

PRIMERA SENTENCIA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN: ZAPATA Y DE LA FUENTE CON SOCIEDAD COMERCIAL MARÍN LIMITADA

*José Manuel Díaz de Valdés J.**

I. Introducción

Con fecha 12 de julio de 2012 se dictó la Ley 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación (“Ley Zamudio”), la cual instituye, entre otras materias, una “acción de no discriminación arbitraria” de conocimiento de los juzgados de letras.

Dado que la Ley Zamudio se presentó ante la opinión pública como la piedra angular de una nueva etapa en la lucha contra la discriminación, existía gran expectación acerca de la litigación a que se daría lugar en los meses siguientes a su puesta en vigencia. Los resultados, sin embargo, no han estado a la altura de las expectativas, toda vez que a la fecha se han presentado muy pocas acciones al amparo de la Ley Zamudio¹. En este contexto, cobra especial interés la primera sentencia dictada sobre una acción de no discriminación arbitraria. Se trata del fallo del Tercer Juzgado Civil de Santiago (el “Tribunal”) de fecha 5 de diciembre de 2012, recaído en la causa rol N° 17.314 – 2012 (la “sentencia”).

El presente comentario de jurisprudencia comenzará describiendo brevemente el contenido de la sentencia, para luego centrarse en el análisis crítico de dos aspectos fundamentales. El primero tiene relación con el uso que hace el Tribunal de diversas fuentes del derecho. El segundo se refiere a la argumentación jurídica que utiliza la sentencia. Cabe destacar, por tanto, que este comentario de jurisprudencia se centrará en los aspectos sustantivos del fallo, y no en sus aristas procesales o procedimentales. Es también conveniente aclarar que, dada la íntima relación existente entre

* Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Máster en Derecho, Universidad de Harvard y Universidad de Cambridge. Profesor Derecho Constitucional y miembro del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jdiazvaldes@udd.cl.

¹ 7° Juzgado de Letras de Santiago Nicolás Moreno con Portal La Reina, 2012, rol C-001389; 1^{er} Juzgado de Letras de Buin, rol C-1863-2012, 2012, Roberto Vilaza con Diego Vergara, Juzgado de Letras y de Garantía de Isla de Pascua, rol 20-2012, 2012, Catarina Maitu Veri Ata Tea con Matías Riroroko.

la Sentencia y la Ley Zamudio, se realizarán ciertos análisis y juicios sobre esta última.

II. *El caso*

La sentencia recayó sobre una acción de no discriminación arbitraria presentada por dos lesbianas (doña Pamela Zapata Pinchao y doña Carla de la Fuente Vergara) en contra de la Sociedad Comercial Marín Limitada, dueña de un motel en donde se les habría negado acceso a una habitación (el “Motel”).

Según las demandantes, los hechos del caso ocurrieron el 27 de julio de 2012, cuando la recepcionista del Motel, en vez de asignarles una habitación, les habría conducido “a otro despacho aledaño y luego les solicita esperar tras una cortina en el pasillo principal”. A continuación, habría ingresado al Motel una pareja heterosexual, a quienes sí se les habría ofrecido una habitación. Posteriormente, un guardia les habría informado “que no quedaban habitaciones” y que “por políticas de la empresa no pueden ingresar por ser ustedes”. Finalmente se les habría pedido salir del Motel “con indicaciones de un lugar donde sí dejaban entrar gente como ellas”.

Las demandantes alegaron discriminación arbitraria en razón de su orientación sexual, invocando el artículo 19 N°2 de la CPR; el artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 3° c) de la Ley N° 19.469 sobre Protección al Consumidor, y el artículo 2° de la Ley Zamudio. Destacaron, asimismo, que “el proveedor de bienes y servicios tiene prohibido discriminar arbitrariamente entre consumidores”, y que

“No existe libertad económica ni de comercio alguno en que la demandada pueda sostener que las política que homofobia que mantiene hasta la fecha son legítimas y conforme a derecho”.

La parte demandada negó los hechos alegados por las demandantes, destacando que el orden de ingreso a las habitaciones depende del tipo y tarifa de la habitación requerida, así como del “servicio y cantidad de clientes que coincidan en tales requerimientos”. Agregó que las demandadas decidieron abandonar el Motel “después de esperar largo rato en el reservado de espera”, negando que el guardia les hubiera dicho que no quedaban habitaciones. Asimismo, arguyó que el Motel se había orientado hacia el público heterosexual, “lo cual es lícito” y estaría amparado por el artículo 2° inciso final de la Ley Zamudio, y por el artículo 19 N° 21 de

la CPR. En todo caso, la administración jamás habría ordenado impedir la entrada de parejas del mismo sexo, a quienes se les permitía el ingreso

“aun cuando entienden que existen otros establecimientos que están en mejores condiciones de brindarles un mejor servicio, ya que están preparados y especialmente acondicionados para atender a parejas homosexuales”.

El Tribunal acogió la acción de las demandantes. Appreciando las pruebas según las reglas de la “sana crítica” (de acuerdo a lo señalado en el artículo 10 de la Ley Zamudio), el Tribunal dio por establecido que el Motel les había denegado acceso a una habitación en razón de su condición sexual. Especial importancia otorgó el juez de la causa a las declaraciones realizadas por un funcionario del Motel a diversos medios de comunicación, referidas a que habría otros moteles para parejas homosexuales (al parecer, incluso existiría uno de propiedad de la misma empresa dueña del Motel), y a que otros “pasajeros habituales” se habrían molestado al ver ingresar parejas homosexuales al Motel.

A continuación, el Tribunal analizó si la conducta de la demandada podía considerarse razonable a la luz del artículo 2° inciso final de la Ley Zamudio. Dicha norma señala lo siguiente:

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

Dado que el demandante había invocado el derecho garantizado en el artículo 19 N° 21 de la CPR –esto es, el derecho a la libre iniciativa en materia económica– el Tribunal analizó si se estaba frente a un ejercicio legítimo del mismo que pudiera servir de fundamento a la distinción hecha por el Motel. El juez de la causa llegó a una conclusión negativa, ya que el derecho en cuestión debe

“someterse en su ejercicio al mandato de la Constitución y las leyes, y a los principios que gobiernan nuestro Derecho, entre ellos, la igualdad ante la ley”.

En este caso, la distinción habría sido arbitraria, por cuanto “permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna

en relación al giro de la sociedad”. Adicionalmente, el Tribunal destacó en forma explícita, invocando pasajes de la historia fidedigna de la Ley Zamudio, que la calificación de una discriminación como “arbitraria” correspondía al juez de la causa y respondía a un examen concreto del caso en cuestión. Finalmente, concluyó señalando que la molestia de las parejas heterosexuales por la presencia de parejas homosexuales en el hotel “no es más que el reflejo de las conductas que se busca evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación” de la Ley Zamudio.

En definitiva, el Tribunal prohibió a la demandada impedir o restringir el ingreso al Motel de parejas homosexuales basada en su orientación sexual, y la condenó al pago de una multa de 50 UTM, además de las costas del juicio.

III. Comentario

En general, se trata de un fallo de redacción y estructura simple, pero efectiva en la resolución del asunto controvertido. Si bien es una sentencia de primera instancia, existe cierta elaboración interesante acerca de algunos aspectos fundamentales de la discusión jurídica sometida a su conocimiento. En esta sección analizaremos dos asuntos centrales: la utilización que hace el Tribunal de las fuentes del derecho, y la argumentación jurídica de la sentencia.

1. FUENTES DEL DERECHO

En primer término, llama la atención la selección que hace la sentencia de fuentes normativas. Es así como el Tribunal asume desde el primer momento que la norma central para resolver el asunto es la Ley Zamudio. Si bien esto es explicable, dado el hecho que la acción deducida en la especie es precisamente aquella creada por dicha ley, no es del todo satisfactorio, ya que la norma más importante que debe aplicarse al caso es la CPR. En efecto, la Constitución no es sólo la norma jerárquicamente primordial en nuestro sistema, sino que además ofrece regulación expresa sobre igualdad y no discriminación, fundamentalmente en su artículo 19 N° 2 (pero también en otras de sus disposiciones, como por ejemplo en sus artículos 1° y 19 N° 3). Es más, la protección ofrecida por la Constitución en materia de no discriminación es superior a la de la Ley Zamudio, principalmente porque esta sanciona sólo la discriminación que “cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos

fundamentales” (artículo 2°)². Es decir, la Ley Zamudio concibe la no discriminación como un derecho “dependiente” o “adosado” a otro derecho que se vulnera. Por tanto, si bien la prohibición de discriminación ha merecido la protección constitucional en forma autónoma, su protección legal a través de la Ley Zamudio requiere la invocación adicional de la infracción a otro derecho, el cual no siempre será fácil de identificar y/o invocar exitosamente.

Curiosamente, la sentencia no señaló cuál sería el derecho cuyo ejercicio legítimo habría sido afectado por el Motel al negarse a proveer una habitación a las demandantes. En otras palabras, el juez ignoró la norma legal que le permitía proteger el derecho a la igualdad y no discriminación sólo cuando ello redundara en la afectación de otro derecho. Al actuar así, nos parece que el juez actuó correctamente, toda vez que la Constitución no exige tal requisito. Sin embargo, el Tribunal debió haber invocado para ello explícitamente las normas constitucionales pertinentes, y no las disposiciones de la Ley Zamudio, que, en definitiva, incumplió.

El punto anterior nos lleva a reflexionar, dentro de la lógica de la Ley Zamudio y no de la lógica constitucional, acerca de qué derecho adicional habría sido vulnerado por la conducta discriminatoria en comento. Si bien podría argumentarse que existiría una infracción a los derechos a la integridad psíquica (artículo 19 N°1 de la CPR) y a la honra y la vida privada (artículo 19 N°4), no nos parece que dichas vulneraciones sean tan evidentes e intensas como para considerarlas incontrovertibles. De esta forma, reafirmamos nuestra opinión acerca de la importancia de considerar la discriminación arbitraria como una conducta antijurídica e inconstitucional en sí misma, sin necesidad de exigirle el requisito adicional de vulneración de otro derecho distinto. En efecto, si el Tribunal hubiese aplicado la Ley Zamudio en forma estricta, es muy probable que la acción hubiese sido rechazada por ausencia de otro derecho vulnerado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, podría afirmarse que el Tribunal tenía una razón de peso para utilizar el marco jurídico provisto por la Ley Zamudio. En efecto, dicha ley identifica expresamente como categoría de distinción “sospechosa” la orientación sexual (que es el factor de distinción determinante en este caso), en circunstancias que la protección constitucional de dicha categoría es más discutible³. Sin embargo, aun

² No nos referimos aquí a la disyuntiva procesal entre recurso de protección y acción de no discriminación, sino al hecho que la Constitución exige menos requisitos para proteger el derecho a la no discriminación.

³ Javier COUSO SALAS, “Acerca de la pertenencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile”, p. 195.

aceptando esta argumentación, nos parece que el Tribunal erró en no invocar *adicionalmente* las normas constitucionales aplicables, ya que sólo aquellas le permitían ignorar la (in)existencia de otro derecho fundamental vulnerado por la conducta denunciada.

Continuando con la utilización que hace la sentencia de fuentes normativas, llama la atención su invocación al derecho internacional. En efecto, el Tribunal hace una breve referencia a una serie de tratados internacionales que proscibirían la discriminación, ya sea en forma general o en ciertos contextos específicos (e.g., raza, sexo). Sin embargo, cabe destacar que la sentencia deja constancia de que sólo se refiere a aquellos tratados que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, siguiendo de este modo el lenguaje del artículo 5° inciso 2° de la CPR:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes

Esta opción que hace el Tribunal al seguir de cerca del texto constitucional nos parece importante, toda vez que refleja la doctrina tradicional en cuanto a que los tratados internacionales sobre derechos humanos no son sólo fuente de derecho, sino también límite de la soberanía, gracias a la referencia que el artículo 5° de la CPR hace a ellos. En otras palabras, es en definitiva la Constitución la que obliga al juez a aplicar los tratados internacionales.

Un análisis más detenido de la sentencia, sin embargo, demuestra que aquella no realiza elaboración alguna en cuanto a cómo los tratados en cuestión ayudarían a resolver el asunto controvertido. En otras palabras, más allá de una referencia genérica, el juez de la causa NO utiliza los tratados internacionales en la resolución del caso. Cabe entonces preguntarse por qué el juez considera relevante hacer la referencia a tales tratados. Una posibilidad es que el Tribunal haya querido demostrar que conocía la totalidad del marco jurídico aplicable. Otra alternativa es que nos encontremos frente a una declaración de principios respecto de la importancia del derecho internacional en materia de discriminación. Podría también tratarse de una suerte de argumento “a mayor abundamiento”, vale decir, si bien el juez resuelve el caso con la Ley Zamudio, habría querido dejar constancia de que la sentencia también encontraría sustento normativo en ciertos tratados internacionales. Al respecto, el Tribunal entrega un antecedente adicional en su considerando Décimo Tercero, donde señala

que durante la tramitación de la Ley Zamudio, la Directora Ejecutiva de Amnistía Internacional habría señalado:

“una ley antidiscriminación comprensiva permitirá que la legislación chilena se encuentre adecuadamente alineada con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Del texto de la sentencia se deduce que el Tribunal hace suyas las palabras anteriores, lo que a su vez parecería implicar que la Ley Zamudio debe considerarse como una ley general antidiscriminación (lo que es un error)⁴, y por tanto, que al aplicar dicha ley se estarían cumpliendo las obligaciones antidiscriminatorias contenidas en los tratados internacionales.

En síntesis, la referencia que hace el Tribunal a los tratados internacionales es paradójica e incompleta. Si bien el Tribunal los invoca, en realidad no los utiliza (al menos directamente), ya que pareciera considerar que la aplicación directa de la Ley Zamudio implicaría, entre otras cosas, una aplicación indirecta de los tratados internacionales que menciona.

Finalmente, cabe destacar que existe en la sentencia cierta conexión, si bien implícita, con la legislación de protección al consumidor. Como señala la demandante, el artículo 3 letra c) de la Ley N° 19.469 de Protección de los Derechos de los Consumidores establece que es un derecho básico del consumidor “El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios”. El Tribunal no recogió este argumento en la Sentencia, lo cual era previsible toda vez que la acción jurisdiccional presentada era la proveída por la Ley Zamudio, en circunstancias que la legislación de protección del consumidor establece otros mecanismos procesales. Sin embargo, nos parece que el considerando décimo noveno de la sentencia denota una lógica que se acerca a la protección al consumidor, cuando señala que “el permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad. Pensar de tal modo importaría avalar constantes actos de discriminación, consistente, por ejemplo, que en un restaurante o en una sala de cine no se permitiera el ingreso de parejas homosexuales”. Si bien es cierto este tipo de argumentación se entiende en relación al derecho invocado por el Motel para justificar sus acciones (libre iniciativa econó-

⁴ La Ley Zamudio omite tratar elementos fundamentales del derecho antidiscriminatorio, tales como la discriminación indirecta, la grupal, la ejercida por particulares y la multidiscriminación. Además exhibe una excesiva identificación con un grupo discriminado en particular (minorías sexuales). Véase José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, “¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, pp. 279-297.

mica), pareciera que el Tribunal también está pensando en el individuo en cuanto cliente de diversos servicios que se consideran de naturaleza similar (aquellos que se otorgan en establecimientos abiertos al público en general). Esto no debiera sorprender demasiado, dada la coincidencia en los hechos de supuestos normativos paralelos.

En definitiva, si bien el Tribunal no resuelve el asunto controvertido de acuerdo a las normas de protección al consumidor (y no podía hacerlo), es interesante constatar que cuando el acto discriminatorio ocurre en la prestación de bienes y servicios resulta imposible separar completamente los planos. Por lo mismo, sería importante considerar en tales casos una aplicación concurrente de las normativas “generales” antidiscriminación (*i.e.*, Constitución y Ley Zamudio), y de protección al consumidor, lo que a su vez plantea importantes desafíos de armonización (e.g., juez competente, procedimiento aplicable, coincidencia de sanciones, posibles conflictos entre los principios inspiradores de las distintas legislaciones concurrentes, etcétera).

2. ANÁLISIS ARGUMENTAL

En síntesis, lo que hace el juez de la causa es, primero, determinar los hechos según la prueba ofrecida. A continuación, analiza si tales hechos evidencian una distinción razonable, lo cual es rechazado por cuanto no se trataría de un ejercicio legítimo del derecho de libre iniciativa económica, ya que la distinción no se relacionaría al giro del Motel.

Al respecto cabe formular múltiples observaciones. En primer término, la labor esencial del juez en casos de discriminación es determinar si la distinción es o no arbitraria. Es cierto que este estándar no es unívoco y que admite diversas formulaciones e intensidades, desde la sola mención de una razón que excluya el mero capricho, hasta la demanda de una razón adecuada y proporcionada, pasando por la exigencia de que se trate de una razón real y convincente. Si bien el Tribunal recuerda esto en la sentencia, la verdad es que, en los hechos, confunde el examen de arbitrariedad con el análisis de si procede o no aplicar la “presunción de razonabilidad” contenida en el artículo 2° inciso tercero de la Ley Zamudio antes transcrito (las distinciones basadas en una “categoría sospechosa” –como lo es la orientación sexual– son razonables cuando se justifican en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental). Una cosa es descartar la aplicación de la presunción de razonabilidad, y otra es determinar que la distinción no es razonable. En otras palabras, podría suceder que la distinción no esté amparada por la presunción de razonabilidad, pero aun así sea razonable. En la sentencia, sin embargo, el análisis de ambas

cuestiones es indistinguible. Si bien el resultado pudiera ser el mismo en ambos casos (*i.e.*, la distinción no está amparada por la presunción de razonabilidad y tampoco es razonable), habría sido conveniente una mayor prolijidad argumentativa.

Otro punto a destacar es que el Tribunal parece asumir que el ejercicio legítimo de un derecho excluye *per se* toda discriminación arbitraria⁵. Esta es una definición importante, por cuanto la Ley Zamudio no resuelve expresamente el punto, dejando abiertas al menos dos posibilidades. La primera es entender por *ejercicio legítimo* aquel que, entre otras cosas, no produce una discriminación arbitraria. Sin embargo, de ser así, el inciso tercero del artículo 2° sería tautológico y superfluo, lo que repugna al criterio de interpretación según el cual las normas deben interpretarse de forma que no sean redundantes y produzcan efectos. La segunda alternativa es que el legislador piense que, al menos en ciertas circunstancias, el ejercicio legítimo de un derecho puede incluir la creación de diferencias arbitrarias, y que en tal caso la Ley Zamudio no otorgaría protección frente a esa discriminación. En otras palabras, esta Ley Zamudio estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales, cuestión que sería derechamente inconstitucional⁶.

Si bien el Tribunal no se pronuncia explícitamente respecto de la disyuntiva anterior, del texto de la sentencia pareciera desprenderse su adhesión a la primera alternativa. Es así como señala que para que una distinción sea razonable “no basta con invocar una de las garantías constitucionales (...) sino que es necesario acreditar su ejercicio legítimo”, aclarando que el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica debe someterse “a los principios que gobiernan nuestro Derecho, entre ellos, la igualdad ante la ley”. Esta postura, sin embargo, acarrea una consecuencia práctica para el análisis que debiera llevar a cabo el Tribunal. En vez de focalizarse en la “razonabilidad” de la distinción, el juez debería primero determinar si la distinción responde a un ejercicio legítimo de otro derecho constitucional. Sin embargo, surge inmediatamente la tentación de analizar esta última pregunta desde la perspectiva de la razonabilidad de la distinción. En otras palabras, si el ejercicio legítimo de un derecho excluye “automáticamente” la arbitrariedad, basta con realizar un análisis de

⁵ Esta aproximación también ha aparecido en la doctrina, e.g., Julio ALVEAR TELLEZ e Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS, “Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación “antidiscriminación””, p. 25.

⁶ José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno*, pp. 68-72; Soledad BERTELSEN SIMONETTI, *Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales*, pp. 32-40.

razonabilidad de la distinción para determinar si el ejercicio del derecho es legítimo, lo que a su vez permite activar la presunción de razonabilidad de la distinción. El círculo es completo, y por lo mismo, inútil.

En definitiva, el Tribunal se enfrentaba a un callejón sin salida, y a nuestro parecer, sortea la dificultad con pragmatismo. Tal y como mencionamos previamente, el Tribunal examina la razonabilidad de la distinción y la legitimidad del ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica como un todo, conjuntamente y sin distinguir entre ellos. Indirectamente, sin embargo, la sentencia estaría demostrando que el inciso en comento es superfluo, más allá de la utilidad que podría tener en incentivar al juez a vincular el examen de arbitrariedad a la naturaleza, límites, núcleo esencial, etc., del otro derecho involucrado, cuestión altamente compleja que, por lo mismo, requeriría un trabajo dogmático previo.

En cuanto a la razón de fondo por la cual la sentencia consideró que la distinción no era razonable y no quedaba amparada en el ejercicio legítimo del derecho a la libre iniciativa económica, aquella presenta dos aristas. Por una parte, el Tribunal rechaza la justificación ofrecida por la demandada, señalando:

“ignora qué acondicionamiento especial o preparación adicional requeriría un (sic) habitación de motel para que una pareja homosexual concurra a dicho recinto”.

Por otra parte, declara la sentencia que “permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad”, y lo compara con la situación de restaurantes y cines. En relación a la primera observación del Tribunal, queda claro que estamos frente a un examen de razonabilidad donde el juez contrasta la justificación abstracta del demandado con su implausible aplicación concreta. Utilizando el sentido común, el Tribunal desenmascara la poca seriedad de la justificación otorgada por la defensa (podría especularse que esta es la razón de la condena en costas).

La segunda observación del Tribunal nos merece una opinión más crítica. Más allá de la obviedad de que el giro de un motel tiene una relación sustancialmente mayor a la orientación sexual que un restaurante o un cine, es curioso que se invoque el giro de la sociedad demandada como determinante en esta materia. Supongamos que el giro de la sociedad fuera específicamente proveer alojamiento temporal a parejas heterosexuales: ¿desaparecería entonces el problema discriminatorio para el Tribunal? Creemos que esta no es la forma más indicada de atacar el problema. Por el contrario, si lo que se había invocado era el legítimo ejercicio de la libre

iniciativa económica (artículo 19 N° 21 de la CPR), el Tribunal debió haber analizado con profundidad aquel derecho, su contenido, y por qué la decisión de no entregar habitaciones a parejas homosexuales no se encontraba comprendida en él. Así, por ejemplo, considerando la jurisprudencia en materia de recurso de amparo económico, el Tribunal podría haber analizado la distinción cuestionada a la luz del riesgo y del lucro involucrados en la actividad empresarial⁷. También podría haber recurrido a principios generales de derecho laboral (o incluso de protección al consumidor, como mencionáramos previamente), para analizar los límites a las potestades de administración de quién ejerce el derecho en cuestión. En fin, las posibilidades de análisis eran amplias. Sin embargo, el Tribunal no desarrolla ninguna de ellas, y no lo hace por lo que ya explicamos más arriba: la sentencia confunde el análisis de razonabilidad de la distinción con el examen acerca de si se está frente a un ejercicio legítimo de la libre iniciativa económica. En definitiva, lo que hace el juez es aplicar el test de racionalidad, y de ahí deducir que como la distinción no es razonable, tampoco puede haber ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Nuevamente nos encontramos con la confusa tautología a la que nos empuja la Ley Zamudio.

No obstante lo anterior, cabe destacar que sí podemos encontrar en la sentencia una referencia relativamente explícita al lucro. Esta referencia, sin embargo, se hace desde una perspectiva diferente y sirve para que el Tribunal se pronuncie respecto de un asunto que es fundamental en materia antidiscriminatoria. Aquel tiene relación con la posibilidad de imponer a los particulares obligaciones antidiscriminatorias de las cuales se seguirá un posible perjuicio para los mismos, sin derecho a compensación alguna, sino como una suerte de carga pública no indemnizable. Es así como frente al argumento de la demandada de que la presencia de parejas homosexuales en el Motel “molestaría” a los clientes heterosexuales, el Tribunal señala que aquello

“no es más que el reflejo de las conductas que se busca evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación de la presente ley [Ley Zamudio]”.

Lo que está diciendo la sentencia es que la existencia de una discriminación social generalizada no puede invocarse como una justificación para continuar prácticas discriminatorias, aunque de ello se deduzca algún tipo de perjuicio. Así, por ejemplo, aun cuando el Motel pudiera probar una baja significativa en sus utilidades producto de la menor afluencia de público heterosexual, debido a la también comprobable aversión de este

⁷ Arturo FERNANDOIS VÖHRINGER, *Derecho Constitucional Económico*, pp. 134-137.

último al público homosexual, aquello no justificaría que el Motel pudiese discriminar a este último. Ahora bien, esta doctrina antidiscriminatoria no es pacífica, ya que puede imponer cargas muy relevantes a un grupo relativamente pequeño de la población (e.g., dueños de moteles). Por lo mismo, nos parece que su afirmación debiera ser materia de ley, y no sólo de declaración judicial, como en el caso en estudio. Esto es particularmente importante en Chile, dada la “presunción de razonabilidad” ya mencionada (el ejercicio legítimo de un derecho). En efecto, la aplicación de esta doctrina puede redundar en la afectación directa de otros derechos, tales como la propiedad, y la igualdad ante las cargas públicas. En el caso en comento, hubiese sido interesante observar cómo el Tribunal habría lidiado con una posible vulneración al artículo 19 N°21 si se hubiese probado, por ejemplo, que la aplicación de la política antidiscriminatoria en favor de los homosexuales hubiese convertido a la empresa en económicamente inviable. Llevado al extremo, la pregunta sería si la Ley Zamudio (y la CPR) permiten que un negocio vaya a la quiebra, sin compensación, en razón de la prohibición de discriminación.

Otro punto interesante de la sentencia es que aquella parece rechazar toda posibilidad de una política “separados pero iguales”, ello por cuanto desestima la defensa de la demandada de que las personas homosexuales podrían acudir a otros moteles especialmente destinados a ese sector de la población. En otras palabras, el Tribunal no considera como suficiente que las parejas homosexuales tengan acceso a moteles iguales o mejores que el Motel, sino que sería necesario que el Motel, y cada motel, esté abierto a ambos tipos de público.

Finalmente, quisiéramos reflexionar brevemente acerca de la posibilidad de haber invocado otros derechos distintos a la libre iniciativa económica como justificación del actuar del Motel. Es posible imaginar, como ha sucedido en otros países (e.g., Reino Unido)⁸, que los dueños de un motel u hotel acudan a su derecho a la libertad de conciencia o libertad religiosa, toda vez que podrían alegar que las conductas homosexuales no son lícitas o morales a la luz de su religión o creencias personales. Del mismo modo, cabe cuestionarse si es necesario que el demandado sea quien invoque todos los derechos concurrentes que podrían cimentar su posición, o si bien podría el Tribunal de oficio considerar que la conducta impugnada responde al ejercicio legítimo de derechos no señalados expresamente por el demandado (cuestión que, en todo caso, supone separar este análisis de aquel de la razonabilidad del acto, como hemos insistido).

⁸ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, EWCA Civ 83, 2012.

IV. Conclusiones

La primera sentencia recaída sobre una acción de no discriminación arbitraria demuestra las falencias de la Ley Zamudio, corroborando que la primera y más fundamental norma antidiscriminatoria es la Constitución. Esta norma, no la Ley Zamudio, es la que permite que la sentencia no requiera la vulneración de un derecho adicional a la igualdad de trato para configurar la conducta discriminatoria.

Frente al confuso mandato de la Ley Zamudio acerca de la metodología de análisis que debe emplear el juez frente a un caso de discriminación, la sentencia opta por realizar un examen conjunto de la arbitrariedad de la distinción impuesta y de la posibilidad de subsumir la conducta dentro del legítimo ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica. Esta solución pragmática supone interpretar la Ley Zamudio de forma que el ejercicio legítimo de un derecho no puede crear una discriminación arbitraria, cuestión que, sin embargo, hace redundante y tautológica la presunción de razonabilidad de las distinciones que se justifiquen en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental (artículo 2 inciso tercero de la Ley Zamudio). En el caso en estudio, la misma confusión hizo que el Tribunal considerara el giro del Motel como un factor clave para determinar no sólo de la falta de razonabilidad de la distinción, sino la no concurrencia del ejercicio legítimo del derecho a la libre iniciativa económica. Lamentablemente, el Tribunal no toma en consideración el contenido de ese derecho para realizar el análisis correspondiente.

Si bien la sentencia deja sin respuesta diversas preguntas acerca de la Ley Zamudio (e.g., ¿es posible implementar políticas de acomodación?, ¿podría el Tribunal invocar el ejercicio legítimo de derechos no señalados por el demandado para justificar la distinción?), al menos es un intento de dar coherencia y aplicación a una ley que es, en lo sustancial, escasamente inteligible.

V. Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación 'antidiscriminación'", en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Santiago, 2012.
- BERTELSEN SIMONETTI, Soledad, *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*, Santiago, Tribunal Constitucional, 2010, Número 42.
- CEA EGAÑA, Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, tomo II.

COUSO SALAS, Javier, “Acerca de la pertenencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile”, en *Derecho Público Iberoamericano*, año I N° 1, Santiago, 2012.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, “¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, en *Actualidad Jurídica*, N° 28, Santiago, 2013.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, tomo I.

JURISPRUDENCIA

Tercer Juzgado Civil de Santiago (2012): rol 17314, 5 de diciembre de 2012. Disponible en www.poderjudicial.cl, consultado el 8 de agosto de 2013.

Bull & Bull v. Hall & Preddy [2012] EWCA Civ 83. Disponible en www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/83.html, consultado el: 8 de agosto de 2013.

OTRAS FUENTES

Séptimo Juzgado Civil de Santiago(2012): rol C001389-2012, Nicolás Moreno con Portal La Reina,

Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua (2012): rol 20-2012, Catarina Maitu Veri Ata Tea con Matías Riroroko.

Primer Juzgado de Letras de Buin (2012): rol C1863-2012, Roberto Vilaza con Diego Vergara.