples tratados en los que se consagran, contemplan dos ideas fundamentales: a) se prohíbe la diferencia de tratado basada en ellas; b) no toda diferencia de trato fundada en ellas constituye discriminación.

el artículo 12 N°21° aplicable a los denominados crímenes de odio y, finalmente, una norma de clausura³⁹ que expone que los preceptos de la ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con excepción de las señaladas en dicho título.

En las Disposiciones Generales se evidencia la intencionalidad de, mediante esta norma, prevenir la discriminación de determinadas minorías (catalogadas en las categorías sospechosas) estableciendo un mecanismo de reclamación específico en sede judicial en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación.

Pero al existir en nuestro universo legislativo una serie de acciones (protección, amparo, recursos jurisdiccionales comunes, tutela laboral), el sumar otra más (acción de no discriminación arbitraria) convierte el proceso de protección de derechos fundamentales deseado en una instancia más gravosa para el afectado⁴⁰; puesto que lo obliga al conocimiento de una serie de distinciones y conceptos jurídicos que le permitan escoger adecuadamente la acción idónea para la efectiva protección de su derecho vulnerado, requiriendo una asesoría profesional especializada tanto del afectado mismo como de la formación de la propia jurisdicción para hacer frente a esta nueva acción; costos que a juicio de la doctrina especializada no se justificarían dentro de un sistema jurídico como el nuestro que cuenta ya con una acción cautelar efectiva, de pronta ejecución y que protege los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, como lo es el recurso de protección⁴¹.

³⁹ Cuyo propósito fue, a nuestro juicio, evitar extender el manto antidiscriminatorio vertido por esta ley a otras normas contingentes en discusión, como lo es para algunos grupos la definición de matrimonio contenida en el artículo 102 del Código Civil chileno. Sin esta norma, un ejercicio interpretativo hubiera llevado a sostener que, desde la publicación de esta norma, debería admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo pues su exclusión de dicha institución constituiría una discriminación arbitraria; sin perjuicio de lo expuesto en el artículo 6° de la misma ley que prohíbe invocar esta acción contra leyes vigentes.

⁴⁰ Por ello, el artículo 6° de la Ley establece esta acción como residual de cada una de las otras acciones mencionadas, otorgándole un plazo más amplio para su interposición (artículo 5°: 90 días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria o desde que tome conocimiento del mismo -usando el mismo lenguaje del recurso de protección-, con límite en 1 año desde dicho evento) y, frente a otras acciones deducidas en paralelo, dándole prioridad a ellas por sobre ésta.

⁴¹ Sobre dicha acción cautelar y su efectividad tanto respecto de particulares como de la administración, véase SOTO KLOSS (2009) p.543-638. Tan efectivo es este postulado que la misma acción de no discriminación arbitraria toma varias expresiones tanto del artículo

Entonces ¿cuál es la justificación tras el establecimiento de esta norma y, en particular, del nuevo procedimiento ante una acción de discriminación arbitraria? Para algunos, esta norma vendría a regular el fenómeno de la discriminación que se da entre privados⁴² de una forma más explícita (no siendo suficiente la obligatoriedad constitucional prevista en el artículo 6° de la Constitución Política de la República⁴³ en relación con el artículo 19° de la misma Carta Magna), atendiendo al fenómeno de la discriminación mediante los factores de quién, qué y por qué se discrimina⁴⁴ que permiten orientar en qué situaciones esta discriminación puede o debe prohibirse y cuándo debe tolerarse.

Con mayor razón, entonces, es necesario atender al procedimiento dispuesto en el título II de dicha normativa, pues mediante él se concretiza el lema de dar la oportunidad a todos (los privados) de ser escuchados y respetados al interior del proceso judicial ideado para restablecer el imperio del derecho⁴⁵ que se vio vulnerado por la acción discriminatoria.

A grandes rasgos, el procedimiento es el siguiente:

- a) Quien sea directamente afectado por una acción u omisión que importe una acción u omisión arbitraria, sus representantes legales o cualquier persona a favor de él podrá deducir la acción, sea en forma escrita o verbalmente, ante el juez de letras de su domicilio o bien ante el juez

20° de la Constitución Política de la República como del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. (Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia publicado en el D.O. el 27-06-1992, en adelante "Auto Acordado").

⁴² Discriminación que debe ser prohibida en forma explícita, entre otras razones, para reafirmar valores esenciales del ordenamiento jurídico, tales como la igualdad, la libertad, y la dignidad inalienable de cada ser humano y la prevención de efectos sociales indeseables, tales como la exclusión (política, social, económica, etc.), la injusta distribución de los bienes *lato sensu*, la pérdida de talentos, la agudización de los conflictos sociales, la "invisibilización" de ciertos grupos, e incluso la generación de "castas" separadas y jerarquizadas dentro de la sociedad (DÍAZ DE VALDÉS (2014) p. 153).

⁴³ Artículo 6°.- *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.- Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.- La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.* (el destacado es nuestro).

⁴⁴ Para la conjugación de estos factores, véase DÍAZ DE VALDÉS (2014) pp. 174 y ss.

⁴⁵ Que no por dicha finalidad tutelar pierde la característica de ser un proceso.

de letras del domicilio del responsable de dicha acción u omisión⁴⁶. La urgencia de la protección del afectado por la discriminación es tal que los formalismos jurídicos ceden en pos de su protección. Símil ocurre con la protección al derecho a la vida e integridad física y psíquica en el contexto del recurso de protección⁴⁷, derechos cuya fundamentalidad es tan o más esencial que una situación de discriminación.

- b) El plazo para la interposición de esta acción es de 90 días corridos contados desde la ocurrencia del hecho o desde el momento en que el afectado haya tomado conocimiento del mismo; caducando en un año a contar de dicho acontecimiento.
- c) Esta acción pasa por un trámite de admisibilidad⁴⁸ de carácter formal (que no se haya recurrido de protección, de amparo o de tutela laboral siempre que dichas acciones hayan sido declaradas admisibles; que no haya sido deducida fuera de plazo) y material (que no se impugne por su intermedio el contenido de leyes vigentes o de sentencias emanadas por los Tribunales de Justicia; o bien carezca de fundamento). En este trámite, preferirá siempre la acción de protección, amparo o tutela frente a la acción de no discriminación⁴⁹.
- d) En cualquier etapa del procedimiento, el afectado (o *recurrente* como denomina la norma) podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado y el Tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia del derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior⁵⁰.

⁴⁶ Artículos 3°, 4° y 5° inciso 2° Ley n°20.609.

⁴⁷ N° 2 inciso 1° del Auto Acordado.

⁴⁸ Al igual que el recurso de protección, de conformidad al N° 2 inciso 2° del Auto Acordado.

⁴⁹ Tal como señala el artículo 6° de la Ley n° 20.609. Primacía que también, en su caso, en el procedimiento de tutela laboral se concede expresamente a la acción de protección cuando ésta ha sido deducida por los mismos hechos que sirven de base a la acción de tutela laboral (Art. 485 *in fine*, Código del Trabajo).

⁵⁰ Esta suspensión provisional dispuesta en el artículo 7° responde a dos fuentes procesales. En primer término, a la orden de no innovar que es posible de decretar en los procedimientos de protección (N°3 *in fine* del Auto Acordado) y como fundamento sustancial para decretarlo el acreditar la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), exigencia a las medidas cautelares propias de todo procedimiento civil.

e) Deducida la acción, la contestación a la misma se produce a través del informe que requiere el Tribunal contra el denunciado/demandado “y a quien estime pertinente”, notificándolos personalmente; teniendo éstos un plazo de 10 días hábiles siguientes, prosiguiendo el Tribunal con la evacuación de estos informes o sin ellos. Esta norma consagrada en el artículo 8° de la ley es la que reviste mayor gravedad a nivel probatorio. En un procedimiento de naturaleza jurídica cautelar y cuya exigencia es el restablecimiento del imperio del derecho, como el recurso de protección, la fórmula de solicitar informe al recurrido por la vía más rápida, así como todos los antecedentes que obren en su poder respecto de la materia, es un mecanismo idóneo para asegurar la debida protección al afectado⁵¹. El artículo 8° citado intentó replicar esta fórmula sin éxito y en un procedimiento en el cual dicha conformación no tiene cabida. La forma en que está redactada este artículo (de requerir vagamente informe tanto al recurrido como a quien estime pertinente el Tribunal, otorgándole un plazo para ello) en el contexto de un proceso de carácter civil y sumario⁵² conculca principios esenciales del Derecho procesal como lo son la Bilateralidad de la Audiencia (por cuanto el Tribunal puede proceder con los informes o sin ellos) e Igualdad de Armas (por cuanto el contenido del informe puede ser de lo más diverso; si bien debe remitirse a la denuncia no obliga a que el denunciado otorgue todos los antecedentes que tenga en su poder –como sí lo hace el recurso de protección–, dejando en una posición procesal y probatoria disminuida al afectado) en pos del restablecimiento del derecho a no ser discriminado arbitrariamente.

⁵¹ Al efecto, el N°3 del Auto Acordado establece: “3°.- Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso.- Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala. (...)”. Esta precisión que existe en el recurso de protección respecto al contenido del informe paradójicamente constituye un instrumento que otorga una mayor defensa del recurrido frente a la acción de protección, no obstante ser éste un procedimiento rápido, expedito y cautelar a favor del afectado.

⁵² Atendidas las características procedimentales frente a aquellos procedimientos de lato conocimiento.

Queremos detenernos un poco en este punto, puesto que desde aquí en adelante se puede visibilizar la dificultad probatoria y cómo la configuración normativa actúa directamente en orden a invertir la carga de la prueba en el proceso⁵³. Como diáfano expone el profesor Díaz García⁵⁴ la Ley establece tres requisitos copulativos para determinar en qué caso se está frente a una discriminación: (1) que se trate de una distinción, exclusión o restricción (2) que carezca de justificación razonable y (3) que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, siendo irrelevante que el sujeto activo de la conducta sean agentes del Estado o particulares. Considerando conjuntamente estos parámetros⁵⁵, no resulta posible establecer diferencias sobre la base de las categorías sospechosas a menos que se cuente con una justificación admisible o reforzada. Esto significa, en la práctica, una alteración en el *onus probandi*, pues al que ha realizado la diferenciación corresponderá probar la legitimidad de su acción. De esta manera se puede decir que hay una carga probatoria más pesada para aquellos que pretenden legitimar una medida que implica una desventaja para, por ejemplo, mujeres, africanos o judíos.

⁵³ También hay dificultades probatorias que afectan al actor que vale la pena mencionar. Al efecto, DÍAZ GARCÍA (2013) p. 659 expone: La Ley n° 20.609 incrementa la exigencia probatoria de quien desee utilizar la acción procesal contemplada en la misma, respecto de, por ejemplo, la acción de protección. En efecto, en este último caso basta probar que la diferencia de trato se ha fundado en alguna de las categorías sospechosas para que tal distinción sea *indiciariamente* discriminatoria. Para tener esta misma ventaja argumental, quien utiliza la acción procesal contemplada en la ley deberá persuadir más fuertemente al juzgador para que elija una determinada interpretación de las expresiones “*en particular*” (del artículo 2° inciso primero), de las muchas que fundadamente se pueden ofrecer. Del mismo modo, al demandado le bastará acreditar que ha obrado en ejercicio de cualquiera de esos derechos o bienes jurídicos indicados en el artículo 2° inciso tercero (*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*) para que el juez deba desechar aquella acción. En el ámbito constitucional, en cambio, el juzgador debe realizar un análisis de proporcionalidad para resolver la colisión.

⁵⁴ DÍAZ GARCÍA (2013) pp. 641-642

⁵⁵ DÍAZ GARCÍA (2013) p. 643.

Sin embargo, esta alteración probatoria es admisible pues se trata precisamente de justificar el acto u omisión discriminatoria, en definitiva, fundamentar un hecho positivo y eso es a lo que se aspira a nivel de Derecho Internacional (v.gr. en los casos que han sido llevados ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas). Pero la Ley n° 20.609 se aleja de ese parámetro, obligando al denunciado/demandado a probar el hecho negativo, esto es, que no incurrió en un acto de discriminación arbitraria con el fin de revertir en la ponderación del juzgador el indicio planteado por parte del denunciante que se acoge argumentativamente a alguna de las categorías sospechosas configuradas en la misma Ley.

En efecto, en la historia del establecimiento de la Ley hay constancia de haber tomado conciencia de este detalle. Así, el Informe de la Comisión de Constitución⁵⁶ expresó que podría insistirse en la necesidad de incluir dichos criterios (las categorías sospechosas del artículo 2°) a modo de indicadores que bien pueden traducirse en que, probado que una persona se encuentra dentro de la situación que dicho criterio comprende, se entienda que en su contra ha existido una distinción indebida. El problema radica en la facilidad para el demandante de probar que, simplemente, está comprendido en alguna de las situaciones que la ley considera motivos particulares de discriminación arbitraria. Probado ello será el demandado quien deberá demostrar que en la especie o no ha distinguido en razón de ese motivo, o que si lo ha hecho, tal decisión no es irracional.

Ambos caminos ya reseñados llevan a determinaciones probatorias diversas: el primero significa la acreditación del hecho negativo (la no discriminación) mientras que el segundo obedece a reglas más naturales procedimentales (la acreditación de que la discriminación efectuada tuvo un fundamento). La Ley n° 20.609 siguió el primer camino tomando para ello en consideración el sistema de carga probatoria adoptada a nivel internacional⁵⁷ en la materia.

⁵⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012) pp. 517 y ss.

⁵⁷ Al efecto BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012) p. 599 cita la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, la que ha indicado: "Artículo 4 Carga de la prueba: 1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato..."

Si bien a nivel lógico se puede sostener que la doble negación equivale a afirmación y una lectura superficial puede llevar a concluir que es lo mismo acreditar la no existencia de discriminación (doble negación) que la justificación del trato discriminatorio (afirmación), su consecuencia práctica no es la misma que la consecuencia argumentativa. En efecto, los medios para acreditar que no existió discriminación no son los mismos que pueden ser usados para justificar el trato discriminatorio y el efecto que ellos generan en la percepción del juzgador es diverso; pues es más fácil a la mente humana la construcción de razones positivas para justificar un acto o una omisión que la deducción, mediante razones “negativas”, de la no ocurrencia de un determinado acto u omisión. La construcción lógica es más sólida respecto de la primera que la segunda postura, con lo cual es dable concluir que, al obligar al demandado a acreditar la no existencia de la discriminación en definitiva y *a priori*, se le está privando de la construcción de argumentos sólidos para su defensa y conculcando, con ello, su propio derecho al Debido Proceso en esta acción cautelar⁵⁸.

- f) Volviendo a la enumeración supra, una vez evacuado el Informe señalado por el denunciado o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal fijará una audiencia de conciliación para el quinto día hábil contado desde la última notificación por cédula. Siguiendo la lógica de los procedimientos sumarios civiles, en esa audiencia hay dos posibilidades: arribar a una conciliación⁵⁹ o no, y en este caso y en uso de las normas generales

⁵⁸ Situación que no se produce respecto del Recurso de Protección. Al efecto, existieron voces de alerta en la propia discusión de la ley. Así el senador Jaime Orpis en su intervención en la Discusión en Sala expresó (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012) p. 801): Por eso, señor Presidente, soy partidario de mantener la definición de discriminación arbitraria, pero eliminando toda clase de categorías, de modo que ninguna tenga un carácter superior o sospechoso, por cuanto ello implica invertir la carga de la prueba en términos tales que toda persona demandada deba demostrar su inocencia. Su eliminación nos deja a todos en exacta igualdad de condiciones para evitar cualquier tipo de discriminación arbitraria.

⁵⁹ Sobre la conciliación cabe hacer la siguiente prevención. El profesor Muñoz (MUÑOZ LEÓN (2013) p. 213) se pregunta si serán eficaces los llamados a conciliación en futuros procesos seguidos en conformidad a esta Ley ¿Será que el tipo de hechos denunciados en este contexto, en el cual habitualmente se ha herido la autoestima y el sentido de sí de una parte débil que ha resuelto buscar reivindicación moral a través del proceso judicial, se presta poco a ser resuelto amigablemente por las partes? De ser así, ¿existe espacio dentro de esta estructura emocional y simbólicamente antagónica para avenimientos consistentes en la realización de actos públicos de desagravio, a la manera de lo ocurrido en el caso *Atala*? No obstante esta prevención sea permeada por la corrección política

del procedimiento, se recibirá la causa a prueba si se estima la controversia respecto de determinados hechos⁶⁰ o de no ser necesaria, citará a las partes a oír sentencia.

- g) La audiencia de prueba, establecida en los incisos segundo y tercero del artículo 9° es especialísima y breve; lo cual constituye otra afectación al derecho al Debido Proceso del denunciado por cuanto, además de la complejidad que reviste la acreditación de la no existencia de discriminación, el tiempo que tiene para configurar su estrategia defensiva es excesivamente limitado, a medio camino entre la resolución de un incidente común y el término probatorio civil en los juicios de menor cuantía. Finalizada la última audiencia y sin posibilidad de realizar observaciones a la prueba rendida, el Tribunal citará a las partes a oír sentencia.
- h) Sobre la prueba y las medidas para mejor resolver⁶¹, los artículos 10° y 11° de la Ley establecen que serán admitidos todos los medios de prueba

que cruza a esta norma, sostenemos que aún en presencia de la subjetivación de derechos el diálogo entre las partes podrá ser fructífero y la conciliación arribarse, puesto que no se trata de una situación de blanco/negro (se discriminó/no se discriminó) sino que también, apelando a esta misma subjetividad, los actos de discriminación guardan dentro de sí un componente de falta de comunicación que precisamente los procesos conciliatorios tratan de resolver. Al efecto, en Argentina, cuando los casos previstos en la legislación anti-discriminación pasan al INADI (Instituto Nacional contra la discriminación, xenofobia y el racismo) este organismo actúa como amigable componedor frente al discriminador y al discriminado, iniciando un proceso de mediación informal con el objeto de comenzar un diálogo y superar la falta de comunicación típica en casos de discriminación.

⁶⁰ Una cosa que hay que agradecer de esta norma es precisamente la circunstancia de no haber conculcado las normas procedimentales básicas frente al silencio del denunciado. Si bien puede alivianar la carga de la prueba respecto de la acción u omisión discriminatoria que deberá probar el denunciante, ante el silencio del denunciado y no habiendo norma especial que diga lo contrario, se asumirá que niega todos y cada uno de los puntos afirmados por el denunciante (el contenido de la llamada "*contestación ficta*"), de conformidad con las normas previstas en los artículos 318, 684 y 715 del Código de Procedimiento Civil, aplicables a este procedimiento por la reconducción que la misma norma expresa al Libro I y II del Código de Procedimiento Civil en todo aquello no regulado expresamente por la Ley n° 20.609 (Artículo 14).

⁶¹ Subsidios de provisión de prueba a las partes y que, para algunos teóricos del Derecho Procesal, son instituciones que deberían ser eliminadas por cuanto constituyen un antejuicio a la sentencia misma en orden a la prueba solicitada en dichas medidas. Véase BOTTO (2001).

obtenidos lícitamente y aptos para producir fe⁶² todo lo cual, de algún modo, facilita la prueba tanto de los hechos positivos como de los negativos. Es interesante además señalar que los medios probatorios allegados al proceso serán apreciados por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica⁶³, esto es, las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales el Tribunal asigne valor a los instrumentos probatorios o los desestime, tomando en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice. Este sistema de ponderación probatoria es aún más nefasto para el denunciado, pues en un sistema de ponderación probatoria tasada, todas las partes estarían en pleno conocimiento de que la ausencia o presencia de determinada calidad y cantidad de prueba produciría determinados efectos en la convicción del juzgador (v.gr. Art. 384 y siguientes sobre la prueba de testigos en el proceso civil). Mientras que en sistema de sana crítica, la acreditación suficiente de indicios de discriminación (es decir, de eventos de signo positivo o posibles) puede servir como base para una sentencia condenatoria, en tanto que al denunciado el lograr la construcción probatoria en orden a acreditar que no incurrió en la discriminación arbitraria se transformará en una prueba gravosa e inconsistente frente a esta perspectiva de ponderación probatoria. E incluso, si admitimos la hipótesis de que el denunciado acredite el hecho positivo (que la discriminación ocurrió y tuvo un fundamento racional), igualmente, la laxitud y plasticidad del criterio de sana crítica para la ponderación probatoria lo obligará a levantar un edificio argumentativo que derrote el indicio propuesto por el denunciante/demandante que, como se observará, en la mayoría de los casos no lleva al pleno convencimiento del juzgador sobre la ausencia de discriminación o sobre que ésta haya tenido una justificación a lo menos plausible.

- i) Sobre el contenido de la sentencia, de conformidad al artículo 12° ésta se limitará a declarar la existencia o no de discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá

⁶² Esto, en conjunto con la apreciación probatoria, sigue la línea de lo dispuesto por el N° 5 del Auto Acordado del Recurso de Protección, adaptado al proceso civil: "5°.- Para mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias. La Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación.- (...)".

⁶³ Dicho sistema de apreciación probatoria ha sido admitido en otras ramas del Derecho, como el Derecho Laboral (Art. 456 del Código del Trabajo) y Penal (Art. 297 del Código Procesal Penal).

que no sea reiterado u ordenará se realice el acto omitido estableciendo un plazo para ello; así como las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado⁶⁴. Del mismo modo, si se declara la existencia de discriminación arbitraria el Tribunal aplicará, además, una multa de 5 a 50 UTM⁶⁵ a beneficio fiscal sobre los directamente responsables de dicha discriminación. En cambio, si se establece que la denuncia carece de todo fundamento, el Tribunal aplicará una multa de 2 a 20 UTM al denunciante. Lo interesante es cómo llega el sentenciador al convencimiento de la existencia o no de discriminación arbitraria. A juicio de algunos autores, se trata de un juicio de adecuación entre el acto denunciado como discriminatorio y el derecho constitucional invocado por el actor⁶⁶.

- j) Finalmente el artículo 13 establece, al igual que en el recurso de protección, la posibilidad de deducir apelación contra la sentencia definitiva, la cual será conocida y fallada con preferencia por la Corte de Apelaciones respectiva.

En virtud de lo expuesto, si bien este procedimiento en su superficie respeta principios básicos del Debido Proceso como la doble instancia; hay otros principios más elementales que se ven vulnerados en el curso del proceso y cuyas vulneraciones traen nefastas consecuencias a las pretensiones del denunciado. Este procedimiento es un claro ejemplo de que sólo es el lado discriminado el que verdaderamente goza de todas las garantías procesales para obtener su pretensión en torno al acto discriminatorio en concreto.

IV. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN POLÍTICA PRESENTES EN LA LEY N° 20.609 EN INVERSORES DE LA CARGA DE LA PRUEBA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA⁶⁷

Como hemos observado, las categorías dispuestas en el artículo 2° de la Ley poseen en sí la potencialidad de actuar como verdaderas presunciones

⁶⁴ Ocupando en esta parte idéntica redacción que en el Recurso de Protección.

⁶⁵ Unidad Tributaria Mensual

⁶⁶ MUÑOZ (2013) p. 219 y DÍAZ GARCÍA (2013) p. 654.

⁶⁷ Las sentencias citadas en este apartado corresponden en su mayoría a sentencias dictadas por Tribunales Civiles de primera instancia, firmes y ejecutoriadas. A la fecha de este artículo (01-12-2014) no ha llegado a conocimiento de sus autores otros casos que cuenten con sentencias ejecutoriadas en primera, segunda instancia o que sean objeto de recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

simplemente legales, invirtiendo la carga de la prueba pasándola del sujeto víctima de la discriminación (a quien, atendido el carácter tutelar de la acción, se le libera de probar todos y cada uno de los requisitos de concurrencia de la misma⁶⁸) al sujeto victimario de la discriminación, quien está obligado a acreditar no el hecho de que la discriminación fue justificada (hecho positivo) sino que no incurrió en la discriminación imputada (hecho negativo).

Si bien atendida la breve vigencia de esta ley, a la luz de la jurisprudencia que de ella deriva, se pueden extraer los siguientes parámetros comunes en materia probatoria:

- a) La acción discriminatoria requiere pruebas básicas de su concurrencia, no bastando la simple denuncia de la acción u omisión arbitraria. Atendida la aplicación de reglas generales y ante la contestación real o ficta del demandado, los puntos establecidos en el auto de prueba deben ser acreditados por los demandantes en cuanto ellos tengan la carga de la prueba, con el fin de que el Tribunal establezca con certeza la existencia de un acto discriminatorio, cuestión que es la premisa básica a dilucidar en el proceso⁶⁹. Es decir, se exige un mínimo de prueba de veracidad y efectividad de la acción discriminatoria. Cosa distinta es la acreditación de su arbitrariedad o razonabilidad y de si vulneró o no un derecho fundamental y, sobre ambos puntos, aún la jurisprudencia en cuanto a sus exigencias probatorias no ha tenido la oportunidad de pronunciarse, sin perjuicio de que, como sostenemos en este trabajo, exija la acreditación del hecho negativo.
- b) No es el sólo fundamento de la Ley n° 20.609, sino su conjugación con otras normas (ej.: Ley n° 20.422) que permiten la configuración de actos de discriminación arbitrarios y su ponderación. Al respecto, la sentencia dictada por el 1° Juzgado Civil de Chillán en el caso *Riesco con Paul* (2014, rol N° C-1901-2014) constituye un ejemplo de determinación de discriminación arbitraria no sólo por vulneración a la Ley n° 20.609 sino

⁶⁸ Es la tendencia probatoria en todos los procedimientos cautelares de derechos (protección, amparo, tutela laboral).

⁶⁹ Véase Juzgado de Letras de Constitución, *Fuentes Muñoz y otro con Costa Barúa Ltda. y otro* (2014, rol N° C-41-2013), considerando 8°. En el mismo sentido, 2° Juzgado de Letras de Antofagasta, *Silva Con Sociedad Educativa Chañares S.A* (2014, rol N° C-5882-2013), considerando 6° y 1° Juzgado de Letras de La Serena, *Pizarro con Servicio Nacional de la Mujer* (2013, rol C-3133-2012), considerando 2°.

a la Convención sobre Personas con Discapacidad, tratado internacional ratificado por Chile y vigente⁷⁰.

- c) Cualquiera sea el tenor del constructo probatorio que realice el demandado para acreditar el hecho negativo (no discriminó) o positivo (discriminó con un fundamento razonable); ello debe obedecer a una racionalidad esencial que, en último término, el sentenciador establece a través de la ponderación de la prueba conforme a la sana crítica. El litigante demandado debe dar todo de sí para acreditar cualquiera de esos eventos, pero dicha acreditación debe guardar criterios de razonabilidad y racionalidad mínimos. Al efecto, en el caso *Riesco con Paul* (2014) la justificación otorgada por la entidad que cometió el acto de discriminación arbitraria resistía a la lógica más elemental, haciendo susceptible de cualquier mecanismo tutelar al afectado y, en cualquier evento, la posibilidad de que él pueda ganar el juicio⁷¹ ante un denunciado negligente.

⁷⁰ En efecto, el Considerando 10° de esa sentencia sostiene: *“Que la denunciante padece de una discapacidad visual genética (retinitis pigmentosa) y, en su concepto, por ello, ha sido objeto de una discriminación arbitraria. Al respecto, nuestra legislación, ha ratificado la Convención sobre personas con discapacidad, normativa que en su artículo segundo indica, que por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentale”.*

⁷¹ En efecto, el Considerando 18° de la Sentencia señala: *“Que a juicio de este sentenciador, las dos justificaciones entregadas por el demandando Servicio de Salud, carecen de sustento tanto en la lógica como en el derecho.- En primer término, justificar la negativa de otorgar una asistente basado en un principio de igualdad respecto de dos personas no videntes que prestan servicios en el Hospital Clínico de la ciudad de Chillán, es dar un trato arbitrario a la denunciante, toda vez, que como se acreditó en autos, las dos personas mencionadas desempeñan labores de maso terapeuta y telefonista, por lo que, resulta obvio, que a diferencia de la denunciante, pueden éstas, prescindir de una asistente personal, no así, la reclamante, que desempeña un cargo de jefatura en el que resulta esencial la lectura de documentos.- Que en lo tocante la justificación de la entidad administrativa demandada, en cuanto a que la contratación de la asistente corresponde al Jefe Directo actual de la denunciante, esto es, el Director del Hospital, carece de sustento legal, toda*

- d) La acreditación del hecho negativo (no discriminar) puede deberse a diversos factores o eventos de signo positivo cuya ocurrencia es acreditable y frente a las cuales el denunciado no tiene nivel de injerencia. Así, la jurisprudencia ha señalado que la existencia de instrucciones de aplicación general sobre el ingreso de personas a un recinto policial no constituye una discriminación arbitraria respecto del ingreso de una persona en particular. Mediante dicha instrucción la institución demandada, Carabineros de Chile, logró desvirtuar el indicio aludido por la denunciante en orden a habersele prohibido a ella el ingreso⁷². Del mismo modo, cuando normativas de carácter general vigentes a priori de la ocurrencia del hecho discriminatorio se traducen en afectación de los intereses del denunciante, ello transforma en la actuación del demandado ajustada a sus estatutos y, por ende, facilita la prueba del hecho negativo (que no se discriminó pues no estuvo, en ningún evento, el demandado facultado para hacerlo)⁷³.
- e) Finalmente, la jurisprudencia de primera instancia ha hecho suyo en esta acción el denominado test de proporcionalidad, ponderación o *balancing* de derechos fundamentales enfrentados en la arena de la no discriminación. Al efecto, la jurisprudencia de los Juzgados de Letras ha establecido *“para ponderar en el caso de autos si existió una infracción o vulneración que implique una discriminación arbitraria, la doctrina señala que no sólo debemos realizar un ‘test de razonabilidad’, sino que, si la situación lo amerita, deberá adecuarse a criterios doctrinarios de ‘proporcionalidad’ (es decir, que los actos o normas impugnados se encuadren dentro del espíritu general de la legislación, y con los principios y valores de la sociedad) o de ‘adecuación’ (cuando una distinción razonable pudiere ser discriminatoria en atención a otros factores de carácter político, histórico o cultural)”*⁷⁴. Del mismo modo, la única sentencia a

vez que a juicio del sentenciador, es el Director del Servicio de Salud quien al momento de realizar la destinación, tenía la responsabilidad de hacer efectivas todas las mejoras necesarias para que la denunciante desarrollara sus funciones, ya que, es en él, en quien recae la dirección superior de todo el servicio demandado y de los organismos que lo conforman”.

⁷² 23° Juzgado de Letras de Santiago, *Carmona con Vargas* (2014, rol N° 4968-2013), considerando 14°.

⁷³ 2° Juzgado de Letras de Talagante, *González con Tobar* (2013) Considerando 13°. En el mismo sentido, véase 2° Juzgado Civil de San Miguel, *Suárez con Cuerpo de Bomberos Metropolitano Sur* (2014, rol N° C-5560-2014).

⁷⁴ 22° Juzgado Civil de Santiago, *Ortiz con Sabas Chaguan y Otros* (2013), considerando 19°.

la fecha de la Corte de Apelaciones de Concepción ha hecho suyo ese criterio⁷⁵ en los considerandos quinto⁷⁶ de la sentencia al razonar: Ante la colisión concreta planteada debemos realizar una ponderación de los derechos o principios fundamentales en conflicto, haciendo prevalecer el derecho a la educación de la niña por sobre la libertad de enseñanza, de religión y de culto de la persona jurídica propietaria del establecimiento educacional, ya que en el caso específico que se juzga, el nivel de afectación que implica la reincorporación de la alumna al colegio para el ejercicio de las libertades aludidas de la entidad denunciada no es relevante, incluso puede calificarse de marginal, en todo caso insuficiente para desplazar su derecho a la educación en el establecimiento elegido por su madre, como aquel lugar apto para el pleno desarrollo de su personalidad. Los niveles de afectación del derecho a la educación, dada la negativa a reincorporarse como alumna de enseñanza básica en el establecimiento, superan la molestia sufrida en las libertades anotadas de la institución educacional, sobre todo si se tiene en cuenta que la madre de la menor y su actual pareja estaban dispuestos a contraer prontamente matrimonio.

Así, existiendo la aptitud en la Ley n° 20.609 y en su núcleo dogmático de constituir un fundamento procesal que vulnere normas del Debido Proceso respecto del denunciado; en principio la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido tímida en darle aplicación a dichos descriptores como inversores de la carga de la prueba. Esperamos que esta prudencia, propia de tribunales acostumbrados a la litigación según prueba legalmente tasada y según la carga probatoria tradicionalmente entendida, se mantenga en el tiempo que dure la aplicación de la normativa estudiada.

V. CONCLUSIONES: EL USO JURISPRUDENCIAL DE CRITERIOS DE CORRECCIÓN POLÍTICA EN LA LEY N° 20.609 Y SU PUGNA CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

- 1) Las influencias del postmodernismo reflejado en el fenómeno de la corrección política y su introducción y consecuencias a nivel legislativo en nuestro país han significado un cambio de paradigma para el legislador.

⁷⁵ El cual le es connatural de aplicar por tratarse de la sede jurisdiccional que conoce del Recurso de Protección.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Concepción. *Torres Montenegro con Colegio Santísima Trinidad S.A.* (2014).

- 2) Particularmente, a nivel procedimental es posible observar la potencialidad destructora del debido proceso que entrañan los criterios legales presentes en la Ley n° 20.609 mediante el procedimiento de la acción de no discriminación arbitraria y el espíritu inspirador de dicha norma en orden a colocar todo el peso de la prueba en quien emite el acto discriminatorio.
- 3) No obstante dicha amenaza presente en la construcción legislativa, la aplicación jurisprudencial de la norma en los pocos fallos disponibles a la fecha permite vislumbrar que los Tribunales de Justicia se han mantenido cautos en cuanto a la aplicación sustancial de los criterios de corrección política, al razonar jurídicamente sobre los actos de discriminación. Con la prudencia del juzgador se podrán de algún modo minimizar las potentes amenazas a reglas básicas del debido proceso que entraña la normativa en estudio.
- 4) Si bien el propósito y fundamento de la Ley n° 20.609, como se evidenció, consiste en catalogar a todo acto que no responda a una *justificación razonable* como una especie de discriminación arbitraria; colocando como presupuesto procesal de éxito de la acción que dicha discriminación amenace, prive o perturbe los derechos fundamentales del afectado; la jurisprudencia ha exigido que, a lo menos, debe acreditarse la plausibilidad de la discriminación alegada y ha dejado la afectación del derecho fundamental o al ejercicio de razonabilidad del juez (mediante la técnica de ponderación o *balancing* de conflictos de derechos fundamentales: el derecho a la igualdad versus todos los otros derechos) o bien a la rendición de pruebas que acrediten dicha afectación en los Tribunales que aún funcionan bajo la lógica de la prueba entendida en el procedimiento civil de lato conocimiento.
- 5) No obstante lo anterior, el procedimiento especialísimo contemplado en la Ley n° 20.609, estimamos, resulta el escenario propicio para dar vigor a gravísimas vulneraciones del debido proceso a través de la inversión de la carga de la prueba, transformándose así esta Ley, en lo sustantivo y en lo adjetivo, en el vehículo jurídico esencial para conducir cambios a través del fenómeno de la corrección política plasmada en un cuerpo legal y con vocación de amplia aplicación; extralimitando con ello los poderes de la norma jurídica como regla de conducta entre las personas para convertirse en un arma adaptable a las necesidades concretas de cualquier grupo de intereses públicos o privados; máxime cuando su aplicación procesal-judicial lleva a concretizar esta noción.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVEAR, Julio y COVARRUBIAS, Ignacio (2012): “Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación ‘antidiscriminación’ (y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)” *Revista Actualidad Jurídica* (n° 26, Julio 2012): pp. 9-30.

BOTTO, Hugo (2001): *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver* (Valparaíso, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)

BALLESTER, Manuel (2012): “Lo políticamente correcto o el acoso a la libertad”. *Revista española y americana La Ilustración Liberal* (n° 51, Abril-Junio 2012): pp. 171-201.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012): “Historia del Establecimiento de la Ley N° 20.609 Establece medidas contra la discriminación”. Disponible en: <www.leychile.cl/navegar/scripts/obtienearchivo?id=re_cursoslegales/10221.3/37416/1/hl20609.pdf> fecha de consulta: 8 diciembre 2014.

DERRIDA, Jacques (1967): *De la Grammatologie* (París, Collection Critique) 445 pp.

_____ (1975): *La farmacia de Platón* (Traducción de José Martín Arancibia, Madrid, Editorial Fundamentos) 320 pp.

DÍAZ DE VALDÉS, José (2013): “¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”. *Revista Actualidad Jurídica* (n° 28, Julio 2013): pp. 279-297.

_____ (2014) “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XLII, 1° Semestre): pp. 149-186

DÍAZ, Iván (2013): “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional” *Revista Chilena de Derecho*. (Vol. 40 n°2): pp. 635-668.

MADRID, Raúl (2014): “Derecho, Derecho Natural y el concepto de lo políticamente correcto” en *Derecho Natural y Iusnaturalismos - VII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho* (Lima, Palestra Editores): pp. 235-247.

- MING, Jung y MURPHY, John (1992): *The politics and philosophy of political correctness* (London, Praeger Publishers) 186 pp.
- MUÑOZ, Fernando (2013): "No a 'separados pero iguales' en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia" *Estudios Constitucionales* (Año 11, n°2): pp. 201-228.
- O'NEILL, Ben (2011): "A critique of politically correct language" *The Independent Review*. (Vol. 16. n°2): pp. 279-291.
- PINILLOS, José (1995): "Ética y postmodernidad" *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (n° 73, 1996): pp. 159-174.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo - Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing) 852 pp.
- UNIVERSITY OF MELBOURNE (2014): "Watch your language: Guidelines for non-discriminatory language". Disponible en: <https://hr.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/87501/Watch_Your_Language.pdf> fecha de consulta: 08 diciembre 2014.

NORMAS CITADAS

- Auto Acordado S/N sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. *Diario Oficial* 27 junio de 1992.
- Código Civil. Decreto con Fuerza de Ley n° 1/2000. *Diario Oficial* 16 mayo de 2000.
- Código del Trabajo. Decreto con Fuerza de Ley n° 1/2003. *Diario Oficial* 16 enero de 2003.
- Código Penal.
- Código de Procedimiento Civil. Ley n° 1.552. *Diario Oficial* 30 agosto de 1902.
- Directiva 97/80/CE. Relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sex. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 15 diciembre de 1997.
- Ley n° 20.480, Modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas

aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio. *Diario Oficial* 18 diciembre de 2010.

Ley n° 20.609, Establece medidas contra la discriminación. *Diario Oficial* 24 julio de 2012.

Ley n° 20.729, Establece obligaciones relativas a la propina en restaurantes, bares, pubs, clubes, discotecas y similares. *Diario Oficial* 4 marzo de 2014.

Ley n° 20.776, Modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los Trabajadores de Casa Particular, y prohíbe la exigencia de Uniforme en Lugares Públicos. *Diario Oficial* 27 octubre de 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Juzgado de Letras de La Serena, *Pizarro con Servicio Nacional de la Mujer* (2013): 19 de marzo del 2013, rol n° C-3133-2012. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

2° Juzgado Civil de San Miguel, *Suárez con Cuerpo de Bomberos Metropolitano Sur* (2014): 26 de agosto de 2014, rol n° C-5560-2014. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

2° Juzgado de Letras de Antofagasta, *Silva Con Sociedad Educacional Chañares S.A* (2014): 11 de marzo del 2014, rol n° C-5882-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

2° Juzgado de Letras de Talagante, *González con Tobar* (2013): 20 de diciembre de 2013, rol n° C-896-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

22° Juzgado Civil de Santiago, *Ortiz con Sabas Chaguan y Otros* (2013): 25 de junio de 2013, rol N° C-20750-2012. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

23° Juzgado de Letras de Santiago, *Carmona con Vargas* (2014): 19 de octubre de 2014, rol N° 4968-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

Juzgado de Letras de Constitución, *Fuentes Muñoz y otro con Costa Barúa Ltda. y otro* (2014): 23 de abril del 2014, rol n° C-41-2013. Disponible en: <<http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

Corte de Apelaciones de Concepción, *Torres Montenegro con Colegio Santísima Trinidad S.A.* (2014): 24 de octubre del 2014. Rol N° 1.009-2014. Acumulada rol n° 1238-2014. Disponible en: <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>>, fecha consulta: 1 diciembre 2014.

