Resumen

El presente informe es el resultado de un extenso estudio que analiza la jurisprudencia en Recurso de Protección relacionada con actos de discriminación que afectan a las mujeres por razones de género. Se examina el funcionamiento del recurso de protección en tanto medio para proteger derechos constitucionales que, sin embargo su importancia, posee una serie de disfunciones.

El estudio constata la enorme cantidad de casos que son declarados inadmisibles o rechazados por extemporáneos, de manera tal que el número de decisiones de fondo que es posible obtener de las cortes resulta extraordinariamente bajo.

Por otra parte, en cuanto al contenido de los fallos, se pudo observar que ellos no suelen ser ni extensos ni fundados; más aún, en ocasiones, de su sola lectura no es posible formarse una idea clara del problema jurídico sometido a la consideración de la corte.

Por último, el estudio da cuenta de la escasez argumentativa en materias constitucionales y en particular en la temática de igualdad y no discriminación, reflejo, posiblemente, de las fallas que existen en la formación de abogados y jueces.

DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LA MUJER Y RECURSO DE PROTECCIÓN

Gastón Gómez
Rodolfo Figueroa

COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN
Número 8 / Año 2 / Octubre de 2000
21 págs.

Registro de Propiedad Intelectual Nº 137.410

Discriminación en contra de la mujer y recurso de protección

Gastón Gómez* y Rodolfo Figueroa*

I. EXPLICACIÓN INICIAL SOBRE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo que se publica en el Boletín del Centro de Investigaciones de la Universidad Diego Portales corresponde a una versión resumida y adaptada de un extenso informe elaborado por los profesores e investigadores del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Gastón Gómez Bernales y Rodolfo Figueroa García-Huidobro, como resultado de una investigación realizada para el Servicio Nacional de la Mujer. El Sernam tituló el encargo "Jurisprudencia en Recursos de Protección interpuestos por Situaciones de Discriminación que afecten a Mujeres". Del título se comprende que la investigación consistió en registrar y analizar casos correspondientes a situaciones de discriminación que afectaran a mujeres y que hubiesen sido llevados al conocimiento de los Tribunales por intermedio del Recurso de Protección. El proyecto consultó, además, otros objetivos, como determinar si dicha acción constitucional era funcional a los problemas de discriminación y proponer algunas reformas o perfeccionamientos institucionales orientados por esa temática.

II. METODOLOGÍA

a) El universo

En el informe se detalla la metodología empleada y los criterios de selección.[1] La investigación se llevó a cabo sobre un conjunto de

* Profesores e investigadores de la Facultad de derecho de la Universidad Diego Portales.

fuentes primarias y secundarias, constituidas básicamente por un determinado universo de fallos sobre Recursos de Protección pronunciados por la Corte Suprema y por las Cortes de Apelaciones de Santiago, Concepción, Pedro Aguirre Cerda y Copiapó, entre los años 1990 y 1997, ambos inclusive. El universo de casos fue 10.905 causas. Entre ellas están comprendidas también las causas provenientes de otras cortes de apelaciones del país, que fueron apeladas ante la Corte Suprema durante el año 1998.

A ese universo –la totalidad de los casos de recursos de protección presentados en el período– le fueron aplicados una serie de criterios para ir configurando una base de trabajo, constituida por todos aquellos posibles casos de discriminación en contra de mujeres. La configuración de la muestra se hizo a partir de dos fuentes de entrada. Por una parte, se acudió a una enorme cantidad de fallos que forman parte de las bases de datos de jurisprudencia que los investigadores poseen en el Centro de Investigaciones de la Escuela de Derecho. Por otra, fue necesario recopilar directamente muchos fallos en la Corte Suprema y en las Cortes de Apelaciones indicadas, extrayéndolos del libro de sentencias que las Corte están obligadas a llevar.

b) Criterio de discriminación

Para poder seleccionar el conjunto de casos a estudiar, hemos debido establecer una noción preliminar de discriminación. Sobre el particular nos parece distinguir el que una mujer sea discriminada (por cualquier razón) y que lo sea en razón de sexo o de género. En el primer caso, la discriminación recae en una mujer pero no se funda necesariamente en su condición de mujer; en el segundo sí. Para configurar la base de trabajo, se empleó un criterio de discriminación amplio, a saber, discriminación que afecte a la mujer, sin prejuzgar si se funda o no en el hecho de ser mujer. Ahora bien, aclarado en qué sentido entendemos la discriminación contra la mujer, deseamos aclarar cuándo, en nuestra opinión, se produce una discriminación contra la mujer. En este sentido, hemos seguido la jurisprudencia europea (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que entiende que una persona sufre una discriminación cuando se le priva o perturba cualquier derecho, es decir, cuando experimenta cualquier deterioro en su estatus jurídico, en forma ilegal o inconstitucional.

c) La muestra

Diremos algunas palabras acerca de la configuración de la base de trabajo. Por lo pronto, se procedió a descartar todos los fallos en los que el afectado no fuese una mujer. Además, no siempre que el recurrente era mujer se seleccionó el caso, porque en ocasiones una mujer recurría por un hombre, como su cónyuge. Por otra parte, se detectaron casos en que, si bien la afectada era mujer, para ejecutar el acto u omisión arbitrario o ilegal era indiferente el sexo o género del afectado, como por ejemplo, contaminación acústica en la calle. Estos casos tampoco se seleccionaron. Por último, cabe precisar que la investigación no indagó en posibles discriminaciones que los tribunales de justicia pudieren cometer en el modo de resolver recursos de protección interpuestos por mujeres. A partir de estos criterios se configuró una base de trabajo integrada por 146 casos, los que se pueden extender a 271 si hacemos la selección con un criterio algo más laxo[1].

III. IGUALDAD Y DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

En el informe se incluye una sección destinada a dogmática constitucional acerca del

[1] Cfr. Sección de estadísticas, en este trabajo.

principio de igualdad y la discriminación, en el entendido de que un marco conceptual y normativo resulta fundamental para identificar y analizar casos de discriminación. Lo que se expone a continuación constituye una versión resumida de ello.

El artículo 19 número 2 de la Constitución consagra un derecho subjetivo constitucional ("la Constitución asegura a todas las personas" ... "La igualdad ante la ley", para sostener hacia el final que "Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias") que vincula directamente, por efecto de los artículos 50 y 60 de la Constitución, a todos los poderes públicos. Las normas fundamentales que consagran estos enunciados tienen como destinatarios no solo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al legislador.

Hay que enfatizar que tal situación –la vinculación de los poderes públicos al derecho de igualdad– no implica la obligación por parte de los órganos del Estado de dispensar a todos los individuos el mismo tratamiento, abstrayéndose de efectuar diferencias justificadas en los derechos y obligaciones que se distribuyen entre ellos. El derecho de igualdad no consiste en igual tratamiento. Por el contrario, como veremos, el legislador, tanto como el administrador y el juez, están –en ocasiones, sobre todo el primero– obligados constitucionalmente a efectuar diferencias (o a equiparar aquello que es disímil) entre sujetos y situaciones, para ser coherentes con enunciados constitucionales que así lo disponen (entre individuo y ciudadano, nacional y extranjero, etcétera).

Lo que llevamos dicho nos permite afirmar, al comenzar y como primera conclusión, que la Constitución vigente reconoce en estos enunciados del artículo 19 número 2[2], dos dimensiones del derecho constitucional de igualdad, a saber, por una parte, el denominado derecho a la igualdad en la ley o también denominado Igualdad en el Contenido de la Ley y, por la otra, la Igualdad en la Aplicación de la Ley o, estrictamente, igualdad de Trato.

La primera de las igualdades, la igualdad en la ley, es una exigencia constitucional dirigida en principio al legislador y se traduce en que, en el ejercicio de sus potestades legislativas, le está prohibido imponer diferencias, establecer equiparaciones o introducir desequilibrios e inequidades procesales en los derechos y obligaciones (las ventajas y cargas sociales) que distribuye, si ellas no están o son, normativa y públicamente, justificadas o justificables, desde un punto de vista constitucional,

Como se dijo, la Constitución consagra, además, otra dimensión de la igualdad, la igualdad en la aplicación de la ley En este caso, se tutela constitucionalmente que a los destinatarios de las normas jurídicas se les haga aplicación de los criterios o diferencias (las cargas o beneficios) que contenga la norma de modo imparcial y sin efectuar discriminaciones que no estén previstas en ella. En la aplicación de las normas a casos concretos, los poderes públicos (especialmente por parte de la jurisdicción pero también de la administración) no deben dar un trato diverso a situaciones y personas (según ley) semejantes.

Como se puede advertir, esta distinción entre igualdad en la ley e igualdad de trato descansa en la estructura jerárquica de fuentes normativas que la propia Constitu-

[2] Y también en varios otros enunciados tales como los artículos 11, 19 números 16, 21, 22, 26, en el artículo 98 inciso tercero, todos los cuales están conectados con el principio o valor de la igualdad constitucionalmente reconocido a título de "las personas nacen iguales en dignidad y derechos" y luego refrendado con el encabezado del artículo 19 "La Constitución asegura a todas las personas".

ción consagra a través de instituir funciones, órganos y de atribuirles potestades y controles institucionales. De este modo, la infracción a la igualdad en la ley o en sus contenidos en general puede ser cometida por el legislador e importa siempre, desde un punto de vista dogmático, sancionar no la "afectación" o el "parecer" sino la "lesión" del contenido garantístico o dispositivo de los enunciados constitucionales –prohibitivos– en materia de igualdad. Para ello, la Constitución prevé una serie de prohibiciones o exigencias que el legislador necesariamente ha de respetar; criterios que debe acatar siempre (por ejemplo, no se admite trato de esclavos, todos los votos deben ser considerados de modo igual, niega la discriminación en función de la raza o el color de la piel, o entre hijos naturales e ilegítimos, etc). En estos casos, la lesión emerge diáfana y los órganos de control podrán invalidar o inaplicar las normas que los violen. En el resto de los espacios constitucionales, surgirá inevitablemente una zona de debate entre los poderes, a raíz del contenido de razonabilidad, la extensión o plausibilidad, el grado de práctica acendrada, autorrestricción de los poderes, etcétera, que han de poseer los criterios distributivos del legislador (para efectuar la aplicación concreta de las cargas y beneficios).

En cambio, la infracción a la dimensión de igualdad en la aplicación de la ley importa siempre apartarse de los criterios de realización, disfunción que puede manifestarse como transgresión al principio de legalidad. Decimos puede, porque no hay relación necesaria entre legalidad e igualdad, de modo que la infracción a la igualdad de trato no siempre puede asimilarse simétricamente a la infracción del principio de legalidad. Dicho de modo directo: no toda vez que se transgrede el principio de legalidad se lesiona el derecho a la igualdad de trato ni tampoco toda vez que se afecta la igualdad de trato se lesiona el de legalidad. Ello porque la subordinación del acto administrativo a la ley, dado los aspectos no reglados del primero, exigen una perspectiva más compleja.

Ahora bien, la distinción entre igualdad en la ley e igualdad en la aplicación o de trato no solamente tiene connotaciones importantes a efectos del sistema de fuentes o de la jerarquía constitucional de las mismas y de los poderes; también es muy importante, en nuestro ordenamiento constitucional, a propósito del sistema de control constitucional. En efecto, puesto que la igualdad en el contenido de la ley presupone la transgresión de exigencias situadas en el nivel constitucional, la impugnación de la ley puede hacerse únicamente en dos vías.

Por una parte, ante el Tribunal Constitucional, del modo formal y restrictivo que contemplan los artículos 82 y 83 de la Constitución. Por la otra, una vez vigentes los preceptos legales, ante la Corte Suprema mediante el llamado Recurso de Inaplicabilidad. En cambio, cuando se infringe la igualdad en la aplicación de la ley, necesariamente se trata de un acto que puede o debe ser impugnado a través de técnicas directas de tutela, a saber, el Recurso de Protección, de Amparo Económico, de Amparo propiamente tal, la Nulidad de Derecho Público, etcétera. De este modo, si la ley es discriminatoria, ella no se puede impugnar por la vía de la protección (según criterios dogmáticos relativamente unánimes entre los especialistas). Solo la aplicación de la ley será impugnable por medio de este recurso.

Un último punto. Puesto que la igualdad ante la ley consiste en dar aplicación de la ley según sus "condiciones de aplicación", cualquier desviación en la aplicación de esas condiciones dará lugar a una diferenciación arbitraria. Bastará acreditar la ocurrencia de esa irregularidad para estimar configurada una transgresión del principio de igualdad (ante la ley). Eso es muy importante: no será

necesario que el recurrente despliegue ningún tipo de argumentación sustantiva acerca de la igualdad o sus parámetros; no es necesario invocar ninguna teoría de la justicia para alegar la infracción de la igualdad (lo que sí es necesario cuando se impugna una ley, es decir, la igualdad en la ley). En la jurisprudencia nacional hay muchos casos en que esto ocurre así.

IV. LA IGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL

1. Constituciones americanas y europeas

El Informe incluye una sección destinada a transcribir y revisar las normas pertinentes de las Constituciones de Argentina, Brasil, Bolivia, Canadá, Colombia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, respecto de los países americanos (las demás Constituciones de América no se transcriben por carecer de referencia explícita a la igualdad como un derecho constitucional); y en el caso de los países de Europa occidental, se transcriben las normas de las constituciones de Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido y Suecia. Tal transcripción, que no parece necesario realizar en este trabajo, presenta utilidad porque permite tener referentes del modo como se ha consagrado la igualdad en otros sistemas jurídicos, por ejemplo, para efectos de reformas constitucionales. A partir del modo como se recoge la igualdad en diversas constituciones, se pueden formular algunos comentarios y notar ciertas diferencias:

1. La gran mayoría de las Constituciones revisadas hace referencia a la igualdad. Pueden considerarse excluidas las de Costa Rica, Cuba, Panamá, República Dominicana, El Salvador y Uruguay, en el ámbito americano. En tales Constituciones no hay una declaración genérica acerca de la igualdad. En el ámbito europeo –de las Constituciones revisadas– tal es el caso de Dinamarca y Noruega.

2. Asimismo, la gran mayoría de las Constituciones que hacen referencia a la igualdad, contienen también, de modo explícito, una referencia a ciertos criterios que se consideran proscritos. Tales criterios son: sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Las Constituciones que así lo hacen son las de Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Colombia, España, Holanda, Honduras, Italia, Perú, Portugal, Reino Unido, Suiza y Venezuela.

3. Un grupo no despreciable de Constituciones hacen referencia explícita a la igualdad entre el hombre y la mujer. Tal es el caso de Alemania, Brasil, Francia, Guatemala, Irlanda, Nicaragua, Paraguay, Reino Unido, Suecia y Suiza.

4. De las once Constituciones latinoamericanas que recogen expresamente el principio de igualdad, la Constitución chilena es la única que lo hace de modo lacónico. En preceptos que en otras Constituciones serían equivalentes el artículo 19 N° 2 –es decir, que están dentro de un catálogo de derechos fundamentals– se suele hacer alguna referencia a criterios de discriminación proscritos o hacer alusión a la igualdad entre el hombre y la mujer. La Constitución chilena es prácticamente la única que, consagrando el principio de igualdad, no hace referencia a ningún criterio de discriminación proscrito ni tampoco alude por modo explícito al hombre y la mujer[3].

[3] Este informe fue concluido mucho antes de que se aprobara la reforma constitucional que incorpora la referencia expresa a la igualdad entre la mujer y el hombre, en el art. 19, N° 2, asimismo, la modificación al artículo 1° de la Constitución.

Ahora bien, en rigor no es necesario que la Constitución haga referencia a tales criterios, pues la sola consagración de la igualdad como derecho implica que esos criterios –u otros– se encuentran proscritos. Con todo, la consagración constitucional de una prohibición de ciertos criterios de discriminación facilita determinar zonas genuinas de debate e impone obligaciones jurídicas que de otro modo quedan para la argumentación. Además, tiene valor o importancia simbólica señalar, por ejemplo, que está prohibido efectuar diferenciaciones o discriminaciones basadas en el sexo o en el género. En efecto, las normas cumplen una innegable función de difusión cultural y, por ello, puede ser útil considerar una eventual modificación al modo de recoger el principio de igualdad en la Constitución nacional de modo de generar fuertes impulsos para algunos cambios. Así ha ocurrido en varios países americanos y europeos. Por ejemplo –y como puede apreciarse sin dificultad de las transcripciones presentadas en el informe– algunas Constituciones se extienden largamente en la consagración de la igualdad entre el hombre y la mujer, o simplemente entre sus ciudadanos, en materias como el trabajo, las remuneraciones, las oportunidades de desarrollo, etc. En cuanto a las remuneraciones, las Constituciones portuguesa, suiza y el *common law* británico recogen de manera expresa el principio de igual remuneración por trabajo igual.

2. Tratados internacionales

El Informe transcribe y revisa, al igual que en el número anterior, las normas relativas a la igualdad recogidas en los siguientes tratados internacionales: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y, finalmente, se incorpora también el Convenio 111 de la OIT. A partir de lo estatuido en estos instrumentos, es posible formular algunas observaciones:

1. Los tratados internacionales mencionados tienen en común el incorporar y mencionar criterios de discriminación que se consideran proscritos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refieren por modo explícito a los criterios de discriminación que usualmente se consideran proscritos, tal como se ha visto –también– en muchas Constituciones americanas y europeas: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Los dos primeros tratados mencionados tienen la particularidad, además, de que se refieren, también de manera explícita, a la igualdad entre la Mujer y el Hombre (esa referencia no aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Hemos visto que esta referencia se manifiesta también en varias Constituciones occidentales.

3. La Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio 111 de la OIT establecen una noción o definición de discriminación, cada convención en su respectivo ámbito. Esas nociones resultan particular-

mente útiles para efectos jurídicos, toda vez que se trataba de convenciones que versan sobre derechos humanos –excepto el Convenio 111 de la OIT– y poseen, en esa virtud, una jerarquía especial en el ordenamiento jurídico chileno.

Una última palabra sobre este punto, la jerarquía de los tratados internacionales. Todos los tratados mencionados –con excepción del Convenio 111 de la OIT– se consideran tratados sobre derechos humanos. Por ello, los derechos fundamentales que consagran poseen una jerarquía especial en el ordenamiento jurídico chileno, como se acaba de señalar. Ahora bien, en nuestro medio jurídico existe prácticamente unanimidad entre los autores nacionales que han publicado sobre este punto en cuanto a considerar que esa jerarquía corresponde al nivel constitucional, es decir, poseerían los derechos ahí consagrados la máxima jerarquía normativa. Existen opiniones aisladas que sostienen que, o poseerían una jerarquía aún mayor a la constitucional, o menor a ella. Como se sabe, la especial jerarquía de estos tratados está dada por la modificación que experimentó el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política.

Así las cosas, las normas de esos tratados, incluidos los criterios de discriminación y la noción de discriminación, constituyen el referente de constitucionalidad de todas las normas jurídicas del ordenamiento jurídico chileno. Por ello, ante la Corte Suprema, se podrá solicitar la inaplicabilidad de cualquier precepto legal que se oponga a tales tratados.

V. ESTADÍSTICAS

En esa sección daremos cuenta de cifras y porcentajes relativos a los casos que se han seleccionado y descrito en el Informe entregado al Sernam como casos posibles de discriminación. Hemos separado 5 acápites: a) cuantificación de casos de discriminación; b) resultado de los recursos interpuestos; c) tipo de sujetos recurridos; d) derechos invocados, y e) aspectos de contenido.

a) Cuantificación de casos de discriminación

Como se señala en la sección de metodología, se configuró una base de trabajo constituida por posibles casos de discriminación sobre un universo de 10.905 causas. La base de trabajo quedó conformada por 146 casos. Ese número representa el 1,34 % de los casos vistos por las cortes en el período de estudio.

Casos de discriminación

Categoría	*Número*	*Porcentaje*
Total de casos	10.905	100%
Casos seleccionados	146	1,34%

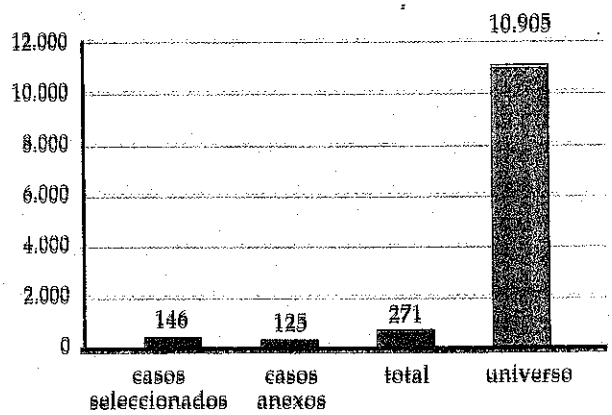
El porcentaje mencionado da una idea de la magnitud de los problemas de discriminación que son presentados ante las cortes, es decir, de cuál es el traspaso que se hace a los tribunales de los problemas de discriminación que afecten a mujeres, en relación con otros tipos de problemas constitucionales que también les son sometidos a su consideración. No más del 1,34% de los problemas constitucionales que las cortes vieron en el período de estudio correspondieron a situaciones de discriminación contra la mujer.

Ahora bien, debe tenerse presente que ese porcentaje se obtiene de una selección de casos de discriminación que se efectuó empleando un criterio amplio de discriminación, pues aplicando un criterio de discriminación más restringido el porcentaje se torna imaginario o virtual. Por otra parte, en el Anexo del informe se incorporaron

125 casos más, en los cuales la existencia de una discriminación resulta más discutible. De todos modos, si se suman estos casos del anexo a los seleccionados en el informe con un criterio amplio, ellos alcanzan al 2,49% de los problemas constitucionales que las cortes conocieron en sede de protección en el período de estudio.

Casos de discriminación

Categoría	*Número*	*Porcentaje*
Total de casos	10.905	100%
Total casos seleccionados más anexo	271	2,49%

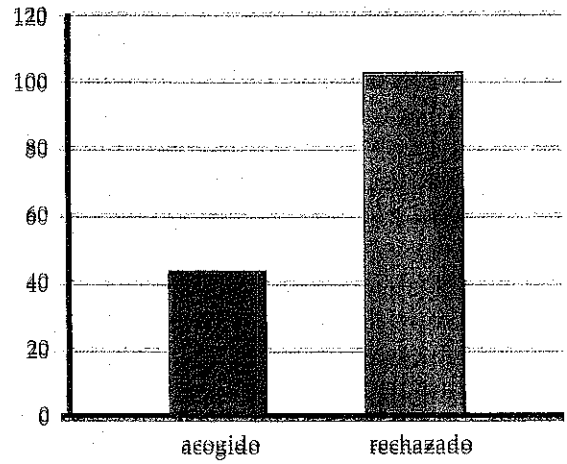


b) Resultados de los recursos

En esta parte referiremos el resultado de los casos ante las cortes. De los 146 seleccionados, 43 fueron acogidos y 102 fueron rechazados. Solo un caso incluido en la muestra fue declarado inadmisible[4]. Eso significa que el porcentaje de casos acogidos corresponde al 29,45%, en tanto que los rechazos suman 69,86%.

Resultados de los recursos

Resultado[5]	*Número*	*Porcentaje*
Acogido	43	29,45%
Rechazado	102	69,86%



En el caso de los recursos rechazados, las razones por las cuales ello ocurrió son muchas y sería muy extenso detallarlas y cuantificarlas aquí. Pero creemos que puede ser útil tener presente que 12 de ellos fueron rechazados por extemporáneos, lo que corresponde al 17,76% de los rechazos, y 3 por haber sido resuelto el problema que motivó la sentencia antes de que concluye-

[4] En rigor, esta situación no corresponde a una inadmisibilidad. Nos parece importante hacer esta aclaración, para que no se mal entienda la cifra, que sería en extremo baja. En efecto, cientos (si no miles) de recursos de protección fueron declarados inadmisibles. Tales casos no se incluyeron en la base de trabajo, de modo que no formaron parte de la muestra que se analizó. El caso incluido en la muestra que fue declarado inadmisible, en rigor, no debería –en nuestro concepto– haber sido calificado por la corte de esa manera, sino improcedente o rechazado.

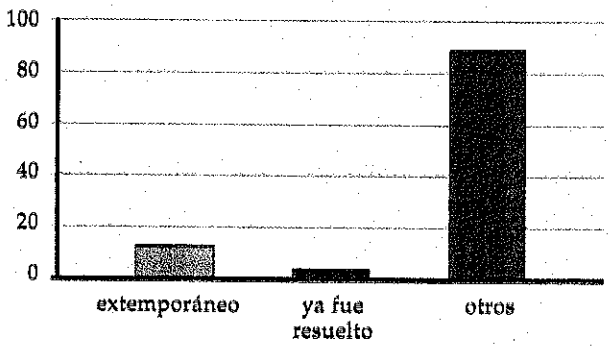
[5] Recuérdese que los porcentajes se han calculado sobre la totalidad de los casos seleccionados, 146, aunque en esta tabla se registran solo dos categorías, y no los declarados inadmisibles.

ra la tramitación del recurso, que corresponde al 2,94% de los rechazos. Esto significa que 87 casos fueron rechazados por otras razones que podríamos denominar no formales, y más de fondo, como por ejemplo, que la corte acoge los descargos del recurrido, entre otras.

Cabe aclarar que los rechazos que declaran las cortes por razón de extemporaneidad no constituyeron inadmisibilidades, ni conceptualmente ni en opinión de las cortes.

Recursos rechazados (102)

Motivo	*Número*	*Porcentaje*
Extemporáneo	12	17,76%
Ya fue resuelto	3	2,94%
Otros	87	85,29%



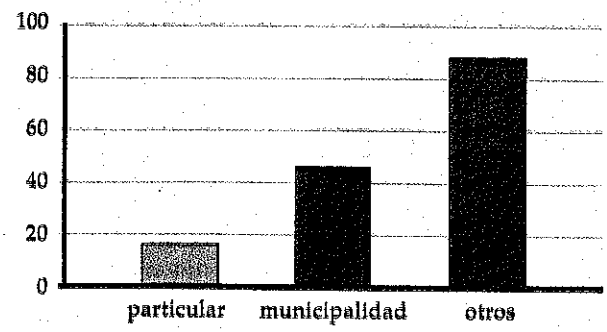
c) Sujetos recurridos

En tercer lugar, nos pareció relevante entregar algunas cifras relativas al tipo de sujeto recurrido, pues ello da alguna luz sobre la configuración del tipo de problema social que existe en los casos de discriminación. Hemos distinguido tres categorías: "particulares", "municipalidades" y "otros". Por "particulares" estamos entendiendo personas naturales (como el cónyuge o un tercero que no quepa en las otras dos categorías). Hemos denominado "municipalidades" a todos aquellos casos en que se recurre contra el alcalde, la Municipalidad propiamente tal, alguna Corporación de Desarrollo Municipal, algún director u otro tipo de funcionario de la Municipalidad. Finalmente, en la categoría "otros" se comprenden personas jurídicas (que no sean municipalidades, pues esa es otra categoría) y organismos del Estado (que no sean municipalidades)[6].

i) Particulares: 16 casos, lo que corresponde al 10,96% de los casos seleccionados.
ii) Municipalidades: 44 casos, lo que corresponde al 30,14%.
iii) Otros. En esta categoría se agrupan diversos tipos de sujetos, como los señalados más arriba, respecto de los cuales, en general, no se verificaban más de 3 ó 4 casos, muchas veces solo 1. Se trata de 86 casos, correspondientes a un 58,90%.

Sujetos recurridos

Tipo de sujeto	*Número casos*	*Porcentaje*
Particular	16	10,96
Municipalidad	44	30,14
Otros	86	58,90



[6] Ejemplos de casos comprendidos en esta categoría son: Cooperativas, Intendentes Regionales, Superintendencias, Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, Instituto

Estimamos interesante destacar que los recursos por discriminación en que el agresor es un particular no son insignificantes: casi un 10%. Pero más interesante aún es el caso de las "municipalidades" –30,14%– puesto que eso significa que casi un tercio de los problemas de discriminación que sufren las mujeres (y que llegaron a las cortes) se dan al interior de una Municipalidad. Respecto de la categoría "otros", como se dijo, no resulta útil formular comentarios, porque se trata de los más diversos sujetos que no suelen exceder en 3 o 4 las oportunidades.

d) Derechos invocados

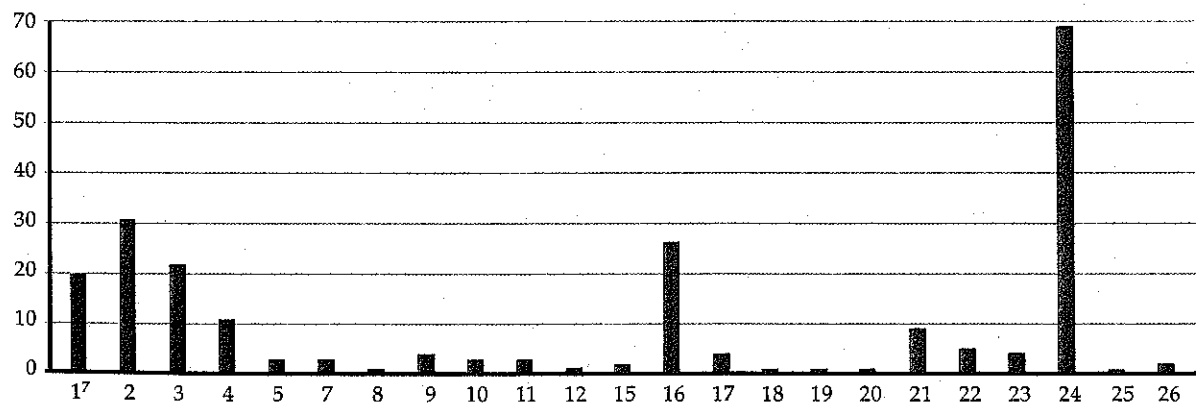
Se revisó la totalidad de los casos seleccionados, 146, y se tabuló la invocación de derechos. En ocasiones, no se mencionaba explícitamente el tipo de derecho invocado, pero ello no fue obstáculo para incorporar el caso en esta gráfica. Si se quiere saber qué derechos se invocaron y en qué medida, y se suma la totalidad de veces en que ello ocurrió, se obtiene un total de 227 "invocaciones de derechos".

El eje horizontal corresponde al derecho invocado; el eje vertical corresponde al número de veces que el derecho ha sido invocado.

Comentarios generales acerca de la invocación de derechos

1. Podría suponerse que en un estudio sobre discriminación en sede de protección, la mayoría de los casos que se analizaron corresponderían a invocaciones del artículo 19 N° 2 de la Constitución. Pues bien, el estudio realizado refleja y sorprende por los pocos casos en que se invoca explícitamente el numeral 2° del artículo 19 para alegar una discriminación. El cuadro indica que se invocó 31 veces de 227, equivalente al 13,66% del total.

2. Por otra parte, un ámbito donde es manifiesta y conocida la discriminación en contra de la mujer en comparación con el hombre, es el ámbito laboral. Pues bien, sorprende la escasa invocación de la igualdad en materia laboral. Se invocó el



de Normalización Previsional, Administradoras de Fondos de Pensiones, Registro Civil, Contraloría General de la República y Contralorías Regionales, Instituto Médico Legal, Subsecretarías, Jueces, Conservador de Marcas, Isapres, Ministerios del Gobierno, Director de Salud, Junta de Jardines Infantiles, Instituto Antártico Chileno, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Universidades, Hospitales, Dirección de Navegación Aérea, Dirección del Territorio Marítimo y Marina Mercante, Dirección del Servicio de Impuestos Internos, Instituto de Seguridad del Trabajo, Gendarmería, Servicio Nacional de Aduanas, Receptor judicial.

7 Hay muchísimos casos de violencia intrafamiliar, en los cuales se invoca el N° 1 del artículo 19. Esos casos no están considerados en esta muestra.

numeral 16 en 26 ocasiones, lo que corresponde al 11,45% del total.

3. De las cifras es fácil colegir que la situación dominante está dada por el derecho de propiedad, que fue invocado en 69 oportunidades, equivalente al 30,4% del total.

4. Los números 1 y 3 concentran los restantes derechos más reiterados en su invocación (20 y 22 veces respectivamente), lo que apenas alcanza al 22% aproximadamente.

e) Contenido de los fallos

Los aspectos cuantificados precedentemente son puramente formales. También es posible decir algo acerca del contenido de los fallos, es decir, de lo que la lectura de los mismos permite colegir.

i) No abordar el problema

Por lo pronto se puede aseverar que los fallos no suelen ser extensos ni fundados; en ocasiones de la sola lectura de la sentencia no es posible formarse una idea clara del problema jurídico sometido a la consideración de la corte. En ciertas oportunidades, de la lectura del fallo, a los investigadores les pareció advertir que se estaba frente a una discriminación pero la corte no entró a indagar si la había o no, y resolvió el caso por otras consideraciones. Ello fue posible de advertir al menos en 35 casos. Dado que la totalidad de casos estudiados es 146 y el porcentaje corresponde a 23,97%. Esta cifra debe ser interpretada como que al menos hubo 35 casos de los 146 estudiados, en los cuales era ostensible una discriminación pero la corte no examina verdaderamente si la hubo[8]. En efecto, solo es posible afirmar que los 35 casos constituyen un mínimo y no corresponden a la totalidad de los casos. Tener seguridad sobre la totalidad de los casos en que la corte eludió abordar la discriminación no es posible de hacer a partir de la sola lectura de las sentencias.

Casos (146 total)	*Porcentaje*
35	23,97%

ii) Examen de legalidad

Pasando a otro aspecto de los fallos, muchas veces el asunto jurídico central que se discute un recurso de protección es si el sujeto recurrido (por ejemplo, una autoridad) actuó dentro de la esfera de sus atribuciones o no lo hizo. En ocasiones, este punto decide completamente la suerte del recurso. Hubo 11 casos en los cuales las cortes dijeron que el recurrido no había actuado discriminatoriamente si es que había actuado ejerciendo una facultad conferida por la ley.

Casos (146 total)	*Porcentaje*
11	7,53%

Los investigadores no comparten este criterio puesto que es perfectamente posible cometer una discriminación con ocasión de ejercer una potestad conferida por la ley. Es decir, es posible que una autoridad, por ejemplo, actúe ejerciendo una atribución que la ley le concede, pero al hacerlo puede incurrir en prácticas discriminatorias. Por

[8] Los casos son lo siguientes: roles 29-91, 32-91, 92-92, 114-94, 171-96 de la corte de San Miguel; 511-90, 3567-92, 2833-92, 2319-92, 2111-92, 1286-92, 376-93, 3441-94, 190-94, 1997-95, 447-96, 1281-96, 915-96, 1047-96, 3322-97, 4322-97, 1036-98, 95-98, 96-98, 682-98, 21896, 1820 de la corte de Santiago; 405, 319, 115, 35, 46 de la corte de Copiapó; 128-94, 250-94, 237-94 de la corte de Concepción.

lo tanto, el solo actuar bajo el amparo de facultades concedidas por las leyes no implica que las discriminaciones están de suyo excluidas, como sugieren las cortes en los casos señalados[9].

III) Subsidiariedad de la acción de protección

Ocurre también en algunas ocasiones en que una corte rechaza un recurso de protección por estimar que esta acción constitucional es subsidiaria. Esto significa que si existen otros mecanismos de impugnación para algún acto, que estén disponibles, entonces la acción de protección no resulta procedente. En materia de discriminación contra la mujer, ello ocurrió en 7 oportunidades, lo que constituye un 4,79% de los casos revisados[10]. Esto significa que las mujeres que se sintieron lesionadas en sus derechos, perdieron la acción de protección por la sola consideración de estimar una corte que el recurso reviste una naturaleza subsidiaria.

Casos (146 total)	Porcentaje
7	4,79%

Los investigadores no suscriben ese predicamento de las cortes. El artículo 20 no da ningún indicio para estimar que esta acción no es procedente de existir otros mecanismos de tutela. Por el contrario, ese precepto contiene una referencia explícita en contra de una supuesta subsidiariedad de la acción.

[9] Los roles son: 112-93, 149-94, 23-94, 188-94, 211-95, 230-97 de la corte de San Miguel; 35-90, 39-90, 448-90, 2899-91, 228-94 de la corte de Santiago.

[10] Los roles son 77-93 de la corte de San Miguel; 426-90, 2215-91 de la corte de Santiago; 56-96, 8199-96 de la corte de Concepción, 210 y 35 de la corte de Copiapó.

VI. COMENTARIO DE ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS

En el informe se relatan y comentan los 146 casos de la muestra más dura y los restantes 125 del anexo, que en total suman 271 casos. De ellos, muy pocos corresponden a una auténtica discriminación contra la mujer en razón de su género (la gravedad de esta aseveración se comenta en las conclusiones). La excepción está dada por el caso de una mujer árbitro de fútbol, que se relata a continuación.

Caso Rol 319 (5.537)

Una mujer, Juana del Carmen Manzano, árbitro de fútbol, inicia Recurso de Protección para "evitar que los actos vejatorios y arbitrarios cometidos en su contra por Mario Escuti, delegado entrenador del club deportivo Santa Cecilia y por don Reginaldo Cano, Vicepresidente de la Asociación Olímpica de Copiapó, **quienes le discriminan por el solo hecho de ser mujer con rol de árbitro, trabajo que a juicio de ambos deben realizar solamente los varones".** Hace cinco años que es árbitro y está registrada en la Asociación Nacional de Arbitros de Chile, y dirige partidos de fútbol de la serie amateur de varones; y en esta actividad es objeto de constantes hostigamientos por parte de los recurridos, trato prepotente, perseguida ante cualquier situación generada en los partidos y que debe informar a la superioridad; es coartada en su labor, distorsionándose las cosas y haciendo fuerza para eliminarla de los arbitrajes, perjudicándole en su vocación deportiva, a la que se oponen en razón de su sexo. Agrega que hace algunos días el recurrido entró a la cancha con una cerveza en la mano mientras ella arbitraba y la increpó. Como dio una entrevista a la radio del deporte, donde denuncia una serie de irregularidades, la persiguen.

El recurrido reconoce que efectivamente tuvo un altercado porque ella en su entre-

vista en la radio dijo que en los partidos había un negociado vendiendo cerveza, lo que es efectivo pero no se vende tanta como ella dijo. Como ella arbitra mal se determinó que no arbitrara más. El señor Escuti también comparece afirmando que como Asociación se quejó porque ella arbitraba mal "permitiendo con su actitud hasta agresiones dentro de la cancha" por lo que su club solicitó que se le excluyera, lo que aprobó por mayoría. No hay ánimo de discriminarla, dice, pero "no posee las condiciones físicas".

El Presidente de la Asociación de Fútbol Amateur de Copiapó comparece diciendo que la recurrente no pertenece al cuerpo de árbitros de la asociación y no se le permite dirigir por no contar con un curso de árbitros reconocido por la ANFA, organismo al cual están afiliados.

La Corte, en un solo considerando, dice que visto lo informado por el presidente de la Asociación de Fútbol Amateur de Copiapó, se evidencia que la reclamante no pertenece al cuerpo de árbitros de dicha Asociación, y no le es permitido dirigir partidos, no cuenta con un curso que sea reconocido por esta entidad en su carácter de organismo nacional (ANFA); razón por la cual la presunta discriminación en razón del sexo no se encuentra acreditada, no concurriendo respecto de la recurrente los requisitos necesarios para acceder al cargo a que aspira y no corresponde en esta sede jurisdiccional pronunciarse sobre presuntas anomalías a su respecto. Se rechaza. 2.9.97. No hay apelación.

Comentarios

Este caso es realmente el único que presenta las siguientes características: 1. Una mujer alega ser discriminada por ser mujer. 2. De los hechos se colige claramente que existe una discriminación de género. 3. De los dichos del recurrido se desprende claramente un afán de discriminación en razón del género. En virtud de estas características, este caso puede considerarse un auténtico caso de discriminación de género. Ahora bien, la resolución de la corte es discutible, más aun considerando que dos de sus ministros son mujeres. La corte no enfrenta este problema como un caso de discriminación de género, no obstante lo ostensible que es, sino que prefiere entrar en el problema desde el punto de vista de si la mujer árbitro pertenece o no a la asociación de árbitros. La recurrente afirma que sí, aunque el representante de esa asociación (ANFA) lo niega. De los antecedentes del fallo no es posible aclarar mayormente ese punto. Como quiera que fuere, a partir de lo aseverado por el presidente de la ANFA, la corte considera que la mujer no está autorizada ni capacitada para arbitrar partidos de fútbol de modo que no existe discriminación en contra suya[11].

Un segundo caso que interesa comentar corresponde a una discriminación en contra de una alumna expulsada de la universidad por el hecho de quedar embarazada sin estar casada.

Rol 2657-92

Alfredo Arze-Vargas Heresmann, en representación de su hija legítima María Soledad Arze-Vargas Donoso, estudiante, recurre de protección contra la Universidad de los Andes, a través de su representante legal Raúl Bertelsen Repetto, por haber suspendido arbitrariamente en sus derechos de alumna regular a su hija, contraviniendo con ello los derechos que le corresponden y quebrantado flagrantemente las disposiciones

[11] Lidia Casas, investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho, nos ha facilitado piezas del expediente, entre ellas, certificados de la Asociación de Fútbol, que acreditan que la recurrente sí era árbitro, de modo que resulta incomprensible la resolución de la corte. Agradecemos a la señora Casas esos antecedentes.

legales y constitucionales. Fundamenta su recurso explicando que en marzo de este año matriculó a su hija en la mencionada Universidad a objeto que cursara en ella la carrera de enfermería, suscribiendo para ello letras de cambio en garantía de las mensualidades respectivas y mientras cursaba satisfactoriamente su curso, producto de una relación que mantiene por años con su novio, quedó embarazada a mediados de año y enterada de ello la Universidad procedió a suspenderla prohibiéndole el ingreso al recinto. El acto de suspensión, señala el recurrente, constituye un acto ilegal y arbitrario que vulnera el derecho de propiedad y el número 1 del artículo 19, en lo que dice relación con su integridad, puesto que al ingresar a la Universidad en el carácter de alumna, tiene derecho a la permanencia, movilidad y promoción, conforme a la organización interna de la misma para efectuar estudios conducentes a la obtención de un grado académico o título profesional y el acto recurrido le ha significado una profunda alteración emocional, encontrándose deprimida y sin ánimo lo que es particularmente grave tanto para su integridad física como para la de su hijo. Recurrido: Raúl Bertelsen Repetto, rector de la Universidad de los Andes, señala que la recurrente postuló y fue admitida como alumna de la carrera de Enfermería de la Universidad en este año 1992 y que al incorporarse quedó obligada, conforme lo disponen sus estatutos (artículo 27) a esforzarse en alcanzar la mejor formación científica, cultural y moral. Expresa que en el mes de agosto la recurrente comunicó a la Directora de Estudios que estaba embarazada y que iba a ser madre soltera y que las autoridades superiores, después de escuchar a la alumna decidieron imponerle la sanción de suspensión de las actividades académicas por un año, lo que dicen no afectó sus calificaciones que conservan validez. Añaden que la sanción aplicada no es la más drástica para faltas graves como es el caso de la conducta en que se incurrió, que no es un simple embarazo, sino la actividad sexual de una mujer soltera que ha derivado en ello, hecho impropio y que consideran que para la moral cristiana es grave, siendo que la Universidad como en toda institución educativa en que debe darse un buen ejemplo, las conductas que causan escándalo resultan impropias. Alegan que el recurso interpuesto ha sido deducido fuera de plazo, ya que este debe contarse desde el 10 o desde el 14 de septiembre; que la actuación de la Universidad se ha ajustado a su reglamentación interna y por lo tanto no es ilegal; que la afectada debía saber por los folletos de difusión que la Universidad se guía por los principios de fe católica y la moral cristiana y que la autonomía universitaria le permite regirse por sí mismo en todo lo concerniente a sus finalidades, pudiendo, entonces, no compartirse los criterios de un reglamento de disciplina, pero dictado este, obliga a los alumnos que se incorporan a la Universidad, por lo tanto no puede calificarse de arbitraria su conducta. En cuanto a los derechos que da por vulnerados el recurso, argumenta que ellos no aparecen lesionados, porque el derecho a la permanencia, movilidad y promoción deben ejercitarse conforme a la organización interna y el derecho de propiedad sobre sus calificaciones se ha mantenido y en cuanto a la integridad física y psíquica de ella, ha sido justamente ella la que se ha puesto en una situación de alteración emocional con su conducta.

Sentencia: La Corte señala que de lo expuesto por el recurrente y recurrido y antecedentes agregados a la causa, apreciado todo ello, resulta establecido que María Soledad Arce-Vargas Donoso se matriculó este año en la Universidad de los Andes en la carrera de enfermería y que fue suspendida por un año por las autoridades universitarias, dado que había quedado embarazada siendo soltera, por considerarse que estos hechos constituyen una falta grave, de conformidad al reglamento interno, puesto que refleja una actividad sexual que se conside-

ra impropia por la moral cristiana, siendo que la Universidad se guía por ella y por la fe católica. Que de conformidad con lo expuesto, el alumno que se incorpore a la Universidad de los Andes debe saber que tras sus organizadores se encuentra la Prelatura del Opus Dei y que su enseñanza se conformará a los postulados de la fe católica y a la moral cristiana, como debe saber también que existen ciertas faltas en las conductas de los alumnos que la Universidad considera graves, que pueden hacer que se decrete inclusive la expulsión de la Universidad y entre estas se encuentra la del atentado contra la moral y las buenas costumbres. Que a los alumnos no se les exige que profesen la fe católica como requisito para ingresar y permanecer en la Universidad, como ocurre, por ejemplo, en algunos colegios de enseñanza básica y media en nuestro país y, por lo tanto, la necesidad de ajustarse en su conducta precisamente a la moral cristiana no les es exigible a estos, sino solo que actúen de conformidad con los reglamentos, ajustándose a los conceptos generalmente aceptados de la moral y buenas costumbres en nuestra sociedad; el hecho de quedar embarazada, siendo soltera, no puede considerarse como un acto inmoral, porque ello refleje una actividad sexual anterior al matrimonio, puesto que esta se realizó sin haber motivo para que esa conducta sea considerada licenciosa o viciosa o haya provocado escándalo entre los miembros de la comunidad universitaria que, no hay duda, es lo que ha querido sancionar la Universidad en su reglamento para resguardar de esa manera la integridad moral del resto del alumnado, cumpliendo así con sus propósitos y fines. Que con su comportamiento distinto a lo dicho, la Universidad de los Andes ha incurrido en un acto arbitrario, al pretender asilarse en su reglamento interno para encuadrar como acto inmoral constitutivo de falta grave la conducta antes descrita, siendo que como se ha venido diciendo los hechos analizados no permiten concluir de ese modo; con este acto arbitrario, se ha afectado la garantía del artículo 19 número 24 de la Constitución Política, puesto que la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder a un título profesional cumpliendo con las exigencias universitarias y legales establecidas al efecto, configurando una especie de propiedad sobre derechos incorporales y, por lo tanto, debe acogerse el presente recurso de protección y ordenar que se deje sin efecto la medida de suspensión por un año de las actividades académicas de la recurrente, adoptada por la Universidad de los Andes, permitiendo que ella continúe con sus estudios en forma regular. Se declara que se acoge el recurso de protección interpuesto. Santiago, 12 de noviembre de 1992.

Comentario

Lo primero que cabe señalar es que la recurrente no alega discriminación sino un derecho de estabilidad en sus estudios y de propiedad sobre los mismos, además de su integridad psicológica. El recurrido funda la decisión de suspender los estudios de la afectada en virtud de que habría cometido un acto inmoral, contrario a la fe católica, que inspira la casa de estudios donde la recurrente se encuentra matriculada, entre otros aspectos, como la extemporaneidad, el escándalo, el que la sanción impuesta no es la más severa, etc. La corte acoge el recurso porque estima que los alumnos de esa universidad no están obligados a profesar la religión católica, porque no es un requisito de admisión, a diferencia de los colegios; que la conducta de la recurrente no ha sido inmoral, y que la recurrente tiene derecho de propiedad sobre sus estudios. Como se ve, la corte no se pronuncia sobre una posible discriminación, y tampoco resuelve el problema de fondo de carácter religioso que presenta el recurrido. Simplemente se limita a decir que el acto no es inmoral. En esos términos, la decisión de la corte es muy insuficiente, pues ¿qué habría

sucedido si los jueces que fallaron el caso hubieran estimado que tener relaciones sexuales prematrimoniales sí es inmoral? Probablemente, la recurrente pudo haber perdido el recurso. No cabe duda que los derechos constitucionales de los ciudadanos no pueden depender de las valoraciones morales de los jueces. El problema de fondo en este caso es una discriminación religiosa, que implica además, una suerte de persecución religiosa. A eso debió oponerse la corte, independientemente que a alguien le parezca moral o inmoral tener sexo bajo determinadas circunstancias[12].

Un último caso que relataremos corresponde a una figura de acoso:

Rol 376-93

Una mujer recurre de protección en contra del gerente general de la Compañía de Teléfonos de Chile arguyendo que en la empresa ha sido objeto durante varios años de acoso sexual y que como resultado de esto la despidieron. Dice que se le han infringido los artículos 19 números 1, 4 y 16. Cuenta que desde 1987 que trabaja en CTC ha habido constante acoso sexual de parte de varios de los jefes en cuya dependencia ha trabajado y una agresión. La empresa solo ha reaccionado cambiando de trabajo cada vez que ella ha protestado a sus superiores por lo que sucede. Jamás han tomado ninguna medida y ahora, debido a sus constantes problemas, la han despedido. Comparece la recurrida, afirmando que el recurso debiera estar planteado en contra de los sujetos que aparecen involucrados y no en contra de la empresa que nada tiene que ver en el problema. Por el contrario, ante los constantes reclamos de la mujer ella fue trasladada de funciones. Atribuye el despido a una baja calidad del trabajo de la recurrida y no a las protestas por acoso y sostiene que todo esto es muy raro porque no ha puesto los antecedentes en conocimiento del juzgado del crimen. Agrega que no hay infracción al número 16 del artículo 19 porque este numeral protege la libertad de trabajo y no el trabajo en sí. La Corte, al fallar, reconoce que el problema es de acoso sexual. Le baja intensidad sosteniendo que estas agresiones no fueron denunciadas al juzgado ni hay pruebas suficientes de ellas. En cuanto a la agresión, reconoce que la empresa hizo una investigación que arrojó como resultado que si bien era verdad la agresión "no produjo a la recurrente consecuencia alguna". Agrega la Corte que la documentación –informe psicológico– agregado a autos contiene afirmaciones en orden a que la mayoría de los problemas que ha tenido en sus secciones de trabajo se deben en los motivos que se consignan en dicho informe y no a acoso. Que el término de la relación laboral se debe a todo esto y por algo en la Inspección del Trabajo la recurrente le dio un amplio finiquito a la recurrida. Que tales hechos no alcanzan a concluir que se haya amenazado las garantías constitucionales. 11.3.93.

Comentario

La corte rechaza el recurso, por diversas razones, no obstante que se reconozca que ha habido acoso y que la recurrida reconozca que ante las denuncias se ha limitado a trasladar de dependencia a la afectada. Lo que interesa comentar de un caso como este –y que justifica su inclusión en este trabajo– es que el acoso sexual, al igual que la violencia contra la mujer, constituyen formas

[12] No debe considerarse que esta es jurisprudencia uniforme de los tribunales. En el año 1997, hubo otro caso de embarazo, esta vez en un colegio. A la mujer no se le renovó la matrícula para el año siguiente porque los estatutos del colegio permitían no renovar matrícula a quienes sean madres (para mantener una situación de equilibrio entre los educandos, para que estos se desarrollen en marcos éticos y morales, se afirma en el recurso). La corte de La Serena rechaza el recurso y la Corte Suprema confirma el rechazo con voto disidente. Agradecemos nuevamente a la investigadora señora Casas por llamar nuestra atención hacia este caso y facilitarnos los antecedentes.

de abuso y de discriminación (sin perjuicio de que el acoso sexual pueda estimarse como una forma de violencia).

VII. DIAGNÓSTICO Y CONCLUSIONES

En esta sección presentamos un esbozo de diagnóstico y conclusiones que se obtuvieron en la investigación y que se explican con más detalle en el Informe entregado al SERNAM:

1. Prácticamente no se presentan casos de discriminación por medio del recurso de protección

No suele haber reclamos de discriminación en las Cortes de Apelaciones de Santiago, Pedro Aguirre Cerda, Concepción y Copiapó. Antes de iniciar el trabajo, manejábamos 3 hipótesis –formuladas a partir de nuestro conocimiento del tema y de la jurisprudencia– y las tres han resultado confirmadas:

1ª Los recurridos jamás reconocen o explicitan algún propósito o tendencia discriminadora. Esta hipótesis es bastante gruesa y obvia, pues reconocer algo así sería verdaderamente impresentable.

2ª Las recurrentes no suelen identificar situaciones en las que están siendo discriminadas. En los recursos, normalmente no se emplea la palabra discriminación, y en los casos en que se esgrime el derecho contenido en el artículo 19 N° 2, no se aprecia que la recurrente presente el caso como una situación de discriminación.

3ª Las cortes prácticamente nunca discurren acerca de la discriminación; no suelen pronunciarse si existe o no, o en qué consiste, o cuáles serían criterios de discriminación prohibidos o permitidos, etc.

Ahora bien, ¿cómo se puede explicar esta situación? Evidentemente, las posibles explicaciones han de ser varias y no solo una. Con todo, debemos señalar que, en nuestra opinión, esas explicaciones escapan con mucho a los objetivos del informe –que es jurídico y no sociológico– y requerirían de otro tipo de investigación, con otra metodología, etc. Sin perjuicio de ello y a modo tentativo, nos atrevemos a decir que si existen pocos recursos de protección presentados por mujeres afectadas, en que se denuncie una discriminación, debe haber ahí dos explicaciones posibles:

La primera podría ser una falta de conciencia de los derechos de la mujer, es decir, una deficiente configuración de la ciudadanía, consistente en que la mujer no se decide a defender sus derechos. Este fenómeno, a su vez, tendría múltiples explicaciones, también sociológicas o de otro tipo, sobre las cuales no aventuraremos ningún punto de vista.

En segundo lugar, una posible explicación podría ser una falta de conocimiento, en dos sentidos: i) que incide en la percepción de una situación como discriminatoria, y ii) acerca de la existencia de un mecanismo de defensa de los derechos, así como de las posibilidades de la misma. Lo señalado en la letra i) corresponde, a nuestro juicio, a un defecto de ciudadanía, al igual que en la primera explicación.

2. El modo de entender el recurso de protección conspira en contra de las posibilidades de éxito de este tipo de recursos

El Recurso de Protección presenta, a estos efectos, varias disfunciones.

2.1. La Corte y los actores del sistema constitucional conciben y practican el recurso como una acción cautelar o meramente provisional o como acción de urgencia.

2.2. La tramitación prevista por el auto acordado permite escasas oportunida-

des de llevar a cabo debates serios y profundos.

2.3. El recurso de protección no tiene previsto ninguna técnica similar al afecto de jurisprudencia o de precedente.

Los factores anteriores no contribuyen ni crean un ambiente propicio para interponer recursos en materias de igualdad, ya que estas materias son eminentemente argumentativas y la labor que realizan los jueces a través de la jurisprudencia debiera provocar nuevos pasos.

3. El recurso es planteado, en casos de discriminación, como un proceso puramente individual, donde no hay presencia pública o interés público comprometido

No obstante el carácter eminentemente de bien público e interés general que tienen los temas de discriminación en la sociedad –y particularmente en el Estado– se cree que el recurso de protección nada más expresa una situación subjetiva de agravio, desconociendo las implicancias generales que suponen estos temas. Nadie representa el interés de la Constitución y de los derechos en estos recursos. Tampoco se observan instituciones privadas que se hagan parte protestando contra la discriminación.

4. Escasez de argumentación constitucional y de invocación de derechos de igualdad, reflejo de fallas en la formación de los abogados y jueces

En prácticamente todos los fallos existe escasez de argumentación constitucional en torno a la igualdad.

VIII PROPOSICIONES DE PERFECCIONAMIENTO O CAMBIO

En esta sección comentamos en el Informe dirigido al Sernam diferentes propuestas que se han sugerido en el medio nacional, y proponemos algunas que nos parecen interesantes:

I. Proposiciones en el campo normativo e institucional

1.1. Introducir una regla constitucional que declare que hombres y mujeres no deben ser discriminados[13].

1.2. Crear, por reforma constitucional, una acción constitucional especialmente orientada a prevenir y tutelar derechos ligados a la discriminación. Proposición que no aconsejamos.

1.3. Corregir normativamente algunas deficiencias del recurso de protección. En este sentido nos parece que podrían impulsarse algunas de las siguientes reformas:

1.3.1. Debiera reformarse la comparecencia al recurso de protección, permitiendo que se "hagan parte" instituciones públicas o privadas que tienen interés público en el problema;

1.3.2. Debieran reformarse el procedimiento para permitir que el tribunal, en un caso de discriminación, adjunte pruebas e investigue para que efectivamente pueda determinar si se verifican situaciones de discriminación;

1.3.3. Debiera reformarse los hoy en día ineficientes alegatos retóricos por debates entre jueces y abogados que permitieran formarse a los primeros convicciones sólidas acerca de los problemas;

[13] Ha sido dicho ya en este trabajo que cuando se concluyó el informe para el Sernam aún no se había introducido la reforma constitucional que estableció expresamente que hombres y mujeres son iguales ante la ley, en el artículo 19 N° 2.

1.3.4 Se hace indispensable que se dicte una ley en que regule íntegra y completamente, tanto el procedimiento como los derechos procesales y orgánicos que las partes pueden hacer valer. En esta ley se pueden incorporar todas las reformas de que estamos hablando;

1.3.5. Debiera instaurarse un verdadero abogado litigador público en casos de discriminación que asesore y apoye las causas (hemos dicho que en la actualidad, las víctimas quedan verdaderamente aisladas con sus casos, reportando solas las consecuencias de lo que han hecho, lo que en ocasiones no es nada fácil);

1.3.6. Debe corregirse el recurso de protección en términos de que la apelación debiera llevarse hasta el Tribunal Constitucional y no ante la Corte Suprema; en el caso que ello no sea así, el procedimiento ante la Corte Suprema debiera dar garantías de seguridad y certeza, debiendo, a nuestro juicio, abrirse alegatos en casos de relevancia social, como son los de discriminación.

1.4. Introducir el defensor del pueblo para asuntos de discriminación.

2. Proposiciones en el campo formativo y cultural

2.1. Efectuar cursos sobre recurso de protección e igualdad, sobre todo, a los magistrados y abogados de provincias.

2.2. Apoyar financieramente la introducción de cursos electivos u obligatorios en las mallas curriculares de las facultades de derecho del país.

2.3. Coordinarse con la Academia Judicial con el fin de impartir cursos en el tema de modo provechoso.

2.4. Realizar campañas públicas de información sobre el tema de la discriminación.