



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Díaz de Valdés, José Manuel

La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLII, enero-junio, 2014, pp. 149-186

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173631450005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA PROHIBICIÓN DE UNA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA ENTRE PRIVADOS

[Prohibition of Arbitrary Discrimination Within the Private Sector]

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS*

Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago

RESUMEN

El artículo analiza la creciente aplicación de la prohibición de discriminación arbitraria a las relaciones entre privados. Luego de discutir los fundamentos y justificaciones normativas de dicho fenómeno, se problematiza la determinación del contenido de las obligaciones de los privados en materia de no discriminación, así como las categorizaciones y justificaciones que permitirían distinguir la discriminación entre privados que debe ser prohibida.

PALABRAS CLAVE

Discriminación – Igualdad – Discriminación privada.

ABSTRACT

The article analyzes the increasing application of the arbitrary discrimination prohibition within the relationships of the private sector. After discussing about the normative grounds and reasons for said phenomenon, both the issue of determining the content of the obligations of the private sector regarding non-discrimination as well as the categorizations and reasons that allow differentiating discrimination within the private sector, which shall be forbidden, will be discussed.

KEYWORDS

Discrimination – Equality – Private discrimination.

RECIBIDO el 31 de abril y ACEPTADO el 26 de mayo de 2014

* Doctor por la Universidad de Oxford, Máster por la Universidad de Harvard, Máster por la Universidad de Cambridge, Magíster y Licenciado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Desarrollo y en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. La Plaza 680, Las Condes, Santiago, Chile. Dirección electrónica: jdiazdevaldes@udd.cl. Agradezco los comentarios de los profesores Sergio Verdugo R. y Nicolás Enteiche R., así como la colaboración de mi ayudante de investigación, señorita Isidora Henríquez G.

I. INTRODUCCIÓN

El combate a la discriminación arbitraria es un tópico de gran relevancia en el mundo contemporáneo, no obstante lo cual, nos encontramos frente a una dogmática, tanto nacional como comparada, que adolece de una serie de vacíos, contradicciones o espacios inexplorados.

Una de tales carencias se refiere a la discriminación arbitraria entre privados. Si bien aquella, así como el derecho a la igualdad de trato, se desarrolló como una prerrogativa de los particulares frente al Estado y sus organismos (i.e., igualdad en y ante la ley), paulatinamente se ha ido invocando también frente a privados. Uno de los problemas surgidos a raíz de este proceso es que, en la actualidad, no existe un criterio explícito y claro que permita distinguir entre la discriminación privada permisible de la no permisible. Es así como nos enfrentamos a una situación altamente fragmentaria, donde existen ciertos ámbitos, tipos o manifestaciones de discriminación entre privados que se encuentran prohibidos por el ordenamiento jurídico, muchas veces en silencio de las disposiciones constitucionales, pero carentes de una lógica común que permita distinguirlos de la discriminación permitida. Frente a este incertidumbre, los jueces carecen de la orientación necesaria para resolver en forma dogmáticamente coherente casos de discriminación entre privados.

El presente artículo explora el fondo de la discusión sobre la discriminación arbitraria entre privados, analizando los fundamentos o razones principales que exigen prohibir este tipo de discriminación, así como las dificultades o problemas que aquello conlleva, y ofreciendo algunas orientaciones acerca de cuándo prohibirla o permitirla. Las tesis centrales son dos: *i*) se justifica prohibir la discriminación arbitraria entre particulares, pero de una forma distinta a la interdicción que se impone al Estado, de forma de resguardar otros bienes jurídicos comprometidos; y *ii*) es posible identificar una serie de factores y justificaciones para determinar cuándo la discriminación arbitraria entre particulares debe ser prohibida.

Es importante aclarar que este artículo adopta una perspectiva constitucional del problema planteado, sin perjuicio de referencias ocasionales a materias propias de otras ramas del derecho, tales como derecho laboral, el derecho civil o la protección al consumidor. En efecto, nos aproximamos a la discriminación entre privados como un problema de derecho constitucional, vinculado a la protección de derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, y no como un mero conflicto entre particulares regulado por el derecho privado.

II. ¿POR QUÉ PROHIBIR LA DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES?

1. La prohibición de la discriminación arbitraria (en adelante también simplemente denominada “discriminación”) es un corolario del principio de igualdad jurídica. Dicho principio, sin embargo, surgió originalmente como una garantía de los individuos en relación al Estado y no frente a otros particulares. Es así como las nociones de igualdad en la aplicación de la ley, en el contenido de la ley, o en el ejercicio de los derechos, ordenan las relaciones entre las diversas autoridades estatales y los individuos, modelo que se extendió a las prohibiciones jurídicas de la discriminación.

La estrecha matriz anterior ha sido rebasada. Hoy, tanto la noción de igualdad como la prohibición de discriminación también aspiran a aplicarse, al menos en ciertas circunstancias, a las relaciones entre privados. Cabe entonces preguntarse por las razones que pueden justificar dicha expansión. En otras palabras, asumiendo que la discriminación está normativamente prohibida, es necesario determinar el dominio de esa prohibición a la luz de las razones que la justifican.

Sostenemos que existen diversas justificaciones para lo anterior, las cuales no son excluyentes entre sí. La primera se relaciona al daño que provoca la discriminación¹, el cual puede ser de distinto tipo. Una posibilidad es focalizarse en el impacto de la discriminación sobre un derecho fundamental (o de su ejercicio). Así, por ejemplo, si un Estado reconoce la libertad de culto a todas las religiones, salvo a los judíos, estaríamos frente a una discriminación que debería prohibirse en cuanto daña el ejercicio del derecho a la libertad de culto de los judíos. Otra opción es considerar el daño que la discriminación causa a la dignidad de sus víctimas, individualmente consideradas o como grupo, cuestión que suele formularse como el efecto denigrador o estigmatizador². Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el encargado de la entrada a un lugar de entretenimiento nocturna niega el acceso a una persona, señalando públicamente que lo hace porque es “vieja y fea”.

La prevención del daño como argumento que justifica una prohibición

¹Véanse: KOPPELMAN, Andrew, *Should Noncommercial Associations Have an Absolute Right to Discriminate?*, en *Law and Contemporary Problems*, 67 (2004) 4, p. 43; PUYOL, Ángel, *¿Qué hay de malo en la discriminación?*, en *Doxa*, 29 (2006), p. 82.

²HELLMAN, Deborah, *When is Discrimination Wrong?* (Cambridge, Harvard University Press, 2008), cap. 2º; LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006) 4, p. 835; BREST, Paul, *In Defense of the Antidiscrimination Principle*, en *Harvard Law Review*, 90 (1976) 1, pp. 48 ss; FISS, Owen, *Groups and the Equal Protection Clause*, en *Philosophy and Public Affairs*, 5 (1976) 2, pp. 157 ss.

jurídica goza de una larga tradición, la cual también se ha aplicado en materia de protección a los derechos fundamentales³. Ello no implica que esté exenta de complicaciones. Así, por ejemplo, la primera posibilidad analizada en el párrafo precedente plantea a la no discriminación como algo redundante, ya que lo importante no es ella en sí, o el derecho a la igualdad autónomamente considerado, sino la afectación a otro derecho distinto. Esto es importante no sólo desde una perspectiva simbólica o semántica, sino también porque no siempre es posible reconducir un acto discriminatorio a la vulneración de otro derecho fundamental, o el hacerlo implica extender el derecho en comento más allá de lo razonable. Es el caso de una persona a quién se niega acceso a un lugar público o privado por su origen Rapa Nui. En cuanto a la segunda opción, surge la controversia acerca de si la afectación de la dignidad debe determinarse en forma objetiva (e.g., según el tipo de acto); subjetiva (e.g., según el efecto real de la discriminación sobre en la víctima) o mixta⁴. Adicionalmente, existen dificultades comunes a los diversos argumentos de daño, tales como la determinación de cuánto daño justifica aplicar la prohibición de discriminación, o cómo proceder cuando dicha prohibición a su vez causa daño a otros agentes o bienes jurídicos. En ambos casos la mensura y eventual comparación del daño resulta controversial.

2. Una segunda razón para prohibir la discriminación privada dice relación con la intención de quién la ejerce. Es así como el acto discriminatorio nos dice algo de quién lo ejecuta: que desea hacer daño a otro; que considera que los seres humanos tienen un valor moral distinto; que puede actuar caprichosamente, etc. La prohibición de la discriminación se constituye en una reacción jurídica antes estas posibilidades, negándoles eficacia en el ámbito del derecho. Esta alternativa permite analizar el fenómeno de la discriminación desde una perspectiva más compleja, ya que comprende tanto la dimensión objetiva como subjetiva del acto discriminatorio. No obstante lo anterior, esta opción también manifiesta problemas, ya que la intención no siempre es algo fácil de probar, o incluso puede no existir como tal en ciertas formas de discriminación tales como la inconsciente y la estructural (aquella que se replica y perpetua en el tiempo gracias a elementos sistémicos, sin necesidad de una intención discriminatoria por parte de los sujetos involucrados)⁵. Más aún, la sanción jurídica de intenciones es excepcional, ya que lo contrario

³E.g.: HEINZE, Eric, *The Logic of Constitutional Rights* (Aldershot, Ashgate, 2005), cap. 3º; EPSTEIN, Richard A, *The Harm Principle - And How It Grew*, en *The University of Toronto Law Journal*, 45 (1995) 4, pp. 369-471.

⁴HELLMAN, D., cit. (n. 2), cap. 3º. Véase también la interesante perspectiva de MOREAU, Sophia, *What is Discrimination?*, en *Philosophy and Public Affairs*, 38 (2010) 2, pp. 143-179.

⁵Véanse también las consideraciones de ANERSON, Richard, *What is Wrongful*

supondría una intervención intolerable del Estado sobre la vida, autonomía y conciencia de las personas.

3. La tercera justificación para prohibir la discriminación entre privados dice relación con el significado de ésta en el ámbito social. En efecto, los actos de discriminación tienen una dimensión expresiva y simbólica. Ellos normalmente proyectan un mensaje de dominación y abuso más allá del daño efectivo que causen a la víctima, o de la intención que haya tenido el agente discriminador al realizarlo. Al prohibir la discriminación, por tanto, se reafirman valores esenciales del ordenamiento jurídico, tales como la igualdad, la libertad, y la dignidad inalienable de cada ser humano.

4. La prohibición de la discriminación también se sostiene en 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 sociedad⁶. El énfasis, por tanto, ya no está puesto en los individuos involucrados en el acto discriminatorio, sino en los efectos cumulativos de tales actos sobre la sociedad. Una dificultad importante de esta alternativa, sin embargo, consiste en la identificación de una vinculación suficiente entre actos individuales de discriminación y efectos sociales generales.

Ahora bien, todas las razones anteriores son aplicables no sólo a la prohibición de la discriminación ejercida por el Estado o sus agentes en contra de particulares, sino también a la discriminación entre privados. En efecto, esta última puede ser tan o más dañina que la discriminación estatal; la intención del agente discriminador puede ser igual o más reprochable; su dimensión expresiva y simbólica puede ser nefasta, y sus efectos sociales perversos (siendo, por ejemplo, clave en el desarrollo de discriminaciones sistémicas)⁷. En definitiva, más allá de ciertas diferencias de grados o formas (e.g., la dimensión simbólica y los efectos sociales de la actividad estatal son frecuentemente de mayor envergadura), los males atribuibles a la discriminación son similares tanto para la cometida por el Estado y sus agentes como por los particulares.

Todo lo anterior parecería indicar que lo lógico sería prohibir de la misma forma toda clase de discriminación, sin importar quién sea el agente discri-

Discrimination, en *San Diego Law Review*, 43 (2006) 4, pp. 780-782. Y también la crítica de HELLMAN, D., cit. (n. 2), cap. 6°.

⁶ E.g.: WERTHEIMER, Alan, *Reflections on Discrimination*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006) 4, p. 952; MOREAU, S., cit. (n. 4), pp. 143-179. Véase también, en el contexto racial: FREDMAN, Sandra, *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism* (Oxford, OUP, 2001).

⁷ Cfr. KARST, Kenneth, *Private Discrimination and Public Responsibility: Patterson in Context*, en *The Supreme Court Review* (1989), pp. 5 ss.

minador⁸. Esta conclusión, sin embargo, es apresurada. Ello no sólo porque la discriminación estatal presenta ciertas características particulares (e.g., podría argumentarse que el Estado no tiene competencia para realizar actos discriminatorios, los que constituirían meras vías de hecho sin valor jurídico alguno), sino especialmente porque la prohibición de la discriminación entre privados puede afectar otros bienes jurídicos de la mayor relevancia. Analizaremos esta dificultad en la sección subsiguiente.

III. JUSTIFICACIONES NORMATIVAS CONSTITUCIONALES PARA PROHIBIR LA DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARRES

Desde la perspectiva del derecho constitucional, el punto de partida en materia de igualdad es la proclamación de los seres humanos como fundamentalmente iguales. Es así como la *Constitución Política de la República* (= CPol.), declara que: “*Las personas nacen libre en dignidad y derechos*”. En otras palabras, se adopta una perspectiva prescriptiva para hacer de la igualdad la regla general entre individuos. Un corolario de lo anterior es que la igualdad constitucional “exige un trato similar y sólo permite un trato diferente si aquel puede ser justificado por una razón suficiente”⁹, es decir, se excluye la discriminación arbitraria (que en este artículo hemos llamado simplemente “discriminación”).

Ahora bien, como ya señalamos, la interdicción constitucional de la discriminación surge primeramente como una garantía de los particulares frente al Estado. Es decir, en forma explícita o implícita, las disposiciones constitucionales sobre igualdad se limitaban al trato que el Estado y sus agentes otorgaban a las personas. Por lo mismo, las constituciones no suelen incluir un “derecho a no ser discriminado por otros particulares”, el cual pudiera ser objeto de protección directa por los tribunales de justicia (un caso excepcional es el de Sudáfrica¹⁰).

⁸ Contrastar con EPSTEIN, Richard, *The Status-Pruduction Sideshow: Why the Antidiscrimination Laws are Still a Mistake*, en *Harvard Law Review*, 108 (1995) 5, pp. 1085-1109.

⁹ ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (New York, OUP, 2002), p. 271. Traducción propia. Véanse también las pp. 270-273.

¹⁰ La sección 9^a (4) dispone: “*No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection 3. National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination*” [Ninguna persona puede discriminar injustamente en contra de otra, en forma directa o indirecta, sobre la base de una o más categorías señaladas en la subsección 3^a. Se dictará legislación nacional para prevenir o prohibir la discriminación injusta] [visible en internet: <http://www.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>]. Véanse también las Directivas Europeas Nos. 2000/43 (artículos 2 y 3) y 2004/113 (artículos 2 y 3). En Chile, esta

En el caso chileno, el precepto rector en esta materia es el artículo 19 N°2, el cual dispone lo siguiente: “*La Constitución asegura a todas las personas: [...] 2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pisa su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley./ Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

A primera vista, se puede apreciar que nuestra Constitución sigue una tradición clásica en esta materia, identificando al Estado como el principal obligado frente al derecho de las personas a la igualdad y la no discriminación. Ello se deduce de las expresiones “igualdad ante la ley” y “Ni la ley ni autoridad alguna”, términos que aducirían al poder estatal, y en particular al legislador (aunque también a quienes apliquen e interpreten la ley)¹¹. Esta interpretación se ver reforzada por otros preceptos constitucionales que también identifican expresamente al Estado como el obligado a respetar la igualdad y no discriminación en ciertos contextos específicos. Sería el caso del artículo 19 N°3 (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos); N°20 (igualdad en materia tributaria); N°22 (no discriminación arbitraria en materia económica por parte del Estado y sus organismos), así como del artículo 108 (prohibición de discriminación impuesta al Banco Central).

No obstante lo anterior, existen diversos argumentos para extender la protección del artículo 19 N°2 a las discriminaciones entre privados. En primer término, se ha planteado por parte de la doctrina que la voz “autoridad” del inciso segundo del precepto citado (que justamente contiene la prohibición de discriminación) no haría referencia sólo a aquellas de carácter público, sino también a aquellas de carácter privado¹². Estas últimas serían personas dotadas en los hechos de un gran poder sobre otras, normalmente

pudiese ser la opinión de NOGUEIRA, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2010), pp. 223, 225, 235 y 237.

¹¹ Cfr. SILVA, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), XI, pp. 98-101, 121-122 y 127 (aunque también agrega un caso de discriminación entre privados); EVANS, Enrique, *Los derechos constitucionales* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), II, pp. 125 ss.; CEA, José Luis, *Derecho constitucional chileno* (2ª edición, Santiago, Ediciones UC, 2012), II, pp. 135 ss. (si bien el texto también habla de una suerte de aplicación entre particulares en relación al mandato de igualdad en la aplicación de la ley); NOGUEIRA, H., cit. (n. 10), pp. 223 y 237.

¹² Cfr. VALDÉS, Domingo, *La discriminación arbitraria en el derecho económico* (Santiago, ConoSur Ltda., 1992), pp. 16-18; BARROS, Juan Pablo, *Discriminación arbitraria entre privados* (tesis para optar al grado de licenciado en derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010), pp. 49-51; y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de la igualdad ante la ley* (Santiago, LexisNexis, 2004), p. 121 nota 201.

al interior de cuerpos intermedios (e.g., el gerente general de una empresa en relación a sus empleados, el presidente de un club deportivo en relación a sus asociados)¹³. Si bien existen ciertos indicios de esta posibilidad en las actas de la Comisión de Estudios del Anteproyecto de Nueva Constitución¹⁴, no hay constancia de que esa haya sido la voluntad final de dicha comisión, ni de que esa posibilidad haya sido siquiera tratada por el Consejo de Estado o la Junta de Gobierno. En cuanto a la jurisprudencia, existen algunos fallos recientes recaídos en recursos de protección que parecen aplicar la prohibición de discriminación del artículo 19 N°2 a “autoridades privadas”¹⁵. En todo caso, aun cuando se aceptase la teoría en comento, aquella hace extensible la prohibición de discriminación solo a algunos particulares (las “autoridades”), por lo que sus consecuencias prácticas, si bien relevantes, son limitadas.

En segundo lugar, se podría otorgar una interpretación amplia a las expresiones *“En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”* y *“En Chile no hay esclavos”*. Ni la esclavitud ni los privilegios son producto exclusivo del poder estatal. Muy por el contrario, aquellos son el resultado de discriminaciones arbitrarias, quien quiera que sea el discriminador. En consecuencia, podría afirmarse que más allá de la formulación clásica (que obedece a razones históricas o simbólicas)¹⁶, el contenido normativo del numeral en estudio es la interdicción de toda discriminación que tenga consecuencias relevantes, especialmente de carácter colectivo (tales como la creación de castas privilegiadas o desaventajadas: grupos “privilegiados” o “esclavos”).

Una tercera forma de extender la prohibición de discriminación a los particulares sería estableciendo una conexión entre el discriminador privado y el Estado. Esta sería la experiencia de Estados Unidos, donde el requisito legislativo (federal) de “acción estatal” para configurar la discriminación prohibida, ha sido interpretado en forma progresivamente amplia¹⁷. Así,

¹³ Cfr. BARROS, J. P., cit. (n. 12), pp. 51.; VALDÉS, D., cit. (n. 12), p. 17.

¹⁴ Sesiones 93^a-95^a [visible en internet: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r].

¹⁵ Véase los roles de la Corte Suprema N°s 1030-2012 (considerandos 4° y 6°); 3450-2012 (considerandos 5° y 6°, que reproducen el fallo previo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso); 3880-2012 (considerandos 7°, 11° y 17°, que reproducen el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago); y 7642-2012 (considerandos 4° y 5°, el que reproduce el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco). Sin perjuicio de lo anterior, también existe jurisprudencia que señala que no procede 19 N°2 contra personas jurídicas de derecho privado, sin distinguir si se trata de autoridades o no, e.g., Corte Suprema rol N° 3455-1992 (considerandos 30° y 48°, los que reproducen el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó).

¹⁶ Cfr. CEA, J. L., cit. (n. 11), II, pp. 137-138.

¹⁷ Cfr. ESTREICHER, Samuel, *Federal Power to Regulate Private Discrimination: The Revival of the Enforcement Clauses of the Reconstruction Era Amendments*, en Co-

por ejemplo, discriminaciones cometidas por dueños de locales que venden alcoholes podrían reconducirse al Estado en cuanto es este quién provee las licencias necesarias para vender alcohol¹⁸. Un problema de esta alternativa, sin embargo, es que obliga a dirigir las acciones judiciales contra el Estado, y no contra el particular que discrimina. Adicionalmente, no siempre es posible involucrar al Estado –en forma medianamente convincente– en casos de discriminación entre particulares.

Un cuarto argumento dice relación con el recurso de protección (artículo 20 CPol.). Este protege el ejercicio legítimo de ciertos derechos constitucionales, entre ellos el de igualdad y no discriminación, sin distinguir si quién priva, perturba o amenaza el derecho es un ente público o un privado. De ello podría seguirse que cualquier afectado en el derecho en cuestión podría interponer un recurso de protección frente a un acto privado de discriminación. Esta postura, si bien tendría cierto sustento en la práctica jurisprudencial¹⁹, nos parece poco convincente, toda vez que el recurso de protección es una acción cautelar cuyo fin es dar resguardo a derechos establecidos *prima facie*, pero no ser una fuente creadora de tales derechos. En otras palabras, el recurso de protección no es un medio idóneo de ampliar el contenido de derechos fundamentales, al menos de la forma señalada. En el caso en comento, si se concluye que el derecho consagrado en el artículo 19 N°2 CPol. no prohíbe la discriminación entre privados, entonces mal podría el instrumento dedicado a defender tal derecho proteger lo que no se ha considerado parte del mismo.

Un elemento ambivalente en esta discusión es el artículo 19 N°16 inciso 2º, precepto inserto dentro del numeral referido a la libertad de trabajo, el cual señala: “*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de la que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”.

La disposición en comento es un caso expreso en que el constituyente prohíbe la discriminación entre particulares (i.e., de empleadores hacia empleados), lo que probaría que en nuestro sistema los particulares sí están vinculados por mandatos constitucionales no discriminatorios. No obstante lo anterior, el argumento es sólo parcialmente convincente, por cuanto se podría argüir que el constituyente en este caso lo estableció expresamente, y por

lumbia Law Review, 74 (1974) 3, pp. 454 ss.; BUSS, William, *Discrimination by Private Clubs*, en *Washington University Law Review*, 67 (1989) 3, pp. 818 ss; KARST, K., cit. (n. 7), pp. 15 ss. Véanse también AYRES, Ian - VARS, Frederick, *When Does Private Discrimination Justify Public Affirmative Action?*, en *Columbia Law Review*, 98 (1998) 7, pp. 1585 ss.

¹⁸ MOZINSKI, Melvyn, *Constitutional Law: State Action: Imposing Criminal Penalties to Enforce Private Discrimination*, en *Michigan Law Review*, 57 (1958) 1, p. 123.

¹⁹ Véase la nota 15.

tanto, representaría una excepción frente a la regla general (la no prohibición directa por parte de la *Constitución* de la discriminación entre particulares).

Sin perjuicio de las discusiones precedentes, enfocadas en fundamentos constitucionales textuales, existen otras razones normativas para extender la prohibición de discriminación a los particulares. Entre ellas destacan las teorías del efecto horizontal de los derechos²⁰, según las cuales los derechos fundamentales serían exigencias incondicionadas, oponibles y demandables frente a todos, Estado y particulares incluidos. Estas teorías redirigen la atención desde una noción de los derechos como un elemento dentro de la compleja relación persona-Estado, a una concepción de los mismos como titularidades quasi-absolutas que garantizarían ciertas inmunidades a las personas en cualquier escenario. En otras palabras, la atención está puesta en la víctima y no en el victimario. Por lo mismo, si lo que se busca es que una persona no sufra discriminación, no basta con prohibírsela al Estado, sino a todos quienes traten con aquella.

Todo lo anterior es también aplicable a las teorías indirectas de efecto horizontal. Si bien estas no postulan la exigencia directa de los derechos fundamentales frente a otros particulares, aquellas sitúan al Estado como intermediario, haciéndolo responsable por no impedir que otros particulares violen el derecho en cuestión. Es decir, al Estado le corresponderían obligaciones positivas, no sólo negativas, en materia de igualdad y no discriminación, las que comprenderían impedir que otros particulares la vulneren²¹. Esta posición se ve reforzada por diversos tratados internacionales, los cuales obligan a los Estados a adoptar medidas para que sus habitantes no sufran discriminación²².

Otra razón normativa para extender la prohibición de discriminación a los privados dice relación con la igualdad de trato como principio del orden

²⁰ Una explicación nacional del fenómeno en ALDUNATE, Eduardo, *Derechos fundamentales* (Santiago, LegalPublishing, 2008), cap. 11°. En relación a la prohibición de discriminación, véase también el cap. 1°.

²¹ Cfr. SABA, Roberto, *Igualdad de trato entre particulares*, en *Lecciones y Ensayos*, 89 (2011), p. 255.

²² Artículos 2 N° 1 b), d) y e), 2 N° 2 y 4 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*; artículos 4, 8, 23 y 25 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*; artículo 3 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Véanse también, aunque no estén firmados ni ratificados por Chile, los artículos 1, 2, 4 y 15 de la *Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia*; los artículos 2 y 4 de la *Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*; los artículos 8 y 22 de la *Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*; y los artículos 2 y 3 de la *Declaración sobre la eliminación de formas de intolerancia y discriminación basadas en religión o convicción*.

jurídico²³. En efecto, en diversos ordenamientos la igualdad no es considerada sólo como un derecho, sino también como un principio y/o valor²⁴. Al gozar de rango constitucional, aquel impregna el ordenamiento jurídico en su totalidad, tanto en su formulación como en su interpretación, aplicación, etc.²⁵ Cuando los particulares hacen uso de ese ordenamiento jurídico en sus relaciones, ya sea celebrando un contrato, ofreciendo un servicio, etc., quedan vinculados por el principio/valor constitucional de la igualdad. Un argumento similar consiste en señalar que los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de la *Constitución*, conllevan que los mandatos de igualdad contenidos en el texto constitucional sean directamente aplicables a todo el ordenamiento, y por esa vía afectarían a otros particulares²⁶.

Una razón adicional para prohibir la discriminación entre particulares emana del “principio de obligatoriedad” de las normas constitucionales. Es así como nuestra *Constitución* señala en su artículo 6º que aquella vincula no sólo a los órganos del Estado, sino también a “toda institución, persona o grupo”. De esta forma, la *Constitución* proclama que los privados también quedan obligados por sus disposiciones, varias de las cuales mandan la igualdad de trato y la no discriminación (e.g., artículos 1 y 19 N°s 2, 16, 20 y 22). Recurrimos entonces a la idea de la constitución no sólo como un instrumento de limitación al poder, o incluso como un pacto social acerca de ejercicio del poder y sus límites, sino más bien a la noción de constitución en cuanto “programa de configuración de la sociedad”²⁷.

Los argumentos anteriores pueden complementarse con otro de carácter más general, que en cierta forma les sirve de marco, y que dice relación con profundos procesos de transformación del derecho. Tales procesos son la constitucionalización del derecho, la irradiación de los derechos fundamentales dentro de los más diversos ordenamientos jurídicos, y el progresivo

²³ Cfr. AGUILERA, Ariadna, *Contratación y diferencia* (tesis para optar al grado de Doctor, Universitat Pompeu Fabra, 2010), pp. 22 ss.

²⁴ Véanse, por ejemplo, PÉREZ, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad* (2ª edición, Madrid, Dykinson, 2007), pp. 83 ss.; FERNÁNDEZ, M. A., cit. (n. 12), pp. 34 ss.; MARTÍNEZ, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española* (Almería, Universidad de Almería, 2000), pp. 25 ss.; VALDÉS, D., cit. (n. 12), p.18.

²⁵ Cfr. SOBERANES, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas* (Ciudad de México, Porrúa, 2011), p. 45; VENNEMAN, Nicola, *The German Draft Legislation on the Prevention of Discrimination in the Private Sector*, en *German Law Journal* (2002), párrafo 11 [visible en internet: www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&cartID=137]; NOGUEIRA, Humberto, *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 18 (1997), p. 223.

²⁶ Cfr. CEA, J. L., cit. (n. 11), I, pp. 244-245.

²⁷ SOBERANES, J. M., cit. (n. 25), p. 45.

desmantelamiento de la división público/privada. Todos estos grandes fenómenos jurídicos han contribuido a la progresiva expansión de la igualdad constitucional más allá de las relaciones jurídicas “públicas”, permeando ámbitos “privados” o de “derecho común”.

Otra forma de justificar la prohibición de la discriminación entre los particulares atiende a la gravedad de sus consecuencias para otros bienes jurídicos y sociales, y al hecho que los efectos de la discriminación “privada” distan mucho de ser exclusivamente “privados”, repercutiendo en grupos mayores (particularmente aquellos a los cuales pertenecen quienes sufren un acto discriminatorio), e incluso en la sociedad toda²⁸. Es así como la tolerancia a la discriminación privada en cierta forma valida –e incluso podría fomentar– la discriminación en su conjunto, impide la integración social, y no permite el pleno aprovechamiento de las capacidades de todas las personas y grupos²⁹. Más aún, la existencia de discriminaciones sistemáticas en la esfera privada permea necesariamente la esfera pública (piénsese, por ejemplo, en la discriminación racial en contra de los negros en Estados Unidos, la cual ha subsistido aún después del desmantelamiento de su consagración legislativa), al punto de poder atentar en contra de la igualdad política, generando la exclusión y dominación de los discriminados³⁰, así como su desafección del sistema político. Desde esta perspectiva, la consagración constitucional del régimen democrático de gobierno (artículo 4 CPol.) autorizaría, e incluso exigiría, la prohibición de dichas discriminaciones.

Finalmente, existe la posibilidad de prohibir la discriminación entre particulares sobre la base de otros derechos involucrados. En efecto, es común que los actos discriminatorios también afecten el ejercicio de un derecho diferente a la igualdad. Así, por ejemplo, si un alumno Sikh es expulsado de un colegio por usar su tradicional turbante, aquel puede alegar una vulneración a su libertad religiosa. Del mismo modo, si a una persona lo golpea su vecino por el sólo hecho de ser homosexual, la víctima también ha sufrido un atentado a su derecho a la integridad física. Es importante destacar, sin embargo, que esta solución dista de ser perfecta, tanto por su deficiente cobertura (algunas discriminaciones no pueden reconducirse a la vulneración de otros derechos, o se vinculan a derechos que no están expresamente protegidos frente a particulares), como porque centra su discurso en la protección del derecho anexo, lo cual “invisibiliza” la discriminación sufrida.

En definitiva, si bien es cierto que no existe una disposición constitucional que consagre indubitablemente la prohibición de discriminación privada

²⁸ KARST, K., cit. (n. 7), p. 9.

²⁹ Cfr. SAWYER, Thomas, *Private Golf Clubs: Freedom of Expression and the Right to Privacy*, en *Marquette Sports Law Journal*, 3 (1993) 2, pp. 202-204.

³⁰ AGUILERA, A., cit. (n. 23), pp. 59-62.

(salvo en materia laboral), sí existen ciertos antecedentes de texto, así como diversas razones normativas, que permiten prohibir a lo menos algunas formas de dicha discriminación.

IV. LOS PROBLEMAS DE PROHIBIR LA DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES

En las secciones precedentes analizamos porqué debía prohibirse la discriminación entre particulares y cómo podría justificarse normativamente dicha prohibición. Lo anterior no implica que aquella sea siempre conveniente, puesto que existen razones relevantes que aconsejan prudencia en esta materia. La más importante dice relación con la necesidad de cautelar otros bienes jurídicos. En otras palabras, la prohibición de discriminación entre particulares puede vulnerar otros bienes valorados y protegidos por el ordenamiento constitucional. En efecto, aquella implicaría aceptar una dosis importante de intervención estatal en la vida de las personas y grupos, cuestión que puede afectar el derecho a la vida privada, la libertad de asociación, la libertad religiosa, la libertad de expresión, la autonomía de los cuerpos intermedios, la autonomía contractual, entre otros³¹.

El respeto y protección a la vida privada se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 4 CPol. (complementado a su vez por el artículo 19 N° 5), el cual asegura, entre otras cosas, un espacio de intimidad a las personas para que puedan desarrollar las relaciones humanas más fundamentales (e.g., afectivas, románticas, sexuales, familiares, de amistad), así como adoptar con la mayor libertad posible sus decisiones autónomas³². Una prohibición de discriminación entre particulares, sin embargo, afectaría severamente esta libertad de decisión, así como el desarrollo de las relaciones humanas mencionadas³³. Es más, una prohibición absoluta resulta impensable, ya que destruiría por completo el derecho en cuestión³⁴. Baste para ello imaginar que no se pudiese discriminar en la elección del cónyuge: toda persona requiere la más absoluta libertad en esta materia, por curiosos o repudiables que nos parezcan sus motivos para elegir (e.g., raza, apariencia, estrato social, riqueza, etc.)³⁵.

³¹ Resulta interesante a este respecto la discusión legislativa de la Ley N° 20.609 [visible en internet: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20609&canio=2014].

³² NOGUEIRA, Humberto, cit. (n. 10), I, pp. 721-772.

³³ Cfr. SAWYER, Th., cit. (n. 29), pp. 204-205; MOREAU, S., cit. (n. 4), p. 161.

³⁴ Véase WERTHEIMER, A., cit. (n. 6), pp. 972-975, y la noción de que no es conveniente querer “socializarlo todo”.

³⁵ Ver LIPPERT-RASMUSSEN, K., cit. (n. 2), p. 853.

En relación al derecho de asociación (artículo 19 N°15 CPol.), cabe recordar que este permite no sólo afiliarse o desafiliarse, sino también la libre elección de con quién afiliarse. En efecto, la decisión de pertenecer o no a un grupo está muchas veces condicionada, en los hechos, a las personas concretas que lo integran (ya sea porque se busque una mayor camaradería, un ambiente desafiante, una compañía estimulante, capacidad sobresaliente, etc.). En consecuencia, prohibir discriminar en el acceso a las asociaciones puede traducirse en una grave vulneración al derecho en comento, obligando a mantenerse a juntos a personas que no lo desean³⁶. Otra perspectiva a considerar es que la libertad de asociación supone la libre elección de sus fines por parte de sus miembros (o como se determine en los estatutos), cuestión que puede implicar la imposición de condicionantes para el ingreso a la misma. Así, por ejemplo, afectaría la libertad de asociación el hecho que una agrupación dedicada a honrar la memoria del Holocausto judío no pudiera excluir de entre sus miembros a “negacionistas” (personas que niegan el Holocausto).

Existe otro bien jurídico de importancia, que si bien no es un derecho, se vincula estrechamente al anterior, cual es la autonomía de los cuerpos intermedios. Es así como el artículo 1º inciso 3º de la Constitución garantiza a los cuerpos intermedios o asociaciones *lato sensu*, “la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Tal autonomía supone la facultad de autogobernarse mediante autoridades y normas propias, las que incluyen el establecimiento de reglas de admisión. El ámbito y contenido de la autonomía garantizada, sin embargo, se vincula a los fines de la asociación, determinados por su naturaleza (elemento objetivo) y la voluntad de sus miembros (elemento subjetivo). Por lo tanto, la prohibición de discriminación vulneraría la autonomía garantizada constitucionalmente de estos cuerpos si de alguna forma repercute en el cumplimiento de sus fines, como en el ejemplo del negacionista mencionado en el párrafo anterior.

Ahora bien, tanto el derecho de asociación como la autonomía de los grupos intermedios no son bienes jurídicos que sólo se protejan en virtud de su importancia para las personas y los grupos, sino también por su relevancia sistémica. Es así como las asociaciones y grupos en general constituyen una barrera y protección importante frente al poder estatal³⁷. Al prohibírseles discriminar en la selección de sus miembros, dicha barrera se debilita, permitiéndole al Estado imponer un discurso oficial en relación a la “correcta”

³⁶ “Nota”, *State Power and Discrimination by Private Clubs: First Amendment Protection for Nonexpressive Associations*, en *Harvard Law Review*, 104 (1991) 8, p. 1839; SAWYER, Th., cit. (n. 29), pp. 204-205; SABA, R., cit. (n. 21), p. 236.

³⁷ Véase SOTO, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, AbeledoPerrot, 2012), pp. 95 ss; SILVA, A., cit. (n. 11), IV, pp. 42-53.

integración de los grupos, o a los mensajes que aquellos pueden emitir³⁸. Sin perjuicio de que diversas sociedades democráticas han identificado ciertas formas de integración (o no-integración) como inaceptables (e.g., exclusión de clubes deportivos en razón de la raza o de opiniones políticas), y han prohibido ciertos mensajes (e.g., el lenguaje del odio hacia minorías), la regla general es que las personas y grupos no están obligados a seguir ninguna doctrina “oficial” en estas materias. Esto es importante para el sistema político en su conjunto, ya que asegura la existencia de pluralidad, discusión y diversidad, o lo que los norteamericanos denominan “el derecho a disentir”, el cual sirve de contraste y contrapeso permanente al enorme poder estatal y a sus facultades de imposición de “verdades oficiales” o “políticamente correctas”.

El punto anterior se relaciona también a otro derecho fundamental, cual es la libertad de expresión. Si bien nuestro sistema jurídico es parco en cuanto al alcance de este derecho (artículo 19 N° 12 CPol.), otros ordenamientos protegen no sólo las emisiones netamente orales o escritas, sino cualquier otra actividad que tenga carácter expresivo. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha considerado que la admisión o selección de miembros puede ser una forma importante de expresión de una asociación y de sus integrantes, la cual se puede ver limitada por normas antidiscriminatorias. Este argumento fue utilizado en el renombrado caso “Dale”, donde la organización de Boys Scouts defendió reglas de admisión que excluían a los homosexuales sobre la base de que su membresía violaba la libertad de expresión de la asociación, ya que le obligaba a dar un mensaje de apoyo a la homosexualidad que no quería emitir³⁹.

Otros derechos posiblemente vulnerados por la prohibición de discriminación entre privados son las libertades religiosa y de conciencia (artículo 19 N° 6 CPol.). Los problemas aquí han surgido con fuerza en el ámbito de la prestación de servicios y en los colegios, si bien también existen en otras áreas (e.g., acomodación laboral de prácticas religiosas). Gran notoriedad han tenido casos como el rechazo de una pareja de cristianos a alojar parejas homosexuales en su hotel⁴⁰, donde una prohibición total de la discriminación entre privados obligaría a quién presta el servicio a actuar en contra de sus convicciones morales y religiosas. En el ámbito escolar han surgido diversos conflictos, varios de ellos centrados en la selección de alumnos y en la posibilidad de los establecimientos educacionales de discriminar en la contratación

³⁸ HARVARD LAW REVIEW, cit. (n. 36), pp. 1850-1851.

³⁹ “Boys Scouts of America vs. Dale” 530 US 640 (2000), analizado en KOPPELMAN, A., cit. (n. 1), p. 43; LIM, Karen, *Freedom to Exclude After “Boy Scouts of America v. Dale”: Do Private Schools Have a Right to Discriminate Against Homosexual Teachers?*, en *Fordham Law Review*, 71 (2003) pp. 2599-2642.

⁴⁰ “Bull and another v. Hall and another” [2013] UKSC 73.

de sus empleados (incluyendo a los profesores), en razón de su credo⁴¹. Se enfrentan aquí principios tan importantes como la no discriminación en materia laboral y la supervisión estatal de la educación⁴², con la libertad de tales establecimientos para propagar su religión, finalidad que constituye su razón de ser. Más aún, interviene también en estas situaciones el derecho (preferente en nuestro ordenamiento) de los padres a educar a sus hijos (artículo 19 N° 10 CPol.), el cual comprende la selección de un proyecto educativo que puede ser fuertemente religioso⁴³.

Ahora bien, en materia de libertades de conciencia y religión se presenta un interesante fenómeno. A medida que las sociedades son más tolerantes a diversas concepciones de moralidad y religión, se hace cada vez más difícil determinar la permisibilidad de las conductas discriminatorias propugnadas por aquellas. Ello en razón de diversos factores, tales como la falta de conocimiento acerca de los postulados de dicha moral o religión, su incompatibilidad con elementos estructurales de la moral o religión dominante, o la imposibilidad de arbitrar entre visiones diversas⁴⁴.

Otro bien jurídico afectado por la prohibición de discriminación entre particulares es la libertad para contratar⁴⁵ (reflejada en diversas disposiciones de nuestro *Código Civil*, tales como los artículos 1545, 1444, 1445, 1546, 12, 1560 y 1567)⁴⁶, la que puede considerarse como parte de un derecho más general a la autonomía⁴⁷, o incluso de la libre iniciativa económica (artículo 19 N° 21 CPol.)⁴⁸. Este principio, aunque fundamental en derecho privado,

⁴¹ Sobre discriminación en la selección de colegios religiosos, véase: DAVIS, George, *Personnel is Policy: Schools, Student Groups, and the Right to Discriminate*, en *Washington and Lee Law Review*, 66 (2009) 4, pp. 1809 ss.; DALY, Eoin - HICKEY, Tom, *Religious Freedom and the 'Right to Discriminate' in the School Admissions Context: a Neo-republican Critique*, en *Legal Studies*, 31 (2011) 4, pp. 615-643; SABA, R., cit. (n. 21), pp. 244-245.

⁴² LIM, K., cit. (n. 39), pp. 2630 ss.

⁴³ Ibíd., pp. 2622 y 2628.

⁴⁴ Véase PUYOL, A., cit. (n. 1), pp. 86-87, quién acentúa la dificultad de distinguir entre discriminación basada en prejuicios de aquella fundamentada en ideas morales distintas.

⁴⁵ AGUILERA, A., cit. (n. 23), pp. 67 ss.; BILBAO, Juan María, *Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 18 (2006), pp. 148-152; WERTHEIMER, A., cit. (n. 6), p. 954.

⁴⁶ VIAL, Víctor - LYON, Alberto, *Actos jurídicos y personas* (2^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1991), pp. 51-55; LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), pp. 261-264 y 233-241.

⁴⁷ MOREAU, S., cit. (n. 4), p. 161; SABA, R., cit. (n. 21), pp. 218 ss.

⁴⁸ Cfr. FERMANDOIS, Arturo, *Derecho constitucional económico* (2^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006), I, pp. 117 ss.

no es absoluto ni sacrosanto, y ha sido sujeto a una serie de restricciones en diversos ámbitos (e.g., laboral, libre competencia, seguros, e incluso en el propio Código Civil). En materia de no discriminación, se ve afectado de diversos modos, tales como la obligación de contratar con quién no se desea, o el deber de fijar ciertas condiciones uniformes que no pueden variar de un caso a otro. Es así como el dueño de un restaurante no podría negarse a atender a una persona por el sólo hecho de ser musulmana, ni tampoco cobrarle más por el mismo servicio que se brinda a personas no musulmanas. En esta área, tal vez los conflictos más conocidos son aquellos referidos al “derecho de admisión” y a los límites del mismo⁴⁹.

Todos los puntos tratados previamente dicen relación a conflictos entre derechos fundamentales, o entre derechos y otros bienes jurídicos protegidos. No entraremos aquí a la discusión acerca del carácter aparente o real de tales conflictos, sino que intentaremos puntualizar algunas reflexiones de cómo abordarlos. En primer término, resulta crucial determinar la naturaleza jurídica del derecho de quienes alegan haber sido objeto de una discriminación privada. Esta cuestión es determinante para identificar su fuerza relativa frente a otros bienes jurídicos. A primera vista pudiera pensarse que se trata de un derecho fundamental, sin embargo, esto no es tan claro en aquellas jurisdicciones en que tal afirmación no cuenta con un sustento normativo claro más allá de un derecho genérico a la igualdad, o a la igualdad ante la ley, la cual tiende a identificarse con la protección del individuo frente al Estado y no frente a otros particulares. En otras palabras, en países como el nuestro, no puede considerarse como una verdad normativa evidente que el derecho a la no discriminación (frente a particulares) sea un derecho fundamental, cuestión que le resta “peso” en caso de conflicto con otros derechos indubitablemente “fundamentales”. Lo anterior no significa que tanto el legislador como los tribunales de justicia no puedan reconocerle dicho estatus, probablemente apoyados en ciertos tratados internacionales⁵⁰, pero en tal caso dicha interpretación tiene valor legislativo o jurisprudencial, no constitucional, todo ello sin considerar su eventual mutabilidad. En tal escenario, una determinación clara del Tribunal Constitucional sería muy útil, cuestión que en Chile se encuentra pendiente.

Una reflexión adicional consiste en recordar que ningún derecho es absoluto, y que por tanto su restricción o limitación en virtud de la protección de otro bien jurídico no es sólo aceptable sino común, sin perjuicio de que se establezcan requisitos para ellos (e.g., establecimiento por norma de

⁴⁹ BILBAO, Juan María, *Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público*, pp. 9-15 [visible en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/JuanBilbao.pdf].

⁵⁰ Véase la nota 25.

rango legal, razonabilidad o proporcionalidad de la limitación, no afectación del derecho en su esencia, etc.)⁵¹. Si tomamos como ejemplo el derecho de asociación, aquel no se extiende a aquellas agrupaciones ilícitas, o siguiendo nuestro texto constitucional, que sean “*contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado*” (artículo 19 N° 21 CPol.). Más aún, diversas formas asociativas están sujetas a una regulación intensa, incluyendo cuestiones tan fundamentales como el giro único y exclusivo y los controles permanentes sobre su actividad por parte de la autoridad estatal, cual es el caso de bancos, administradoras de fondos de pensiones, etc. Y si superamos una mirada netamente formalista, descubriremos que las asociaciones están sujetas a una serie de restricciones no estatales, impuestas por sus donantes, miembros, voluntarios, asociaciones mayores a las cuales están afiliados, etc.⁵² En definitiva, es claro que el derecho de asociación puede ser regulado y restringido, bajo ciertas condiciones, y lo mismo puede decirse del resto de los derechos invocados precedentemente (privacidad, libertad de conciencia y religión, libertad de expresión, derecho preferente a educar a los hijos). En consecuencias, existe espacio, al menos en abstracto, para limitar el derecho de asociación (y otros), en función del combate a la discriminación entre particulares.

Cabe también precisar que no parece correcto afirmar que se pueda vulnerar un derecho por el mero ejercicio de otro. Por una parte, porque la noción del “abuso del derecho” es ajena a los derechos fundamentales, ya que no es concebible que alguien pudiera invocar estas herramientas de desarrollo integral de la persona con el único objetivo de dañar a otro. Se trata de una contradicción con el origen y el fin de tales derechos: no es posible imaginar que exigencias esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5 CPol.) puedan ejercerse no para el beneficio o realización del agente, sino que con el exclusivo propósito de perjudicar a otro. Eso no es el ejercicio de un derecho fundamental, sino más bien el egoísta y caprichoso daño de un ser humano a otro. Por otra parte, la protección de un derecho normalmente exigirá su ejercicio legítimo, vale decir, no toda forma de ejercer un derecho puede ser invocada para justificar la vulneración de otro. Es el caso de nuestro recurso de protección, el cual protege el “legítimo ejercicio de los derechos y garantías” constitucionales (artículo 20 CPol.).

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que siempre que estamos frente a un caso de discriminación existiría ejercicio ilegítimo de otro derecho. Si así fuera, los conflictos – reales o aparentes – serían muy fáciles de solucionar

⁵¹ Véase en Chile: BERTELSEN, Soledad, *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 42 (2010), pp. 13-108; ALDUNATE, E., cit. (n. 20), Cap. XII y XIII.

⁵² KOPPELMAN, A., cit. (n. 1), pp. 52-53.

recurriendo a un razonamiento tautológico: como hay discriminación, no podría haber otro derecho legítimamente presente. Ello redundaría, por tanto, en la completa y absoluta primacía de la no discriminación sobre todo otro derecho. Mirado ahora al revés, tampoco es correcto afirmar que todo ejercicio legítimo de un derecho no puede causar discriminación⁵³, ya que le estaría concediendo primacía completa y absoluta a cualquier derecho por sobre la no discriminación. En definitiva, ambas alternativas buscan solucionar los conflictos entre derechos fundamentales y no discriminación por la vía de establecer una jerarquía entre ellos, cuestión en sí misma altamente discutible⁵⁴, y que en todo caso requeriría de una consagración constitucional expresa que no podría ser suplida por el legislador. Este último parece haber sido el caso de la Ley N° 20.609: *Establece medidas contra la discriminación* (la llamada “ley Zamudio”), cuyo artículo 2 inciso 3º establece que: “*Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que [...] se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental*”. Esta ley, por tanto, pareciera optar siempre por el derecho que se enfrenta a la no discriminación, cuestión que nos parece inconstitucional⁵⁵.

A nuestro juicio, las alternativas en commento no sólo son teóricamente deficientes, sino que tampoco concuerdan con la realidad, toda vez que existen ámbitos en los que resulta indudable que las personas pueden discriminar en el ejercicio de otro derecho, y a la inversa, áreas en que el ejercicio de un derecho no debe ser capaz de justificar la discriminación. Es así como derechos tales como la privacidad, la libertad religiosa, etc., permiten (en términos jurídicos y no morales) impedir la entrada al hogar a quien se deseé, por la razón – o falta de razón – que se estime conveniente. Del mismo modo, al otro extremo, un médico de urgencias no podría dejar de atender a una persona en razón de sus posturas políticas. El problema, por tanto, consiste en la resolución del cúmulo de situaciones intermedias en que no resulta obvio qué bien jurídico debe primar. Creemos, sin embargo, que es posible formular ciertos criterios coherentes al respecto, según analizaremos en la sección VI.

Finalmente, cabe preguntarse si existe una suerte de libertad residual y natural para discriminar que no quedaría completamente subsumida dentro

⁵³ Contrastar con ALVEAR, Julio - COVARRUBIAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un Análisis de los errores de la legislación “antidiscriminación”*, en *Actualidad Jurídica*, 13 (2012) 26, p. 25.

⁵⁴ BERTELSEN, S., cit. (n. 51), pp. 32-40; ALDUNATE, E., cit. (n. 20), pp. 273-276; CEA, J. L., cit. (n. 11) 2, pp. 68-69.

⁵⁵ Véase al respecto DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, *¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?*, en *Actualidad Jurídica*, 14 (2013) 28, pp. 284-285.

de derechos fundamentales reconocidos, y consecuentemente, qué límites tiene esa libertad. En relación a la primera pregunta, existen situaciones en que discriminar nos parece legítimo y natural, pero que no es posible reconducir en forma clara y convincente a otro derecho⁵⁶. Por ejemplo, cuando compro un auto, puede que discriminé a los modelos indios y chinos por las más diversas razones (prejuicios raciales, estereotipos respecto a la calidad de los productos que vienen de esos países, etc.), o incluso sin razón aparente. Si bien se podría intentar subsumir dicha situación en algún derecho constitucional, tales como el derecho a la propiedad o de propiedad, o en la autonomía contractual del derecho civil, nos parece conceptualmente más correcto señalar que existe una suerte de libertad residual natural para discriminar, que sin embargo queda sujeta a una serie de límites (e.g., causar estigmatización de otras personas), y cuya intensidad varía según el contexto (sería, por ejemplo, mucho mayor la que se posee como consumidor que como empleador). En otras palabras, no toda discriminación que sea aceptable o tolerable puede concebirse como el ejercicio de un derecho fundamental. Y esta noción no es sino la contracara del hecho que no toda desigualdad o discriminación puede entenderse como una vulneración de tales derechos⁵⁷. En síntesis, no todo problema de discriminación puede concebirse como un conflicto –real o aparente– entre derechos fundamentales, lo que nos obliga a determinar cuándo la discriminación es o no tolerada en sí misma por el ordenamiento jurídico, cuestión que abordaremos en la sección subsiguiente.

Hasta aquí hemos revisado someramente cómo la prohibición de la discriminación entre privados podría afectar ciertos bienes jurídicos fundamentales, así como los conflictos a que ello daría lugar, y lo difícil que puede ser situar tales conflictos en marcos teóricos adecuados. A lo anterior deben agregarse ciertas consideraciones fácticas, pero no por eso menos controversiales. La primera de ellas dice relación con el poder que se atribuye a la ley para cambiar los comportamientos sociales. Este es un tema que excede el ámbito de este artículo, pero es importante hacer hincapié en que la prohibición legislativa de la discriminación entre privados asume que el Estado, a través del ordenamiento jurídico, es a lo menos medianamente eficaz de impedir ciertas conductas. En nuestra opinión, para estos efectos constituye un error considerar la discriminación como un todo, vale decir, existen ciertos comportamientos discriminatorios más enraizados que otros, tanto a nivel individual como social, y por tanto la capacidad de la legislación para removelos también variará. Los factores que explican la mayor o menor

⁵⁶ Respecto a la posible existencia de un “derecho a discriminar”, existe un antiguo y más bien débil precedente judicial norteamericano que es comentado en ESTREICHER, S., cit. (n. 19), p. 521. Véase también BUSS, W., cit. (n. 17), pp. 815-853.

⁵⁷ Véase DÍAZ DE VALDÉS, J. M. cit. (n. 55), pp. 281-283.

intensidad de la conducta discriminatoria son esencialmente contextuales, y por lo mismo se encuentran estrechamente vinculados a un espacio y tiempo determinados.

Lo recién expuesto se vincula a otro tema fundamental, cual es las aspiraciones de una prohibición antidiscriminatoria. 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. Así, por ejemplo, la prohibición normativa podría impedir que un empleador rechace a un candidato por su origen Rapa Nui, pero eso no quiere decir que dicho empleador haya aprendido a apreciar a los Rapa Nui⁵⁸, o que ya no posea estereotipos negativos respecto de esa raza, o que ya no considere el origen racial de las personas en general, o de esa persona en particular, como algo relevante para el proceso de contratación, etc. 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 difficilmente afectadas por la prohibición normativa. Tercero, es muy probable que actos discriminatorios no expresamente prohibidos continúen sucediéndose no obstante la existencia de normativa antidiscriminatoria.

En definitiva, tanto la confianza como la desconfianza plenas en el poder del ordenamiento jurídico para eliminar la discriminación son erróneas. Si bien puede que exista un valor simbólico, e incluso un rol precursor, en toda legislación antidiscriminatoria, ello no debe cegarnos en relación a su efectividad, ni tampoco frente a los peligros de contar con normativa que no se cumple.

Finalmente, existen dos variables adicionales que condicionan la conveniencia de las prohibiciones de discriminación. Una de ellas es la existencia de un sinnúmero de conductas discriminatorias que se consideran “poco relevantes”⁵⁹, por ejemplo, dar el asiento en el transporte público sólo a aquellas señoras de edad cuya apariencia sea agradable, o permitir que un hijo coma más chocolate que otro simplemente porque quiere hacerlo, etc. Si bien puede argumentarse que ninguna discriminación es totalmente inocua, ya sea considerada en sí misma como un acto injusto e inmoral, o desde una perspectiva agregada dado el desarrollo de patrones de discriminación, el punto aquí es que no toda discriminación pareciera tener la relevancia

⁵⁸ DRIPPS, Donald, *Is the Privilege of Private Discrimination an Artifact of an Icon?* en *San Diego Law Review*, 43 (2006) 4, p. 1062.

⁵⁹ DRIPPS, D., cit. (n. 58), pp. 1065-1067.

suficiente para que el ordenamiento jurídico deba prohibirla. La segunda variable dice relación con la dificultad de hacer cumplir la prohibición. Como mencionábamos previamente, cierto tipo de discriminaciones son más difíciles de combatir que otras, y la efectividad del derecho para prohibir algunas conductas es insuficiente o incluso mínima, cuestión que a su vez cuestiona la conveniencia de prohibirlas⁶⁰.

V. ¿CÓMO DETERMINAR LAS OBLIGACIONES DE LOS PARTICULARES EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN?

En las secciones anteriores hemos establecido que hay razones importantes para prohibir la discriminación entre privados, pero también que existen dificultades y problemas relevantes para hacerlo, en parte debido al riesgo de vulnerar otros bienes jurídicos protegidos. Una forma de abordar las contradicciones señaladas es limitando las obligaciones que recaerían sobre los privados en materia de no discriminación, las cuales no serían las mismas que las exigidas al Estado. En otras palabras, el primer “deudor” de los derechos a la igualdad y la no discriminación es el Estado, a quién se le pueden imponer un cúmulo de obligaciones y deberes al respecto. Entre privados, sin embargo, tales derechos imponen obligaciones y deberes de menor intensidad o más limitados⁶¹. El problema consiste en identificar distinciones o marcos que nos permitan determinar tales obligaciones.

Una primera alternativa para limitar los derechos de los particulares en materia de discriminación consiste en distinguir entre la discriminación directa e indirecta. La primera consiste en el “trato menos favorable que recibe un individuo en razón de una característica personal”⁶² tales como el sexo o la raza. Un ejemplo sería la exclusión de toda clase de discapacitados de una empresa. La discriminación indirecta, en cambio, “prohíbe prácticas que formalmente se aplican a todos pero que tienen el efecto de afectar negativamente a individuos pertenecientes a ciertos grupos protegidos, a menos que pueda demostrarse que tales prácticas pueden ser objetivamente justificadas por un fin legítimo que es perseguido por medios apropiados

⁶⁰ LIPPERT-RASMUSSEN, K., cit. (n. 2), p. 853; DRIPPS, D. A, cit. (n. 58), p. 1066.

⁶¹ Véase algo similar en SOBERANES, J. M., cit. (n. 25), p. 47, quien cita al Tribunal Constitucional español, en su Auto N° 1069/1987, del 30 de septiembre de 1987.

⁶² MCCRUDDEN, Christopher - PRECHAL, Sacha, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, en European Comission (2009) [visible en internet: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en>]. Véase también: MCCRUDDEN, Christopher, *Equality in Law between Men and Women in the European Community* (London, Martinus Nijhoff, 1994), pp. 2-19.

y necesarios”⁶³. Casos comunes al respecto dicen relación con la exclusión de los trabajadores de tiempo parcial de algunos beneficios que empresas otorgan a sus trabajadores de tiempo completo, lo que en ciertos contextos afecta desproporcionadamente a mujeres sin que exista una justificación suficiente para la diferencia de trato⁶⁴.

Considerando que la discriminación indirecta es mucho más difícil de acreditar, y que su determinación necesariamente afecta a un conjunto de personas (se trata de grupos perjudicados, los que a su vez se comparan con otros grupos beneficiados), podría pensarse que los particulares sólo debieran responder por la discriminación directa. Nos parece que esta postura, sin embargo, adolece de un problema central, como es el de su aplicación en materia laboral. Tal y como los ejemplos anteriores ilustran, el concepto mismo de discriminación indirecta se ha desarrollado particularmente en esa área, donde no es el Estado el principal protagonista, sino justamente las relaciones laborales entre privados. En consecuencia, excluir la discriminación indirecta de tales relaciones sería virtualmente condenar tal desarrollo del derecho antidiscriminatorio⁶⁵. Ello no significa, sin embargo, que la distinción directa/indirecta no nos sea útil en otros contextos de relaciones entre privados, pero nos parece un error adoptarla como un criterio general.

Otra alternativa para delimitar las obligaciones de los particulares en materia de no discriminación, consiste en distinguir entre acciones y omisiones. Se trata, por tanto, de una aplicación más de la noción general consistente en que la eficacia horizontal de los derechos humanos alcanza solo a deberes de abstención (negativos) y no de acción (positivos). Por lo tanto, los particulares no podrían realizar actos positivos de discriminación, pero tampoco estarían obligados a combatir activamente la discriminación⁶⁶. Siguiendo esta lógica, los particulares no tendrían el deber, por ejemplo, de desarrollar políticas de acción positiva o discriminación inversa⁶⁷, entendida como “las medidas que intentan incrementar la participación de ciertos grupos definidos en razón de factores tales como la raza, el género o la discapacidad, en aquellos contextos en los cuales se considera que tales grupos están sub-

⁶³ McCRUDDEN, Chr. - PRECHAL, S., cit. (n. 62), pp. 35 ss. Traducción propia.

⁶⁴ Véase CAAMAÑO, Eduardo, *La discriminación laboral indirecta*, en *Revista de Derecho Valdivia*, 12 (2001) 2, pp. 71-72.

⁶⁵ En circunstancias que la tendencia pareciera ser la opuesta, e.g., VENNEMAN, N., cit. (n. 25).

⁶⁶ Cfr. AGUILERA, A., cit. (n. 23), pp. 56-57.

⁶⁷ Véase AYRES, I. - VARS, F. E., cit. (n. 17), quien señala que la discriminación privada puede, sin embargo, justificar la adopción por parte del Estado de medidas de discriminación positiva.

representados”⁶⁸. Tampoco estarían obligados a adoptar medidas especiales para abordar situaciones de multidiscriminación⁶⁹, que es la que sufre una persona que pertenece simultáneamente a varios grupos desventajados, y cuyo combate requiere de alta sofisticación y pro-actividad.

La distinción anterior, sin embargo, tampoco es completamente adecuada. Por una parte, nos parece posible imponer algunas obligaciones positivas a los particulares en materia de discriminación. Es el caso de la obligación de contratar que se exige a quién ofrece bienes y servicios al público en general, o el deber de acomodación, el cual consiste en la adaptación o relajación de ciertas reglas de carácter general, de forma de permitir la inclusión de personas que de otra forma quedarían excluidas. Así, por ejemplo, el empleador de individuos de distintas confesiones religiosas podría arreglar los turnos de trabajo de forma que, en lo posible, todos puedan asistir a los principales ritos de su respectivo credo. La acomodación, por tanto, exige una conducta proactiva de quién la adopta, y no pareciera imponer una carga desproporcionada sobre los particulares (dependiendo, claro está, del grado de acomodación que se solicite, y del impacto que ello tenga para el particular obligado). Cabe también considerar que existen ordenamientos donde los privados han sido obligados a adoptar acciones de discriminación positiva, cual es el caso de las cuotas para mujeres en los directorios de empresas que pueden encontrarse en países europeos como Noruega, Francia, Bélgica, Italia y los Países Bajos⁷⁰. Por otra parte, tampoco es posible sostener que los privados tengan en toda circunstancia un deber negativo de no discriminar, ya que como hemos mencionado antes, hay ámbitos en los que existe una libertad residual (e.g., elección del cónyuge). Adicionalmente, la distinción

⁶⁸ MCCRUDDEN, Chr. - PRECHAL, S., cit. (n. 62), pp. 38. Traducción propia.

⁶⁹ Existe una interesante literatura comparada sobre el fenómeno de la multidiscriminación; así: CRENSHAW, Kimberle, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, en *University of Chicago Legal Forum* (1989); GARCÍA, Lisa, *Intersections of Inequality: Understanding Marginalization and Privilege in the Post-Civil Rights Era*, en *Politics and Gender*, 3 (2007) 2, pp. 232-248; JORDAN-ZACHERY, Julia, *Am I a Black Woman or a Woman Who is Black? A Few Thoughts on the Meanings of Intersectionality*, en *Politics and Gender*, 3 (2007) 2, pp. 254-263; SIMIEN, Evelyn, *Doing Intersectionality Research: From Conceptual Issues to Practical Examples*, en *Politics and Gender*, 3 (2007) 2, pp. 264-271.

⁷⁰ En Noruega, véase la Resolution of Enactment N° 1429, de 9 de diciembre de 2005. En Francia, la Ley N° 2011-103, *Sobre la representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración y de igualdad de supervisión y profesional en las instituciones públicas y las empresas involucradas*, del 28 enero de 2011. En Bélgica, el artículo 518 bis del *Código de Comercio*, de 28 de julio de 2011. En Italia, la Ley N°120, de 28 de julio de 2011. En los Países Bajos, el artículo 2391 del *Código Civil*, introducido el 6 de junio de 2011.

entre acción y omisión no siempre es tan nítida. En definitiva, el criterio en comento puede servir de guía u orientación, pero en ningún caso soluciona el problema a cabalidad.

Otra posibilidad consiste en prohibir sólo las formas más irracionales o evidentes de discriminación entre particulares. Ello se lograría sometiendo a los privados un estándar más laxo de control que el aplicable a la discriminación estatal, haciendo así más fácil para ellos justificar una distinción o diferencia de trato como no discriminatoria. La discriminación estatal se encuentra normalmente sujeta al estándar de razonabilidad o razonabilidad, pero ocasionalmente se utilizan modelos más exigentes como la proporcionalidad (Europa) o el escrutinio estricto (Estados Unidos). Ahora bien, el test de razonabilidad puede significar cosas bien diferentes en distintas jurisdicciones, desde la sola alegación de una razón que excluya el mero capricho, hasta el examen de plausibilidad de las razones dadas, pasando por su efectividad, y llegando incluso a examinar la razonabilidad o capacidad de persuasión de las mismas. En otras palabras, si bien es claro que se trata de un estándar de revisión judicial relativamente laxo o deferente⁷¹, existen importantes variaciones en su aplicación. En el caso de la discriminación entre privados, se aplicaría en sus versiones más suaves, de forma de excluir sólo aquellos casos en que resulta evidente que se está cometiendo una discriminación. Esta solución, sin embargo, asigna una gran cuota de poder y libertad a los jueces, lo que plantea diversos peligros, desde una excesiva relajación en los deberes de los particulares, hasta la ausencia de la debida auto-limitación judicial.

En definitiva, todos los criterios anteriores pueden ser útiles para definir las obligaciones de los particulares en relación a la discriminación, pero ninguno de ellos es suficiente o infalible. Ahora bien, en aquellas jurisdicciones como la chilena, donde tanto el constituyente como el legislador guardan silencio en esta materia, sería esperable que los jueces exijan a los particulares, a lo menos, evitar la discriminación directa, realizada mediante actos positivos, y que claramente carezca de justificación suficiente. Para asegurar mayores exigencias a los privados, por tanto, se requeriría de texto normativo expreso, ya sea de alcance general, o aplicable sólo a ciertos ámbitos particularmente sensibles (e.g., prohibición de la discriminación indirecta en el ámbito laboral).

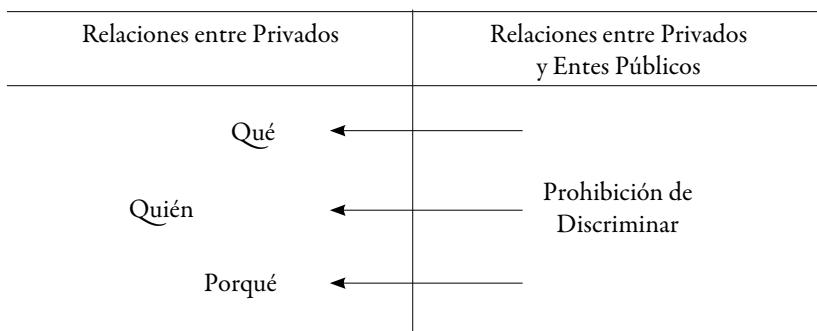
⁷¹ MCCRUDDEN, Chr. - PRECHAL, S., cit. (n. 62), pp. 11 ss.; MICHELMAN, Frank, *The Meanings of Legal Equality*, en *The BlackLetter Journal*, 3 (1986), pp. 26-27.

VI. CRITERIOS PARA DETERMINAR CUÁNDΟ PROHIBIR LA DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES

Como señalábamos previamente, la prohibición de discriminación surge en el ámbito de las relaciones entre las personas y los entes públicos. Sin embargo, existen antecedentes teóricos y experiencias prácticas que han llevado a la progresiva aplicación de dicha prohibición a las relaciones entre particulares. En nuestra opinión, dicha aplicación ha sido fragmentaria, y en ocasiones, carente de la coherencia dogmática necesaria. En otras palabras, se ha prohibido discriminar a los particulares por razones muy diversas, no siempre reconciliables, y que tampoco han sido uniformemente aplicadas.

Creemos que una forma de dar sentido a este confuso panorama, consiste en imaginar el fenómeno en cuestión como una penetración progresiva de la prohibición de discriminación en el ámbito privado. Dicho proceso ha utilizado diversos argumentos o razones para justificar la extensión de dicha prohibición a los particulares, los cuales pueden superponerse, contradecirse o simplemente agregarse unos a otros. Sostenemos que tales consideraciones, a su vez, pueden reunirse bajo ciertas categorías lógicas que faciliten la compresión del proceso descrito: el tipo de acto o conducta discriminatoria en relación a sus consecuencias (el “Qué”); las personas involucradas y la relación entre ellas (el “Quién”), y la causa o motivo de dicha conducta (el “Porqué”). Adicionalmente, existen una serie de factores contextuales a considerar. A continuación analizaremos cada uno de ellos en detalle.

Figura N°1



1. Qué prohibir.

a) Una forma de distinguir la discriminación privada que debe ser prohibida, consiste en la identificación de un tipo general de conductas reprochables, atendiendo a las consecuencias de las mismas. Si bien las posibilidades a este respecto son variadas, existen ciertas clases de actos que son más comúnmente

mencionadas en este contexto. Una de ellas son los actos discriminatorios que afectan en forma relevante la dignidad de las personas o que causan estigmatización, ya sea del afectado o de su grupo de pertenencia⁷².

b) Otra opción es prohibir los actos discriminatorios que reflejan y refuerzan una discriminación sistémica tan severa, que afecta el estatus de ciudadanos libres e iguales de los discriminados. En otras palabras, se trata de una discriminación que incide en la esfera política, causando la exclusión o la participación restringida de los discriminados⁷³. Un rasgo sugerente de esta alternativa es que, más allá de la preocupación por la víctima, se atiende al adecuado funcionamiento del sistema político.

c) Una posibilidad diferente sería prohibir toda discriminación entre particulares, salvo que ello implique la afectación un derecho fundamental. El problema de esta opción es que, al establecer que otro derecho prima siempre sobre la no discriminación, se está instaurando una suerte de jerarquía entre derechos o bienes jurídicos⁷⁴. Como mencionamos previamente, tal situación es altamente discutible y sólo podría ser establecida por la propia constitución. Ahora bien, esta postura podría suavizarse aumentando la intensidad de la afectación requerida, al punto de vulnerar el núcleo esencial del derecho. Es decir, la discriminación entre privados sería tolerable sólo cuando ello sea necesario para proteger el “corazón” de otro derecho (e.g., la privacidad exigiría total libertad para discriminar en la elección del cónyuge, pero no del chofer o la secretaria). Esta atenuación no obsta, sin embargo, a que siga produciéndose una jerarquía de derechos o bienes jurídicos.

d) Una alternativa similar sería comparar el daño que sufriría la víctima de la discriminación, con el daño que se infringiría a los derechos de quién se impide discriminar⁷⁵. Dejando de lado la crítica acerca de la imposibilidad de mensurar y comparar este tipo de daños, en la práctica esta opción otorga una gran libertad al juez (en parte porque tanto su decisión como los criterios en que se basa son difíciles de controlar), lo que podría considerarse como problemático. Adicionalmente, se asume que la no discriminación opera como un derecho más que puede someterse sin problemas a los mecanismos de solución de conflictos entre derechos (e.g., ponderación). Como vimos previamente, esto no es tan simple.

e) Finalmente existen alternativas plenamente pragmáticas de carácter

⁷²Cfr. BILBAO, J. M., cit. (n. 45), p. 157; ATRIA, Fernando, *Los peligros de la constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional* (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997), p. 125; BLAKE, Michael, *The Discrimination Shopper*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006) 4, p. 1030; KOPPELMAN, A., cit. (n. 1), p. 45.

⁷³Cfr. BLAKE, M., cit. (n. 72), p. 1025.

⁷⁴Cfr. DRIPPS, D., cit. (n. 58), pp. 1064 ss.

⁷⁵Cfr. KOPPELMAN, A., cit. (n. 1), p. 43.

negativo, es decir, que excluirían las conductas privadas de la prohibición de discriminación, tales como la tolerancia a actos muy ocasionales de discriminación, o que causen un daño irrelevante, o que sean muy difíciles de probar⁷⁶. La misma naturaleza pragmática de estos criterios, sin embargo, hace difícil su reconciliación con un sistema constitucional esencialmente axiológico como el nuestro, donde la ilicitud de las conductas se define, primero y antes que todo, de acuerdo a principios.

2. Quién discrimina y quién es discriminado.

Otro factor que debe considerarse para determinar la posible extensión de la prohibición de discriminación a los privados dice relación con: *i*) la identidad de quién discrimina; *ii*) la identidad del discriminado; y *iii*) la relación entre ambas partes.

a) En cuanto a la identidad de quién discrimina, puede argumentarse que quedan impedidos de discriminar todos los privados que realicen labores que puedan reconducirse al Estado. Así, por ejemplo, privados que exploten concesiones otorgadas por el Estado (e.g., carreteras, aseo y ornato, canales de televisión, servicios accesorios, quioscos), no podrían discriminar. También aquellos que exploten algún servicio de utilidad pública (e.g., agua potable, alcantarillado, electricidad, gas), cuestión que en Chile se discutió expresamente a raíz de la Ley N° 20.609⁷⁷. En estos casos, la extensión de la prohibición en comento se justifica por cuanto esos particulares ocupan el lugar del Estado en las relaciones que establecen con otros particulares. En otras palabras, como los particulares pueden invocar la interdicción de discriminación contra el Estado, también podrían hacerlo en contra de los particulares que han asumido la posición de aquel en algún contexto determinado. Cabe destacar, sin embargo, que la obligación de no discriminar no es bidireccional, por cuanto los privados que se enfrentan a la concesión o empresa de utilidad pública no quedan obligados a no discriminar entre quienes ofrecen tales servicios. Más aún, la prohibición solo se extiende a los actos ejecutados en la esfera de acción que es reconducible al Estado, y no a toda actividad del privado que lo ha sustituido en un área de actividad específica.

b) En relación con la identidad del discriminado, se prohíben aquellas discriminaciones que aplican patrones generalizados de dominación o ex-

⁷⁶Cfr. ZWOLINSKI, Matt, *Why Not Regulate Private Discrimination?* en *San Diego Law Review*, 43 (2006) 4, pp. 1045 ss.; LIPPERT-RASMUSSEN, K., cit. (n. 2), p. 853; DRIPPS, D., cit. (n. 58), p. 1065-1066.

⁷⁷Véase el artículo 8 inciso 2º del proyecto de ley original contenido en el mensaje que enviará el Ejecutivo al Congreso Nacional [visible en internet: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=3815-07].

clusión de ciertos grupos, vale decir, de actos que a la vez reflejan y refuerzan discriminaciones que ya son sistémicas y que impregnán una sociedad⁷⁸. Esta misma idea se puede reformular, y simplificar, señalando que se prohíbe toda discriminación que se fundamente en categorías sospechosas, según las determine el constituyente y el legislador. En nuestro país, cabría entonces destacar la especial preocupación del constituyente por la discriminación sexual (artículo 19 N°2), así como por la que se fundamenta en la nacionalidad y la edad (artículo 19 N°16). En todo caso, el listado más completo de categorías sospechosas en nuestro ordenamiento podemos encontrarlo en el artículo 2 de la Ley N° 20.609⁷⁹. Ahora bien, un desarrollo eventual a considerar en esta materia es que, si la lógica detrás de estas prohibiciones es proteger a los grupos ya muy discriminados, podría darse la paradoja que la discriminación por parte de miembros de estos últimos hacia los grupos dominantes no quede prohibida. Así, por ejemplo, no se permitirían las políticas de selección de una asociación que excluya a las mujeres, pero no habría problema con las políticas de admisión que exijan ser mujer. En otras palabras, los discriminados sí podrían discriminar, ya que no se formaría un patrón de dominación, exclusión sistemática o de estigma hacia quienes sufrirían tal discriminación⁸⁰. Este desarrollo, evidentemente controversial, se vincula a su vez a la noción de discriminación positiva, institución particularmente polémica⁸¹.

c) Finalmente, cabe analizar la aplicación de la prohibición de discriminación a ciertos tipos de relaciones entre privados. Es así como en derecho comparado es común encontrar prohibiciones a la discriminación privada en materias laborales y comerciales (incluyendo la protección a los consu-

⁷⁸Cfr. BILBAO, J. M., cit. (n. 45), p. 155.

⁷⁹ La norma enumera las siguientes: “*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*”.

⁸⁰Véase BUSS, W., cit. (n. 17), pp. 852-853, quien ofrece razones adicionales para permitir esta clase de discriminación. Véase también SABA, R., cit. (n. 21), p. 262-263.

⁸¹ La literatura a este respecto es extensa. Véanse, por ejemplo: SOWELL, Thomas, *Affirmative Action Around the World* (New Haven, Yale University Press, 2004); BOWEN, William - BOK, Derek, *The Shape of the River* (Princeton, Princeton University Press, 1998); ISSACHAROFF, Samuel, *Law and Misdirection in the Debate over Affirmative Action*, en *The University of Chicago Legal Forum* (2002); FORDE-MAZRUI, Kim, *Taking Conservatives Seriously: A Moral Justification for Affirmative Action Reparations*, en *California Law Review*, 92 (2004); EASTLAND, Terry, *Ending Affirmative Action. The Case for Colorblind Justice* (New York, BasicBooks, 1997).

midores y la libre competencia)⁸². Las razones para esta selección, sin embargo, no son claras. Podría afirmarse que se trata de áreas donde existiría una asimetría de poder entre sus participantes, pero la verdad es que dicha asimetría también puede encontrarse en otras áreas (e.g., clubes privados, vida familiar). También podría señalarse que se trata de áreas fundamentales para el desarrollo de la “vida comercial” de las personas (o si se quiere, donde existe un “bien público comprometido”)⁸³, por lo que la discriminación existente en ella tendría un impacto mayor. No queda claro, sin embargo, por qué no podría haber discriminaciones en otras áreas que fueran más dañinas o tuvieran mayor impacto⁸⁴. Otra posibilidad sería señalar que, en tales contextos, quien discrimina no puede invocar un interés legítimo en contrario, afirmación que sin embargo nos parece errónea, o en el mejor de los casos, una generalización exagerada (piénsese, por ejemplo, en el empleador que verá restringida su libertad de empresa al no poder excluir a personas cuya pertenencia a un determinado grupo producirá, por ejemplo, una baja en las ventas de la empresa por el rechazo mayoritario de los clientes hacia ese grupo)⁸⁵. También se ha afirmado que en el ámbito comercial la discriminación deja más “huellas” y sería más fácil de probar, cuestión que nuevamente parece ser una generalización indebida⁸⁶, además de pecar de excesivo pragmatismo. Del mismo modo, sería posible argumentar que en el ámbito comercial no existen espacios de autonomía tan cruciales para la persona como en otras áreas, donde la prohibición de la discriminación sería intolerablemente invasiva (e.g., vida familiar), afirmación que también es controvertible.

En definitiva, nos parece que las situaciones descritas en el párrafo anterior carecen de un denominador común claro. Por lo mismo, creemos sería conveniente, en nuestro sistema constitucional, reemplazar la consideración del “tipo de relación entre las partes”, por la utilización de la noción de “autoridad”. Tal y como explicamos en la sección respectiva, parte de la doctrina, con algún apoyo jurisprudencial, ha interpretado el artículo 19 N°2 de la CPR como una prohibición de discriminación que se impone a cualquier

⁸² E.g., en Estados Unidos, la *Ley de discriminación por edad en el empleo*, 1967; en la Unión Europea, las Directivas Nos. 2000/78; 2000/43 y 2004/113; en España, la Ley Orgánica N° 3/2007 de 22 de marzo, *Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

⁸³ BARROS, J. P., cit. (n. 12), pp. 62-64.

⁸⁴ Véase ZWOLINSKI, M., cit. (n. 76), pp. 1048-1049.

⁸⁵ Véase WERTHEIMER, A., cit. (n. 6), pp. 962-963, y la noción de “market rational decisions” en razón del racismo o sexismo de los consumidores. Véase también BLAKE, M., cit. (n. 72), pp. 1019 ss.

⁸⁶ Véase ZWOLINSKI, M., cit. (n. 76), p. 1045 ss.; DRIPPS, D., cit. (n. 58), pp. 1065-1066.

autoridad, ya sea pública o privada. Si bien la definición e identificación de lo que es una autoridad puede ser problemática, al menos es claro que existe una asimetría en la posición de las partes, lo que normalmente se va a traducir en que los derechos de una de ellas –o su ejercicio– quedarán de alguna forma condicionados a la voluntad o arbitrio de la otra. Ejemplos de autoridades privadas serían el gerente de una empresa, el rector de una universidad, el presidente de un sindicato, etc. Ahora bien, desde una perspectiva más netamente comercial, cabría también incluir en el concepto de autoridad a quienes gozan de una posición dominante en el mercado respectivo⁸⁷.

3. Por qué se ha discriminado.

Un tercer criterio para determinar la extensión de la prohibición de discriminación a los privados atiende a la causa o motivo detrás del acto discriminatorio, ya que algunas de ellas pueden considerarse permisibles y otras no⁸⁸.

a) Los principales motivos tras la discriminación son los prejuicios, los estereotipos, las preferencias y las convenciones sociales⁸⁹. Los prejuicios atribuyen menor valor moral a una persona en razón de ciertas características⁹⁰ (mutables o no)⁹¹, las que normalmente son relevantes para su identidad⁹² (e.g., “los Rapa Nui son una raza inferior”). Los estereotipos, en cambio, son simplificaciones de la realidad consistentes en el “uso de rasgos personales o grupales como indiciarios de otras habilidades”⁹³ o características. Estos pueden ser racionales (basados en evidencia estadística, e.g., “los conductores jóvenes son más irresponsables porque chocan más que los demás conductores”) o irracionales (basados en un error, una generalización exagerada o una correlación estadística débil, e.g., “los homosexuales tienen buen gusto”)⁹⁴. Las preferencias, por su parte, son sentimientos de atracción o repulsión hacia

⁸⁷ Cfr. BILBAO, J. M., cit. (n. 45), pp. 43-44; ATRIA, F., cit. (n. 72), p. 125; KOPPELMAN, A., cit. (n. 1), pp. 47 ss.

⁸⁸ Véase la crítica de HELLMAN, D., cit. (n. 2), Capítulo 6.

⁸⁹ Otras clasificaciones en AGUILERA, A., cit. (n. 23), pp. 111-113; LIPPERT-RASMUSSEN, K., cit. (n. 2), pp. 821-823.

⁹⁰ CHAUDHRY, Sujit, *Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws*, en *George Mason Law Review*, 9 (2000), p. 152.

⁹¹ Cfr. POST, Robert, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, en *California Law Review*, 88 (2000), p. 8.

⁹² RÉAUME, Denise, *Discrimination and Dignity*, en *Lousiana Law Review*, 63 (2003), p. 680.

⁹³ CHAUDHRY, S., cit. (n. 90), p. 155.

⁹⁴ ALEXANDER, Larry, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 141 (1992), pp. 167-170; CHAUDHRY, S., cit. (n. 90), pp. 155 ss.

ciertas características personales, y pueden estar fundamentadas, consciente o inconscientemente, en prejuicios o estereotipos (e.g., “no me gusta la gente muy baja”).⁹⁵ Finalmente, las convenciones sociales son prácticas sujetas a sanción social que son percibidas por los individuos como normas no escritas de conducta, y que también pueden fundamentarse en prejuicios o estereotipos conscientes o inconscientes (e.g., “para ser modelo hay que ser delgada”).

En términos generales, los ordenamientos jurídicos buscan la erradicación de los prejuicios y los estereotipos irracionales, dado que aquellos responden a cabalidad a las razones generales para prohibir la discriminación, analizadas en la sección II precedente (son dañinos, denotan intensiones inaceptables, son simbólicamente nefastos y producen graves consecuencias sociales). Los estereotipos racionales, en cambio, son objeto de distintos grados de tolerancia, también en función de cuán aplicables les son las razones señaladas. Un caso interesante es el de los seguros, cuya discriminación estadística ha dado lugar a controversias⁹⁶. Es así como en nuestro país, el trato más desventajoso otorgado por las ISAPRES a mujeres y adultos mayores ha dado lugar a una extensa litigación ante el Tribunal Constitucional y los tribunales superiores de justicia⁹⁷. La actitud frente a las preferencias es más bien permisiva, salvo respecto de aquellas que se puedan vincular a prejuicios o estereotipos irracionales. Las convenciones sociales pueden ser más intensamente revisadas, al menos en ciertos ámbitos, y el juicio acerca de su constitucionalidad puede ser particularmente sensible a la evolución temporal. En todos los casos, sin embargo, la normativa antidiscriminación se preocupa más de lo que sucede en la esfera pública que en la privada o familiar, donde los agentes gozan de mayor libertad⁹⁸.

b) Una situación aparte es la llamada “discriminación por razón de mercado”⁹⁹. En estos casos, quien discrimina no lo hace porque deseé hacerlo, sino porque considera que ha sido forzado a ello por la voluntad de terceros, o por una situación de discriminación que ya existe. Sería el caso, por ejemplo, de una tienda que se niega a contratar a una persona de origen árabe por el efecto que ello pudiera tener en su clientela de origen judío. La

⁹⁵ Cfr. ALEXANDER, L., cit. (n. 94), pp. 176-183.

⁹⁶ AGUILERA, A., cit. (n. 23), pp. 122 ss. y 238-239.

⁹⁷ Véase el primer fallo del Tribunal Constitucional en esta materia, rol N° 976-1007 del 26 de junio de 2008; así como los roles Nos. 2337-2012 y 1856-2012. Véase también: SOTO, Sebastián, *Fallo Isapres: Una Mirada a los Derechos Sociales y al Rol de los Jueces*, en *Sentencias Destacadas 2008* (2009).

⁹⁸ LOURY, Glenn C, *Why Should We Care About Group Inequality?* en *Social Philosophy and Policy*, 5 (1987) 1, p. 259.

⁹⁹ WERTHEIMER, A., cit. (n. 6), pp. 962-963; BLAKE, M., cit. (n. 72), p. 1019; NEILKIN, Dana, *Discriminationg Shoppers Beware*, en *Discriminationg Shoppers Beware*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006) 4, pp. 1035-1037.

permisibilidad de estas situaciones es controversial, y en ocasiones casuística¹⁰⁰. Por una parte, prohibir a estos agentes discriminar les obligaría a asumir la carga de la discriminación existente en contra de un grupo, lo que puede redundar incluso en la quiebra del negocio en cuestión. Más aún, existen preferencias de los “clientes” que, por inmorales o equivocadas que parezcan, deben respetarse en razón de otros bienes jurídicos relevantes, como se ha explicado previamente. Por otra parte, permitir situaciones discriminatorias por el sólo hecho de ser extendidas en una sociedad impide que aquellas puedan ser eventualmente superadas. Se favorece así un *status quo* dañino para los discriminados y para la sociedad en su conjunto. Cabe recordar a este respecto la experiencia norteamericana, cuando los dueños de restaurantes y hoteles fueron obligados a atender clientes de raza negra, no obstante que su clientela blanca los dejara de preferir.

4. El juez y la regla de la razonabilidad.

Las categorizaciones y criterios anteriores proveen orientación para distinguir en qué situaciones la discriminación entre privados puede o debe prohibirse, y cuándo debe tolerarse. No se trata de categorías estanco o disyuntivas, sino que de distintas argumentaciones o justificaciones que es posible invocar simultáneamente, pudiendo sobreponerse, alinearse o incluso contradecirse. En algunas situaciones una de ellas será justificación suficiente para aplicar la prohibición de discriminación a los particulares, en otras se requerirá de una ponderación de los factores o argumentos involucrados.

Adicionalmente, es necesario considerar las circunstancias de contexto que rodean al acto discriminatorio, las que en algunas ocasiones pueden ser muy relevantes para determinar su (im)permisibilidad. Ejemplos de tales circunstancias son las siguientes: si se trata de un hecho aislado o que se ha repetido en el tiempo; si se excluye de un lugar propiamente privado –como el hogar– o de un lugar abierto al acceso público¹⁰¹; cuál ha sido la notoriedad y publicidad del acto; qué tan relacionada está la discriminación hecha en la admisión con la finalidad del cuerpo intermedio que la realiza, entre muchas otras.

Ahora bien, considerando que en nuestro país no existe mayor definición constitucional o legislativa en cuanto a los criterios que justifican la aplicación de la prohibición de discriminación a los privados, y que el elemento contextual mencionado en el párrafo anterior puede ser muy importante, no cabe sino asignarle al juez la determinación de si la prohibición de discriminación se aplica o no a ciertos actos particulares. Para facilitar su labor, y a la vez

¹⁰⁰Cfr. WERTHEIMER, A., cit. (n. 6), pp. 969-970.

¹⁰¹Cfr. SABA, R., cit. (n. 21), p. 261.

permitir el control de la misma, el juez cuenta con el conjunto de categorizaciones y argumentaciones desarrolladas en las secciones precedentes. Más aún, nos parece que nuestro sistema jurídico ofrece una herramienta concreta para realizar la ponderación de factores señalada. Es así como la Constitución prohíbe la discriminación arbitraria, vale decir, aquella que es caprichosa o no racionalmente justificable¹⁰². Si bien no entraremos aquí a analizar el test de racionalidad y sus problemas, creemos que a lo menos dota al juez de amplia libertad para considerar los factores que identificáramos bajo los títulos de “qué”, “quién” y “por qué”, así como las circunstancias contextuales del caso particular. Además le otorga la flexibilidad suficiente para ser más o menos exigente en la justificación de la diferencia de trato enjuiciada. Es así como el juez, siguiendo la tendencia comparada, puede demandar una justificación mucho mayor cuando el factor utilizado para discriminar es una categoría sospechosa¹⁰³, o cuando afecta severamente la dignidad de la víctima. Del mismo modo, puede considerar que un acto discriminatorio basado en el mero prejuicio es en sí mismo injustificable y arbitrario, o que la existencia de una relación de poder entre discriminador y discriminado hace que un acto normalmente permisible se convierta en discriminación arbitraria intolerable para el ordenamiento jurídico.

En definitiva, si bien es cierto que una mayor precisión constitucional o legal de criterios para distinguir la discriminación privada permisible de la que no lo es sería muy provechosa, al menos los jueces cuentan hoy con las facultades y la flexibilidad suficiente para realizar un análisis caso a caso, siguiendo los criterios antes señalados y considerando el contexto particular de cada situación.

VII. CONCLUSIONES

1º La discriminación entre privados es un fenómeno jurídico cuya regulación ha surgido en forma evolutiva y fragmentada, careciendo de una dogmática coherente capaz de determinar sus ámbitos de aplicación, sus contenidos, límites, etc.

2º Las razones para prohibir la discriminación (en general) son aplicables a la discriminación privada. Desde el punto de vista normativo, la falta de una disposición constitucional expresa es un obstáculo importante, pero no

¹⁰² Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional roles Nos. 28-1985 (considerando 4º-8º); 280-1998 (considerando 24º); y 807-2007 (considerando 22º); y FERNÁNDEZ, M. A., cit. (n. 12), pp. 73 ss.; SILVA, A., cit. (n. 11), pp. 121 ss.

¹⁰³ MCCRUDDEN, Chr. - PRECHAL, S., cit. (n. 62), pp. 23-25. Véase también ATRIA, F., cit. (n. 72), pp. 64-71, así como la aproximación crítica de SADURSKI, Wojciech, *Equality and Legitimacy* (Oxford, OUP, 2008), pp. 111-124.

infranqueable, ya que existen argumentos razonables para prohibir la discriminación entre privados, tal y como ya lo ha hecho, al menos parcialmente, el legislador chileno.

3º La prohibición de la discriminación privada no puede ser de igual entidad e intensidad que la impuesta a los entes públicos, puesto que se vulnerarían otros bienes jurídicos fundamentales, tales como el derecho a la vida privada, las libertades de asociación, conciencia, religión y expresión, así como la autonomía de los cuerpos intermedios y la libertad de contratación. No existe una jerarquía constitucionalmente sancionada entre tales bienes jurídicos y la no discriminación.

4º No parece posible definir criterios absolutos y generales para limitar las obligaciones de los privados en materia de discriminación. Sin embargo, frente al silencio del constituyente y del legislador, al menos se podría prohibir la discriminación directa, realizada mediante actos positivos, y que claramente carezca de justificación suficiente. Mayores exigencias podrían imponerse mediante texto normativo expreso.

5º La progresiva aplicación de la prohibición de discriminación a las relaciones entre privados se ha sustentado en diversas justificaciones y categorizaciones, las que se pueden agrupar en torno al tipo de conductas de que se trate (en relación a sus efectos), la identidad del discriminador y del discriminado, así como la relación existente entre ambos (criterio que en Chile podría reemplazarse por la prohibición de discriminar impuesta a toda “autoridad”, tanto pública como privada), y la causa o motivo tras el acto discriminatorio. El contexto del acto también puede ser relevante.

6º Si bien una mayor precisión legislativa sería bienvenida, el juez goza en la actualidad, mediante el test o estándar de racionalidad, de suficiente flexibilidad para tomar en consideración y ponderar los factores antes señalados, y así identificar la discriminación privada prohibida.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, Ariadna, *Contratación y diferencia* (tesis para optar al grado de Doctor, Universitat Pompeu Fabra, 2010).
- ALDUNATE, Eduardo, *Derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2008).
- ALEXANDER, Larry, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*', en *University of Pennsylvania Law Review*, 141 (1992).
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (New York, OUP, 2002).
- ALVEAR, Julio - COVARRUBIAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación “antidiscriminación”*, en *Actualidad Jurídica*, 13 (2012) 26.
- ANERSON, Richard, *What is Wrongful Discrimination*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006).

- ATRIA, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional* (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997).
- AYRES, Ian - VARS, Frederick, *When Does Private Discrimination Justify Public Affirmative Action?* en *Columbia Law Review*, 98 (1998) 7.
- BARROS, Juan Pablo, *Discriminación arbitraria entre privados* (Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontifícia Universidad Católica de Chile, 2010).
- BERTELSEN, Soledad, *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 42 (2010).
- BILBAO, Juan María, *Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares*, en *Teoría y Realidad Constitucional* (2006).
- BILBAO, Juan María, *Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público* [Visible en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/JuanBilbao.pdf].
- BLAKE, Michael, *The Discrimination Shopper*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006).
- BOWEN, William y BOK, Derek, *The Shape of the River* (Princeton, Princeton University Press, 1998).
- BREST, Paul, *In Defense of the Antidiscrimination Principle*, en *Harvard Law Review*, 90 (1976) 1.
- BUSS, William, *Discrimination by Private Clubs*, en *Washington University Law Review*, 67 (1989) 3.
- CAAMAÑO, Eduardo, *La discriminación laboral indirecta*, en *Revista de Derecho Valdivia*, 12 (2001) 2.
- CEA, José Luis, *Derecho constitucional chileno* (2^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012).
- CHOUDHRY, Sujit, *Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws*, en *George Mason Law Review*, 9 (2000).
- CRENSHAW, Kimberle, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, en *University of Chicago Legal Forum* (1989).
- DALY, Eoin y HICKEY, Tom, *Religious Freedom and the 'Right to Discriminate' in the School Admissions Context: A Neo-Republican Critique*, en *Legal Studies*, 31 (2011) 4.
- DAVIS, George, *Personnel is Policy: Schools, Student Groups, and the Right to Discriminate*, en *Washington and Lee Law Review*, 66 (2009).
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, *¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?*, en *Actualidad Jurídica*, 14 (2013) 28.
- DRIPPS, Donald, *Is the Privilege of Private Discrimination an Artifact of an Icon?* en *San Diego Law Review*, 43 (2006).
- EASTLAND, Terry, *Ending Affirmative Action. The Case for Colorblind Justice* (New York, BasicBooks, 1997).
- EPSTEIN, Richard A, *The Harm Principle - And How It Grew*, en *The University of Toronto Law Journal*, 45 (1995) 4.
- EPSTEIN, Richard, *The Status-Prudential Sideshow: Why the Antidiscrimination Laws are Still a Mistake*, en *Harvard Law Review*, 108 (1995).
- ESTREICHER, Samuel, *Federal Power to Regulate Private Discrimination: The Revival of the Enforcement Clauses of the Reconstruction Era Amendments*, en *Columbia Law Review*, 74 (1974) 3.
- EVANS, Enrique, *Los Derechos Constitucionales* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999).

- FERNANDOIS, Arturo, *Derecho constitucional económico* (2^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de la igualdad ante la ley* (Santiago, LexisNexis, 2004).
- FISS, Owen, *Groups and the Equal Protection Clause*, en *Philosophy and Public Affairs*, 5 (1976).
- FORDE-MAZRUI, Kim, *Taking Conservatives Seriously: A Moral Justification for Affirmative Action Reparations*, en *California Law Review*, 92 (2004).
- FREDMAN, Sandra, *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism* (Oxford, OUP, 2001).
- GARCÍA, Lisa, *Intersections of Inequality: Understanding Marginalization and Privilege in the Post-Civil Rights Era*, en *Politics and Gender*, 3 (2007) 2.
- HEINZE, Eric, *The Logic of Constitutional Rights* (Aldershot, Ashgate, 2005).
- HELLMAN, Deborah, *When is Discrimination Wrong?* (Cambridge, Harvard University Press, 2008).
- ISSACHAROFF, Samuel, *Law and Misdirection in the Debate over Affirmative Action*, en *The University of Chicago Legal Forum* (2002).
- JORDAN-ZACHERY, Julia, *Am I a Black Woman or a Woman Who is Black? A Few Thoughts on the Meanings of Intersectionality*, en *Politics and Gender*, 3 (2007) 2.
- KARST, Kenneth L, *Private Discrimination and Public Responsibility: Patterson in Context*, en *The Supreme Court Review*, 1989 (1989).
- KOPPELMAN, Andrew, *Should Noncommercial Associations Have an Absolute Right to Discriminate?*, en *Law and Contemporary Problems*, 67 (2004) 4.
- LIM, Karen, *Freedom to Exclude After Boy Scouts of America v. Dale: Do Private Schools Have a Right to Discriminate Against Homosexual Teachers?*, en *Fordham Law Review*, 71 (2003).
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006).
- LÓPEZ, Jorge, *Los Contratos. Parte general* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).
- LOURY, Glenn C, *Why Should We Care About Group Inequality?* en *Social Philosophy and Policy*, 5 (1987).
- MARTÍNEZ, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española* (Almería, Universidad de Almería, 2000).
- MCCRUDDEN, Christopher - PRECHAL, Sacha, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, en *European Comission* (2009) [Visible en internet: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en>].
- MCCRUDDEN, Christopher, *Equality in Law between Men and Women in the European Community* (London, Martinus Nijhoff, 1994).
- MICHELMAN, Frank, *The Meanings of Legal Equality*, en *The BlackLetter Journal* (1986).
- MOREAU, Sophia, *What is Discrimination?*, en *Philosophy and Public Affairs*, 38 (2010) 2.
- MOZINSKI, Melvyn, *Constitutional Law: State Action: Imposing Criminal Penalties to Enforce Private Discrimination*, en *Michigan Law Review*, 57 (1958) 1.
- NELKIN, Dana K, *Discriminationg Shoppers Beware*, en *Discriminationg Shoppers Beware*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006).
- NOGUEIRA, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (2^a edición, Santiago, Librotecnia, 2010).

- NOGUEIRA, Humberto, *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 18 (1997).
- “NOTA”, *State Power and Discrimination by Private Clubs: First Amendment Protection for Nonexpressive Associations*, en *Harvard Law Review*, 104 (1991).
- PÉREZ, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad* (2^a edición, Madrid, Dykinson, 2007).
- POST, Robert, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, en *California Law Review*, 88 (2000).
- PUYOL, Ángel, *¿Qué Hay de malo en la discriminación?*, en *Doxa*, 29 (2006).
- RÉAUME, Denise, *Discrimination and Dignity*, en *Louisiana Law Review*, 63 (2003).
- SABA, Roberto, *Igualdad de trato entre particulares*, en *Lecciones y Ensayos*, 89 (2011).
- SADURSKI, Wojciech, *Equality and Legitimacy* (Oxford, OUP, 2008).
- SAWYER, Thomas, *Private Golf Clubs: Freedom of Expressioin and teh Right to Privacy*, en *Marquette Sports Law Journal*, 3 (1993).
- SILVA, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- SIMIEN, Evelyn M, *Doing Intersectionality Research: From Conceptual Issues to Practical Examples*, en *Politics and Gender*, 3 (2007) 2.
- SOBERANES, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas* (Ciudad de México, Porrúa, 2011).
- SOTO, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, AbeledoPerrot, 2012).
- SOTO, Sebastián, *Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces*, en *Sentencias Destacadas 2008* (2009).
- SOWELL, Thomas, *Affirmative Action Around the World* (New Haven, Yale University Press, 2004).
- VALDÉS, Domingo, *La discriminación arbitraria en el derecho económico* (Santiago, ConoSur Ltda., 1992).
- VENNEMAN, Nicola, *The German Draft Legislation on the Prevention of Discrimination in the Private Sector*, en *German Law Journal* (2002) [Visible en internet: www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=137].
- VIAL, Víctor - LYON, Alberto, *Actos jurídicos y personas* (2^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1991).
- ZWOLINSKI, Matt, *Why Not Regulate Private Discrimination?* en *San Diego Law Review*, 43 (2006).
- WERTHEIMER, Alan, *Reflections on Discrimination*, en *San Diego Law Review*, 43 (2006).