

Las personas con discapacidad en el razonamiento judicial

Claudio
Agüero
San Juan (coord.)

Luis
Villavicencio
Miranda

Autores

Sebastián
Sandoval
Ayala

Renato
Lira
Rodríguez

Claudio
Agüero
San Juan (coord.)

Abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco. Máster en educación por la Universidad de la Frontera, magíster en derecho por la Universidad de Génova (Italia). Es doctor en Ciencias Humanas con mención en discurso y cultura por la Universidad Austral de Chile. Se desempeña como académico e investigador del Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado, y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Su línea de investigación busca analizar el modo en que piensan y argumentan los juristas y los jueces en el derecho público chileno, explorando las relaciones entre la teoría del derecho y el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho probatorio.

Autores

Luis
Villavicencio
Miranda

Es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales, y doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente se desempeña como académico e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y es director del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la misma casa de estudios. Sus líneas principales de investigación son las críticas al proyecto liberal de ciudadanía y el principio de igualdad.

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 13
ISBN N°
2021-A-2281
Santiago,
Chile 2020

Sebastián Sandoval Ayala

Es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado. Cursa el magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile y el magíster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional por las universidades de Génova (Italia) y de Girona (España). Actualmente se desempeña como profesor de tiempo parcial del Departamento de Teoría del Derecho de la Universidad Diego Portales y es personal técnico de investigación de los proyectos Fondecyt N° 1190702 y N° 1180676.

Autores

Renato Lira Rodríguez

Es licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Alberto Hurtado. Ha sido personal técnico en el proyecto Fondecyt regular N° 1180676, y tesista del proyecto Fondecyt N° 1170872. En la actualidad es ayudante del Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y está vinculado al Centro de Investigación en Desafíos Internacionales de la Universidad de la Frontera.

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 13
ISBN N°
2021-A-2281
Santiago,
Chile 2020

Presentación

Este libro revisa cómo el razonamiento judicial debe considerar la situación de las personas con discapacidad al resolver un caso. Tratamos sólo cuestiones estructurales y transversales a todas las áreas del derecho en razón de la heterogeneidad de la legislación. El primer capítulo explica la discapacidad como un fenómeno complejo y desarrolla el modelo de la OMS. El segundo capítulo, analiza las normas constitucionales potencialmente relevantes para los casos de discapacidad. El tercer capítulo examina el principio de igualdad constitucional. Este capítulo es extenso porque creemos que la igualdad es crucial para resolver los casos sobre discapacidad. El cuarto capítulo revisa un panorama de la legislación chilena sobre discapacidad. El quinto capítulo reconstruye un modelo estándar de razonamiento judicial para revisar los desafíos que impone justificar bien una sentencia. Finalmente, cada capítulo se cierra con recomendaciones de lectura, preguntas y ejercicios, además de acompañarse de un glosario de conceptos.

Palabras clave

Discapacidad — Organización Mundial de la Salud — Igualdad constitucional — Derecho a la vida — Derecho a la salud

Índice de contenidos

Introducción	8
1. La discapacidad como concepto médico y social	11
1.1 ¿Qué es una discapacidad?	12
1.2 La discapacidad como concepto médico: la visión de la OMS	13
1.3 ¿Qué diferencias hay entre una persona con discapacidad y un enfermo?	26
1.4 ¿Qué diferencias hay entre una persona con discapacidad y un paciente?	27
1.5 Críticas al modelo de la OMS	29
1.6 El concepto de diversidad funcional	33
1.7 Material complementario sobre el capítulo	35
Preguntas sobre el capítulo 1	37
2. ¿Son relevantes el derecho a la vida y el derecho a la salud en los casos de discapacidad?	40
2.1 Presentación	41
2.2 El derecho a la vida	42
2.2.1 Confusión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud	44
2.2.2 Confusión entre el derecho a la vida y la integridad física y psíquica	44
2.2.3 ¿Existe una sexta concepción del derecho a la vida?	45
2.2.4 Configuraciones posibles y un par de prevenciones	49
2.3 El derecho a la protección de la salud	51
2.4 Posible conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud	54
2.5 Material complementario sobre el capítulo	59
Preguntas sobre el capítulo 2	60
3. El concepto de igualdad y el principio de igualdad	65
3.1 Presentación	66
3.2 El concepto de igualdad	67
3.2.1 ¿Por qué es difícil definir la igualdad?	67
3.2.2 Las concepciones sobre la igualdad	68
3.3 La igualdad ante la ley en el derecho chileno	87
3.3.1 La igualdad ante la ley como prohibición de discriminación arbitraria	89
3.3.2 La igualdad ante la ley como igualdad formal e igualdad sustantiva	91

3.3.3	Igualdad en la ley e igualdad ante la ley	95
3.4	Análisis de una sentencia	97
3.4.1	Reproducción de la sentencia	97
3.4.2	Análisis de la sentencia	103
3.4.3	Pasos para hacer una especificación	105
3.5	Material complementario sobre el capítulo	110
	Preguntas sobre el capítulo 3	111
4.	La discapacidad en la legislación chilena	114
4.1	Presentación	115
4.2	Regulación internacional	116
4.2.1	Conceptos fundamentales de los tratados vigentes	118
4.3	Regulación nacional	122
4.3.1	Legislación	122
4.3.2	Decretos y reglamentos	126
4.4	Análisis del panorama de textos normativos en la legislación chilena	129
4.5	La discapacidad como hecho	131
4.5.1	¿Cómo debería organizarse un punto de prueba sobre la existencia de una discapacidad?	133
4.6	La discapacidad como estatus jurídico	135
4.6.1	Normas especiales sobre la discapacidad	135
4.6.2	Normas civiles con posible impacto en la discapacidad	146
4.6.3	Normas penales con posible impacto en la discapacidad	150
4.7	Material complementario sobre el capítulo	153
	Preguntas sobre el capítulo 4	154
5.	La discapacidad en el razonamiento judicial	156
5.1	Presentación	157
5.2	Primera parte. Cómo es el razonamiento de un juez.	158
5.2.1	Observando más de cerca	160
5.3	Segunda parte. Conceptos básicos del razonamiento judicial.	167
5.3.1	¿Qué es el razonamiento jurídico?	167
5.3.2	Los materiales jurídicos y la interpretación	170
5.3.3	¿Qué se espera de las decisiones judiciales?	174

5.3.4	Razonamiento con principios	177
5.3.5	Razonamiento probatorio	185
5.4	Tercera parte. La redacción de las sentencias y el lenguaje claro.	192
5.4.1	El lenguaje claro como propósito de la sentencia judicial	193
5.4.2	¿Cómo escribir un auto de prueba?	196
5.4.3	Estructura de las sentencias	197
5.4.4	Recomendaciones de uso de lenguaje inclusivo en las sentencias	200
5.5	Material complementario sobre el capítulo	202
	Preguntas sobre el capítulo 5	203
	Anexo capítulo 5: sentencia CA rol 1574-2018	205
6.	Anexos finales	212
6.1	Casos resueltos	213
6.2	Respuestas a las preguntas de cada capítulo	223
6.2.1	Respuestas capítulo 1	223
6.2.2	Respuestas capítulo 2	226
6.1.3	Respuestas capítulo 3	229
6.1.4	Respuestas capítulo 4	232
6.1.5	Respuestas capítulo 5	236
	Glosario	242
	Capítulo 1	242
	Capítulo 2	249
	Capítulo 3	252
	Capítulo 4	254
	Capítulo 5	257
	Bibliografía	262

Introducción

Este texto revisa de forma panorámica el impacto de la discapacidad en el razonamiento judicial. Entendemos que la discapacidad es una propiedad clave para resolver el proceso del que conoce un juez cuando se cumplen dos de las siguientes tres condiciones: (i) una de las partes del proceso es una persona en situación de discapacidad, (ii) la situación de discapacidad de una parte o de un tercero es un hecho controvertido y/o es un hecho relevante para la determinación de una consecuencia jurídica (asignar un derecho o una carga), y (iii) la situación de discapacidad es una propiedad valorada como relevante por el juez para realizar un juicio de distinción entre dos o más sujetos (o clases de sujetos) y/o para comparar la posición de (des)igualdad entre dos o más sujetos (o clases de sujetos). Por razones de simplicidad, llamaremos a estos casos judiciales “casos de discapacidad” o con la abreviatura CD.

Los “casos de discapacidad” no son exclusivos del derecho constitucional o del derecho antidiscriminatorio. Ellos pueden estar presentes, por ejemplo, en el derecho penal cuando se juzga la inimputabilidad de alguien; en el derecho de familia, al resolver una interdicción; en el derecho civil patrimonial, al determinar una incapacidad absoluta; en el derecho laboral, al discutir *mobbing* o acoso laboral; entre otras ramas del derecho. Sin embargo, en este texto no podemos hacernos cargo de tal diversidad con toda la profundidad que cada rama exige. Por ello, nos enfocaremos en las cuestiones estructurales y básicas del razonamiento judicial –compartidas por todos estos tipos de casos–, para abordar los casos de discapacidad desde una perspectiva panorámica o general.

La discapacidad es un fenómeno médico, social, cultural, moral, político y jurídico. Reconocer esta cualidad es la justificación del primer capítulo, donde nos ocupamos de revisar de forma muy breve el modelo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de algunas de las principales críticas que ha recibido por parte de las ciencias sociales y las humanidades. El capítulo es relevante para el razonamiento judicial por tres razones: a) muestra los límites de la visión médica de la discapacidad; b) presenta otras formas de

entender el fenómeno que pueden ser útiles en casos complejos, y c) trata las bases conceptuales (extrajurídicas) que permiten atribuir un significado a las palabras que usa la legislación.

El segundo capítulo analiza las normas constitucionales que, *prima facie*, son aplicables a los casos de discapacidad: el derecho a la vida y el derecho a la salud. Siguiendo a Rodolfo Figueroa, distinguimos entre derecho a la vida y derecho a la calidad de vida y, en consecuencia, descartamos que los casos de discapacidad se relacionen con el derecho a la vida en la mayoría de las circunstancias. En relación con el derecho a la salud, estimamos que sólo dos de tres obligaciones constitucionales explícitas pueden ser relevantes para resolver casos de discapacidad, porque las normas constitucionales tratan, principalmente, de políticas públicas.

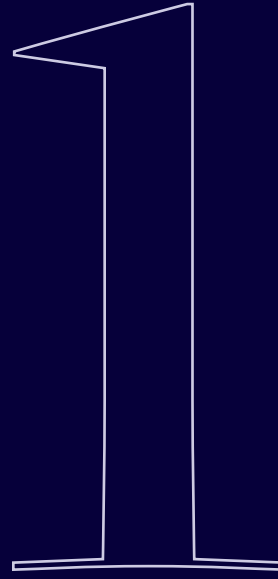
El tercer capítulo analiza el principio de igualdad constitucional. Este es el capítulo más extenso del libro, porque pensamos que la noción de igualdad es central al resolver los casos de discapacidad. El capítulo se organizó en tres partes con el objeto de brindar un tratamiento profundo al principio de igualdad para que, al mismo tiempo, sea accesible a quienes no estén familiarizados con el lenguaje de la teoría del derecho constitucional. La primera parte es conceptual y pretende definir a la igualdad más allá del ámbito jurídico. La segunda parte es teórica y expone las diferentes concepciones de la igualdad. La tercera parte es dogmática y revisa las posiciones sobre la igualdad constitucional en el derecho chileno.

El cuarto capítulo presenta un panorama de la legislación chilena sobre la discapacidad. Dado que los textos normativos relevantes pueden ser demasiados, hemos decidido limitar la exposición a aquellos que utilizan las palabras discapacidad, discapacitado o algunos de sus sinónimos. Hemos elegido este criterio porque mucha normativa nacional no se ha ajustado al uso de un lenguaje inclusivo. Por estas razones, se revisan las disposiciones de los tratados internacionales que ha suscrito Chile y se listan las leyes, decretos y reglamentos que en diversas áreas regulan la discapacidad. La heterogeneidad temática y/o sectorial de la normativa recopilada impide hacer un análisis profundo, por lo que sólo se estudian aquellas cuestiones estructurales que tienen fuerte importancia en el razonamiento judicial.

El quinto capítulo se organiza en dos partes. La primera reconstruye el modelo estándar de razonamiento judicial y revisa sus principales problemas, tales como la interpretación de disposiciones, lagunas normativas, antinomias, criterios de preferencia, especificación de principios y ponderación. La segunda, expone los principales problemas en la redacción de sentencias y analiza posibles vías de solución, con miras a escribir una sentencia clara y bien justificada para la ciudadanía.

Por último, cabe señalar que cada capítulo finaliza con recomendaciones sobre material complementario y una serie de preguntas sobre los conceptos centrales que fueron tratados en él. Al final del trabajo se incluyen las respuestas a aquellas, un glosario que permite al lector poco familiarizado interiorizarse de forma sencilla con algunos conceptos y las referencias bibliográficas utilizadas.¹

1 En este trabajo usamos la recomendación sobre el uso de pronombres de la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española. (2001) p. 82. Esta decisión se justifica porque es un texto colaborativo donde otras normas de estilo sobre inclusividad de género dificultaban una redacción participativa en el tiempo disponible.



La discapacidad como concepto médico y social

1.1 ¿Qué es una discapacidad?

La palabra discapacidad es un término genérico para referirse a una interacción entre las personas con deficiencias y las barreras sociales que los separan del entorno, lo cual evita su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con las demás personas.²

Regularmente la discapacidad se asocia con las palabras incapacitado, inválido, malformado, impedido, lisiado, minusválido y limitado. Son conceptos propios del área de la medicina relacionados a la presencia de una enfermedad, patología o estado de salud. Sin embargo, esta es una percepción errónea, porque la definición de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) define discapacidad integrando elementos ajenos a la medicina. Dado esto, el capítulo profundiza sobre el modelo de la OMS porque la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo recoge. Entonces, los documentos de la OMS sirven como base para la interpretación de la Convención.

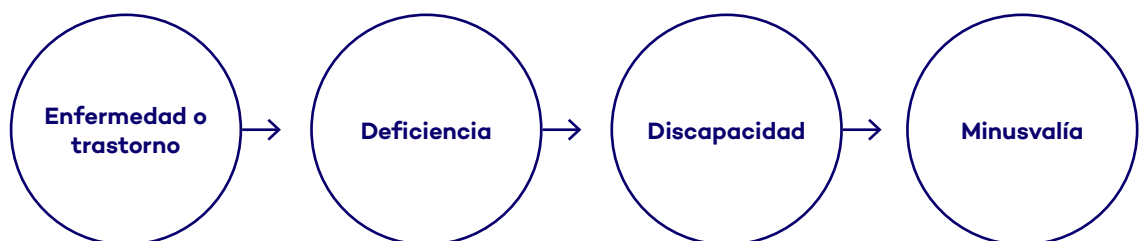
Ahora bien, el modelo de la OMS (también llamado paradigma biopsicosocial) no ha sido aceptado por todos los actores sociales. Por ejemplo, el Foro de Vida Independiente de España (FVI) y varios activistas apoyan un paradigma social radical. Por esta razón, al final del capítulo se revisan de forma sucinta las principales críticas al modelo de la OMS.

2 Preámbulo de la Convención sobre los Derechos para Personas con Discapacidad (2006).

1.2 La discapacidad como concepto médico: la visión de la OMS

La OMS tiene dos instrumentos vigentes relacionados a la discapacidad: la Clasificación Internacional de Discapacidades y Minusvalías (CIE-10) y la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad (CIF o CIDDM-2). Mediante ellos se busca definir, caracterizar y clasificar la discapacidad. También ofrecen ciertas herramientas de identificación. Ambos instrumentos son considerados complementarios, ya que el primero de ellos brinda un marco conceptual basado en la etiología, es decir, proporciona un diagnóstico de enfermedades, trastornos u otras condiciones de salud. En el segundo, se clasifica el funcionamiento y la discapacidad en relación con las condiciones de salud, lo que permite la elaboración de un perfil de gran utilidad sobre el funcionamiento, la discapacidad y la salud del individuo. Como es posible apreciar, ambos instrumentos proporcionan una visión más amplia y significativa del estado de salud de las personas o grupo de personas.³

Antes de que entrara en vigencia la CIF, el instrumento usado era la Clasificación Internacional de Discapacidades y Minusvalías (CIDDM). Este documento es del año 1980 y surgió con un carácter experimental⁴, que resultó ser bastante avanzado para el tiempo en que fue formulado. A través de la CIDDM, la OMS construyó un modelo que generó un primer acercamiento al estudio, análisis y conceptualización de la discapacidad. Este documento planteaba el estudio de la discapacidad desde un modelo organicista con la siguiente estructura:



3 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 4.

4 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 3.

El modelo tiene un punto de partida en la noción de enfermedad como “un fenómeno patológico”⁵, que puede tener como consecuencia una deficiencia. La deficiencia se define como “toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”⁶. A su vez, la deficiencia puede involucrar una discapacidad definida como “toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”⁷. En último lugar, se agrega que la discapacidad puede involucrar la minusvalía entendida como “una situación desventajosa para un individuo determinado, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y de otros factores sociales y culturales)”⁸.

De esta forma, la discapacidad se comprendía como una deficiencia de las actividades normales de un sujeto, la que tenía como origen el padecimiento de alguna enfermedad. En principio podríamos considerar que parece una definición completa, sin embargo, es muy poco incluyente. Al establecer a la discapacidad como una deficiencia, y centrándose en el sujeto como una fuente de problemas, no proporciona ninguna consideración sobre el mundo en el que se desenvuelve, ni sobre cómo este facilita o dificulta el desarrollo normal de las actividades que le son propias a las personas.

La CIDDM estableció una clasificación de los tipos de discapacidad respecto a la esfera del desarrollo que se ve afectada en el sujeto que la padece, distinguiendo nueve tipos de discapacidad:

- Discapacidades de la conducta
- Discapacidades de la comunicación
- Discapacidades del cuidado personal
- Discapacidades de la locomoción
- Discapacidades de la disposición del cuerpo

5 Clasificación Internacional de Discapacidades y Minusvalías (1980), p. 49.

6 Clasificación Internacional de Discapacidades y Minusvalías (1980), p. 54.

7 Clasificación Internacional de Discapacidades y Minusvalías (1980), p. 165.

8 Clasificación Internacional de Discapacidades y Minusvalías (1980), p. 221.

- Discapacidades de la destreza
- Discapacidades de la situación
- Discapacidades de una determinada aptitud
- Otras restricciones de la actividad.⁹

Este instrumento fue actualizado por la OMS en el año 2001 y reemplazado por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIDDDM-2 o CIF). Este nuevo instrumento fue más que una segunda edición del CIDDDM, ya que modificó aspectos centrales del modelo de análisis de la discapacidad (*disability*). Con este instrumento, la OMS procuró “proporcionar un lenguaje unificado y estandarizado que sirva como punto de referencia para la descripción de la salud y de los estados relacionados con la salud”¹⁰.

En el acápite de antecedentes de la CIF se indica que las definiciones de los conceptos “deficiencia”, “discapacidad” y “minusvalía” han sido extendidas en su significado para incluir experiencias positivas.¹¹ En lo que respecta a su contenido, la CIF integra elementos médicos, psicológicos y sociales para definir discapacidad, construyendo un modelo biopsicosocial. El modelo médico “considera la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o estado de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales. El tratamiento de la discapacidad está encaminado a una mejor adaptación de la persona y a un cambio de conducta. La atención sanitaria es considerada como una cuestión primordial y, en el ámbito político, la respuesta principal es la de modificar y reformar la política de atención a la salud”¹².

9 Clasificación Internacional de Discapacidades y Minusvalías (1980), p. 163.

10 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 3.

11 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 3.

12 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 22.

Por su parte, el modelo social sobre discapacidad considera el fenómeno como un problema de la integración social de las personas con discapacidad.¹³ Aquí, la “discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social. Por ello, el manejo del problema requiere la actuación social y es responsabilidad colectiva de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para la participación plena de las personas con discapacidad en todas las áreas de la vida social. La cuestión se sitúa, por lo tanto, en el nivel de las actitudes y de la ideología, requiriendo de cambios sociales, los cuales se transforman, en el nivel político, en una cuestión de derechos humanos. Según este modelo la discapacidad se configura como un tema de índole político”¹⁴.

Dado lo anterior, la CIF tiene una vocación de universalidad, pues ella no versa únicamente sobre las personas en situación de discapacidad, sino que es válida para todas las personas. Esto significa que “cubre todos los aspectos del funcionamiento humano y trata la discapacidad como un todo, sin categorizar a las personas con discapacidad en un grupo separado, ya que la discapacidad es una cuestión de más o menos, y no de sí o no”¹⁵. Para cumplir con este enfoque, se erige sobre dos pilares: el funcionamiento o la discapacidad, y los factores contextuales.

Funcionamiento y discapacidad son dos categorías que agrupan elementos que se caracterizan por la posibilidad de expresarlos en términos neutros (casos en donde la patología esté ausente) o en términos negativos (casos en que haya presencia de algún tipo de patología).

Siguiendo las categorías de funcionamiento y discapacidad en lo que respecta a una definición analítica de la discapacidad, y complementado con la visión de la OMS, es necesario clarificar cuatro conceptos: condición de salud, deficiencia, limitación de actividad y restricción de participación.

13 Al final de este capítulo profundizamos en este modelo.

14 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18.

15 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 5.

La condición de salud es cualquier enfermedad, lesión y/o trastorno que sufra una persona. No se distingue entre salud física y mental.¹⁶ Es importante notar que las condiciones de salud pueden ser “visibles o invisibles; temporales o de largo plazo; estáticas, episódicas o degenerativas; dolorosas o sin consecuencias”¹⁷. Aquí hay que distinguir las condiciones de salud de la autopercepción de salud. Muchas personas en situación de discapacidad no se consideran a sí mismas como personas con mala salud.¹⁸

Para referirnos al concepto de deficiencia (*impairment*), debemos clarificar los conceptos de funciones y estructuras corporales. Las funciones corporales “son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales”¹⁹, como por ejemplo la secreción de insulina del páncreas. Por su parte, las estructuras corporales “son las partes anatómicas del cuerpo tales como órganos, los miembros y sus componentes”²⁰. Ejemplos serían el páncreas, los pulmones, una pierna, un brazo o un dedo de la mano. Descritos de forma negativa, las funciones o las estructuras corporales pueden involucrar la existencia de una discapacidad, lo que significa un mal funcionamiento corporal o un problema anatómico. Los ejemplos ponen en evidencia una relación entre las funciones fisiológicas y las estructuras corporales, porque cada estructura cumple con una función.

Una deficiencia es una disminución específica de las funciones o estructuras corporales. Toda deficiencia es un problema en la función corporal, una alteración de una estructura corporal o una disfunción mental o intelectual; por ejemplo, la parálisis, la ceguera, la sordera, el autismo, etcétera.²¹ Las deficiencias son, entonces, el resultado de una (o varias) condiciones de salud.

-
- 16 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 5.
17 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 7.
18 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 9.
19 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 13.
20 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 13; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 10.
21 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 5.

Una actividad “es el hecho de llevar a cabo una tarea o acción por parte de una persona” como caminar, correr, escribir, ir al cine o estudiar. Entonces, una limitación de una actividad es una (o varias) dificultad(es) que existe(n) al realizar estas actividades. Por su parte, participar es “el acto de involucrarse en una situación vital” y la restricción de participación son los problemas o costos al intervenir en cualquier ámbito de la vida; por ejemplo, cursar estudios formales, tomar un transporte, ejercer el derecho a sufragio o ejercer una profesión u oficio.²²

La deficiencia genera la limitación de actividad que restringe la participación, traduciéndose en una desventaja. La desventaja es diferente para cada tipo de discapacidad y, sobre todo, para cada persona con esa discapacidad. Por ejemplo, según el Informe Mundial sobre la Discapacidad “las mujeres con discapacidad sufren una combinación de desventajas que se vinculan al género y la discapacidad, y es menos probable que contraigan matrimonio que las mujeres que no tienen ninguna discapacidad. Las personas que sufren problemas de salud mental o deficiencias intelectuales parecen ser las que presentan las mayores desventajas en muchos ámbitos, en comparación con las que poseen deficiencias físicas o sensoriales. Las personas con deficiencias más severas a menudo experimentan mayores desventajas (...) Por el contrario, el poder económico y el estatus pueden contribuir a vencer las limitaciones para realizar actividades y las restricciones de la participación”²³.

Debido a que el conjunto de factores que genera la desventaja es difícil de definir o caracterizar, la CIF proporciona una tabla con sectores de dominio: áreas de actividad y de participación, aparejadas a criterios calificadores que estudian el desempeño/realización de la habilidad que el sujeto muestra para realizar la actividad.

22 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 15; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 12.

23 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 9.

Las actividades de dominio a considerar son: aprendizaje y aplicación de conocimientos, tareas y demandas generales, comunicación, movilidad, cuidado personal, vida doméstica, interacciones interpersonales, y vida comunitaria, cívica y social. De esta forma, a fin de verificar si estamos frente a un sujeto que posee una discapacidad, se deben analizar dichas áreas en la vida de la persona para determinar si presenta problemas de desempeño/realización y capacidad en cada una de ellas.²⁴

El segundo pilar del enfoque de la CIF está constituido por los factores contextuales, que son aquellos que interactúan de forma dinámica con los elementos del primer pilar. Son contextuales en cuanto “representan el trasfondo total tanto de la vida de un individuo como de su estilo de vida. Incluyen los factores ambientales y factores personales que pueden tener un impacto en la persona con una condición de salud y los estados relacionados con la salud de esta persona”²⁵. Los factores ambientales se dividen en factores individuales y los sistemas y servicios. Los primeros son “el ambiente inmediato y personal del individuo, incluyendo, aunque no limitándose, espacios como el hogar, lugar de trabajo o escuela. En este nivel se incluyen las propiedades físicas y reales del ambiente con las que un individuo se encuentra, como también un contacto directo y personal con otros como la familia, conocidos, compañeros y desconocidos”²⁶. Por otra parte, se consideran servicios y sistemas las “estructuras sociales, servicios y planteamientos de acercamiento o sistemas en la comunidad o cultura formales e informales, que tienen un impacto en el individuo. Este nivel incluye organizaciones y servicios relacionados con el trabajo, actividades comunitarias, agencias gubernamentales, comunicación y servicios de transporte, y redes sociales informales, así como leyes, normas, reglas formales e informales, actitudes e ideologías”²⁷.

24 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2001), pp. 12-14.

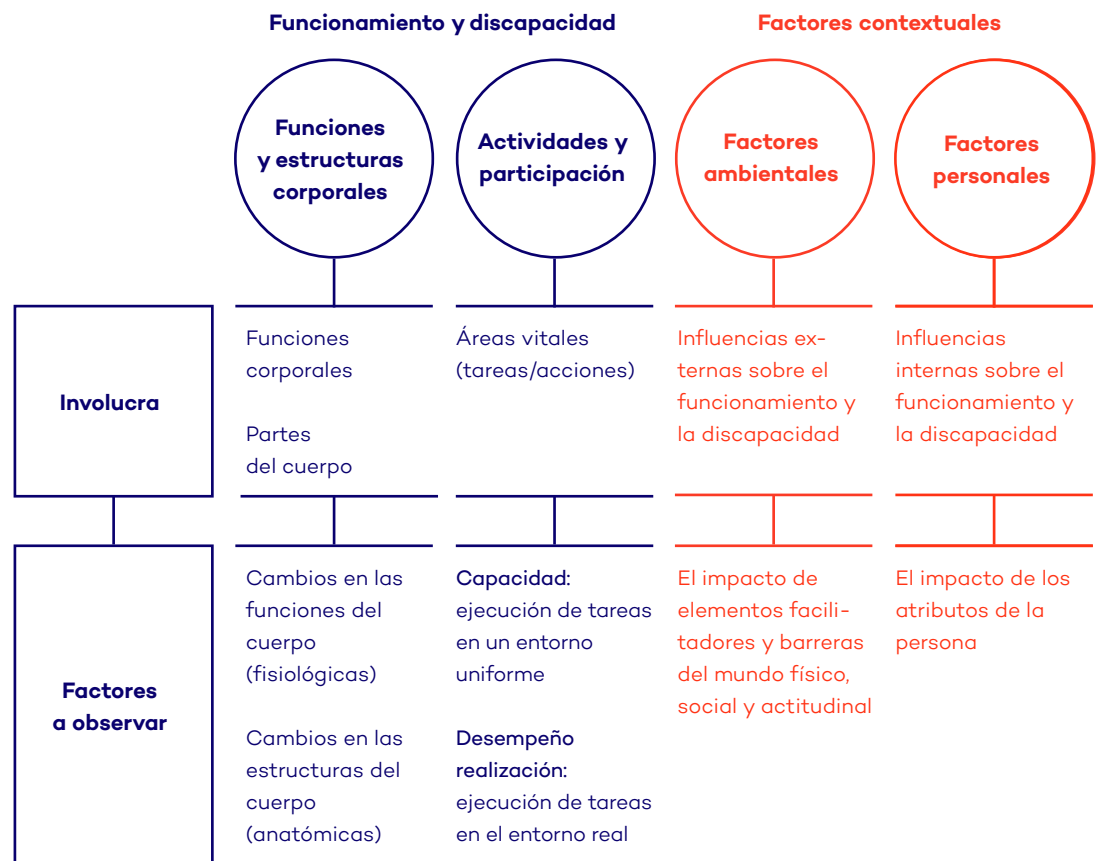
25 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 14.

26 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 19; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 15.

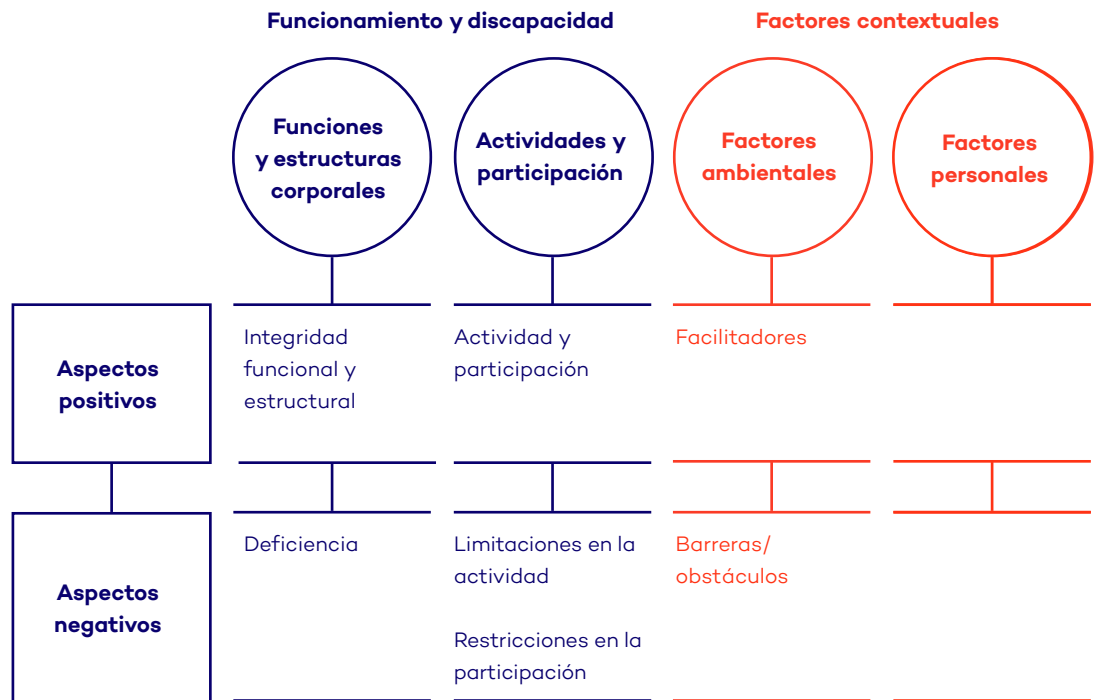
27 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 19; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 15.

Finalmente, se entienden como factores personales los antecedentes de la vida de un individuo que “están compuestos por los aspectos que no forman parte de una condición de salud o estado de salud. Estos factores pueden incluir el sexo, la raza, la edad, otros estados de salud, el estilo de vida, los hábitos, los estilos de afrontamiento (*coping styles*), los antecedentes sociales, la educación, la profesión, las experiencias actuales y pasadas, (sucesos de la vida pasada y sucesos actuales), los patrones de comportamiento y el estilo de personalidad, los aspectos psicológicos y otras características, todas o algunas de ellas las que juegan un rol en cualquier nivel de discapacidad”²⁸. Todos estos factores no están categorizados en la CIF, por lo que deben ser tenidos en cuenta caso por caso.

A continuación, se presentan dos diagramas explicativos sobre la interacción de los factores a considerar en casos de discapacidad²⁹:



28 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 19; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), pp. 8-15.
 29 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 12; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 9.



En el segundo diagrama exhibido, la situación de discapacidad podría ubicarse en un espacio común entre la segunda y tercera columna de los aspectos negativos. Su contrapartida, en cambio, sería el funcionamiento óptimo ubicado en las mismas columnas, pero en los aspectos positivos.

Debido a que los factores ambientales son dinámicos e interactúan de diversas formas con los factores de funcionamiento y discapacidad, la definición de discapacidad no designa un hecho o una enfermedad, sino una relación. “La discapacidad está caracterizada por el resultado de una compleja interacción entre el estado de salud de una persona y los factores individuales y externos que representan las circunstancias en las que vive la persona”³⁰. Esta definición se condice con el modelo biopsicosocial con el cual trabaja la CIF, que se aproxima al fenómeno de la discapacidad de una forma dinámica.

La CIF ofrece un método para identificar y clasificar la discapacidad atendiendo a los factores anteriormente nombrados. En este sentido, y como ya hemos expuesto, la CIF no da “definiciones operacionales

30 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001) p. 18; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 15.

estándar de los dominios de la salud y estados relacionados con la salud³¹. Por el contrario, el instrumento propone una clasificación de las funciones corporales, las estructuras corporales, la actividad y participación y los factores contextuales, donde cada una de estas áreas se subdivide en diversas subcategorías de la siguiente forma:

1) Funciones corporales

- Funciones mentales
- Funciones sensoriales y dolor
- Funciones de la voz y el habla
- Funciones de los sistemas cardiovascular, hematológico, inmunológico y respiratorio
- Funciones de los sistemas digestivo, metabólico y endocrino
- Funciones genitourinarias y reproductoras
- Funciones neuromusculoesqueléticas y relacionadas con el movimiento
- Funciones de la piel y estructuras relacionadas

2) Estructuras corporales

- Estructuras del sistema nervioso
- El ojo, el oído y estructuras relacionadas
- Estructuras relacionadas con la voz y el habla
- Estructuras de los sistemas cardiovascular, inmunológico y respiratorio
- Estructuras relacionadas con los sistemas digestivo, metabólico y endocrino
- Estructuras relacionadas con el sistema urogenital y el sistema reproductor

31 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 23; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 20.

- Estructuras relacionadas con el movimiento
- Piel y estructuras relacionadas

3) Actividades y participación

- Aprendizaje y aplicación del conocimiento
- Tareas y demandas generales
- Comunicación
- Movilidad
- Cuidado personal
- Vida doméstica
- Interacciones y relaciones interpersonales
- Áreas principales de la vida
- Vida comunitaria, social y cívica

4) Factores contextuales

- Productos y tecnología
- Entorno natural y cambios en el entorno derivados de la actividad humana
- Apoyo y relaciones
- Actitudes
- Servicios, sistemas y políticas

Dentro de cada una de estas subcategorías se encuentran contenidas diversas funciones, estructuras, actividades, interacciones y relaciones que se deben analizar. A cada una de ellas se le asigna un código que se apareja con un conjunto de umbrales. Luego, para cuantificar el grado de afectación del factor analizado, se ocupa una única escala³²:

32 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 23; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 20.

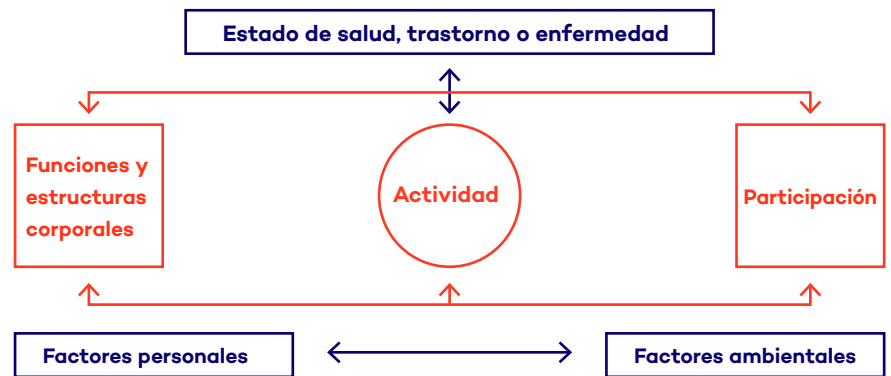
- No hay problema – ninguno/ausente – 0-4%
- Problema ligero – poco/escaso/reducido – 5-24%
- Problema moderado – medio/regular – 25-49%
- Problema severo – mucho/extremo – 50-95%
- Problema completo – total – 96-100%
- Sin especificar
- No aplicable

Una vez aplicada la evaluación, hay que comparar los resultados obtenidos con el cuadro explicativo sobre la interacción de los factores que se consideran en casos de discapacidad. En virtud de esta operación es posible dilucidar, de manera aproximada, si estamos en presencia o no de un caso de discapacidad. Decimos de manera aproximada, ya que el instrumento ofrecido por la CIF tiene un margen de error cercano al 5 por ciento.³³ Además, es importante notar que –a diferencia de su antecesora– la CIF no nos ofrece una clasificación de las discapacidades, sino que opera como un instrumento de descripción de la discapacidad –que otorga herramientas para identificarla caso a caso–, lo cual resulta, en cierto modo, una virtud al dotar al instrumento de un carácter flexible.

El diagrama de la CIF que se encuentra a continuación no establece un proceso. La misma CIF aclara que cada uno de los elementos son piezas de construcción para crear modelos que permitan estudiar los diferentes aspectos³⁴:

33 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 23; Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 184.

34 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 16.



Sobre este diagrama, la CIF indica que “el funcionamiento de un individuo en un dominio específico se entiende como una relación compleja o interacción entre el estado de salud y los factores contextuales (por ejemplo, los factores ambientales y personales). Existe una interacción dinámica entre estos elementos: las intervenciones en un elemento tienen el potencial de modificar uno o más de los otros aspectos. Estas interacciones son específicas y no siempre se dan en una relación unívoca predecible. Según indica la CIF, es importante recoger datos de estos constructos independientemente y desde allí explorar las asociaciones y los vínculos causales entre ellos. Si la experiencia completa en la salud se ha de describir globalmente, todos los componentes son útiles”³⁵.

1.3 ¿Qué diferencias hay entre una persona con discapacidad y un enfermo?

La Organización Mundial de la Salud define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”³⁶. La relación entre las condiciones de salud y la discapacidad es compleja.³⁷ Es posible que una condición de salud, en cierto contexto, no ocasione una discapacidad y que, en otro contexto, sí produzca. Por ello hay que distinguir entre personas con discapacidad y enfermos.

Prima facie, la enfermedad es la ausencia de salud. De modo más analítico, la OMS define enfermedad como “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”³⁸. Entonces, la enfermedad no configura una discapacidad por sí sola. Es necesario que se cumplan todos los requisitos de la definición de discapacidad: la condición de salud, la deficiencia, la limitación de una actividad y la restricción de participación. Estos requisitos implican la posibilidad de dos casos: (i) persona enferma y discapacitada y (ii) persona enferma sin discapacidad.

36 *Official Records of the World Health Organizations* (1948), p. 100. Consiste en el Preámbulo a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York desde el 19 de junio al 22 de julio de 1946. Firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, entrando en vigor el 7 de abril de 1948. Para más información visitar el sitio www.who.int/en/.

37 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 35.

38 A pesar de ser numerosos los documentos encontrados en los que se referencia esta definición, no se ha encontrado la fuente primaria.

1.4 ¿Qué diferencias hay entre una persona con discapacidad y un paciente?

En medicina, la OMS utiliza el término paciente en lugar de cliente, residente o consumidor para hacer referencia a “quien recibe atención sanitaria”³⁹. A su vez, la atención sanitaria es entendida “como los servicios que reciben las personas o las comunidades para promover, mantener, vigilar o restablecer la salud”⁴⁰. La definición es flexible, porque se admite que es posible que muchos receptores de atención sanitaria, como una mujer embarazada sana o un niño al que se le suministra una vacuna, no sean considerados pacientes a no ser que se vean a sí mismos como tales. Además, la noción de atención sanitaria incluye el cuidado de la salud por uno mismo.⁴¹ No obstante, hay todavía una definición más restrictiva de paciente, donde la palabra se usa para designar a una de las partes de una relación clínica.⁴²

Estas definiciones nos permiten afirmar que la palabra paciente no es sinónimo de enfermo. De hecho, en la terminología médica se conocen los llamados “pacientes sanos”. Un paciente sano es una persona que “no posee un cuadro clínico concreto y, por tanto, no es paciente en sentido estricto. No obstante, en tanto portador de alguna predisposición genética o riesgo, en cierto modo ya es paciente al menos en dos aspectos: (i) bajo la óptica médica, un paciente sano

39 Marco Conceptual de la Clasificación Internacional para la Seguridad del Paciente de la Organización Mundial de la Salud. Informe Técnico Definitivo versión 1.1 (2009), p. 15.

40 Marco Conceptual de la Clasificación Internacional para la Seguridad del Paciente de la Organización Mundial de la Salud. Informe Técnico Definitivo versión 1.1 (2009), p. 15.

41 Marco Conceptual de la Clasificación Internacional para la Seguridad del Paciente de la Organización Mundial de la Salud. Informe Técnico Definitivo versión 1.1 (2009), p. 15.

42 Se ha señalado que la relación clínica es aquella que tiene lugar entre una persona que considera su salud amenazada y alguien que posee el saber y la técnica para hacer frente a la enfermedad y restaurar la salud comprometida o en riesgo. Hoy en día el médico no es necesariamente quien atiende al paciente sino algún otro miembro del equipo de salud, en cuyo caso estamos frente a la relación sanitario-enfermo. Sin embargo, sucede que quien consulta no necesariamente está enfermo y si acude a la consulta es justamente para que se determine su condición. Por tal razón se tiende a emplear la denominación médico-paciente para dicha relación. En nuestro medio lo habitual es hablar de la relación médico-paciente, por lo que usaremos preferentemente esta denominación, al lado de la relación clínica o de la relación médico-enfermo, según los casos. Para más, ver MENDOZA, (2017), p. 556.

es una persona en riesgo de perder su sanidad, a menos que siga indicaciones médicas (medidas dietéticas como evitar el sedentarismo, el tabaquismo, etcétera) y/o tratamiento médico concreto; (ii) desde el punto de vista subjetivo, el ‘paciente sano’ no sólo es visto como persona en riesgo de enfermar, sino que además el diagnóstico en la mayoría de los casos, afecta a la persona, y a sus familias, provocándoles consternación”⁴³.

Una persona con una discapacidad no es por ese sólo hecho un enfermo ni un paciente en sentido amplio. Naturalmente, una persona con una discapacidad puede necesitar tratamiento médico a causa de la condición de salud que es síntoma de la discapacidad, por ejemplo, si una persona sorda se realiza exámenes específicos como una audiometría. También es posible que una persona con una discapacidad necesite tratamiento médico a causa de una enfermedad no relacionada con la discapacidad, por ejemplo, si una persona ciega necesita atender un resfrío común.⁴⁴

43 AURENQUE (2017), p. 790.

44 Estos dos casos generan un tratamiento normativo parcialmente diverso. Tratamos este problema en el capítulo cuatro.

1.5 Críticas al modelo de la OMS

Las ciencias sociales y las humanidades ofrecen una mirada crítica frente a los criterios usados por la medicina. Plantean que las disciplinas científicas han influido en la manera en que la sociedad enfrenta el fenómeno de la discapacidad. Según varios autores⁴⁵, la ciencia médica ha tratado a la discapacidad como un problema exclusivamente médico y ha hecho caso omiso a sus implicancias socioculturales y políticas. En virtud de estas críticas hoy existen tres paradigmas sobre la discapacidad, eventualmente en tensión: el médico, el social y biopsicosocial.

El paradigma médico está fundado en la idea de rehabilitación y fue el dominante hasta antes de la CIF. Como respuesta a este paradigma, surgió el paradigma social que se inició en el Reino Unido con dos movimientos: *Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS)⁴⁶ y *Liberation Network of People with Disabilities*. Desde el paradigma social la discapacidad no es un atributo de la persona, sino que un fenómeno social y político producido por las limitaciones y el estigma que sufren las personas que no tienen condiciones de normalidad según cierto canon.

Las propuestas de las ciencias sociales y humanidades buscan contrarrestar el monopolio médico, ubicando al fenómeno de la discapacidad bajo la óptica de un contexto político, social y cultural. En este sentido, la comprensión de la discapacidad es otra y es paradójica, puesto que, aunque predomine el enfoque médico, en la vida diaria las personas con discapacidad tienen escasa relación y contacto con las instituciones médicas, a menos que se internen de por vida.⁴⁷

Desde el paradigma social la discapacidad no es un atributo de la persona, sino que un fenómeno social y político producido por las limitaciones y el estigma que sufren las personas que no tienen condiciones de normalidad según cierto canon.

45 Por todos, hay que revisar GARCÍA (2003); SCHALOCK (1997); CAMPBELL y OLIVER (1996); LONGMORE y UMANSKY (2000); DEJONG (1979)

46 La declaración de principios de UPIAS (1974) se puede consultar (en inglés) en <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-UPIAS.pdf>

47 MANDUJANO et al. (2007), p. 942.

Dado lo anterior, se han esbozado tres focos de crítica. Uno en relación con el concepto de discapacidad y de discapacitado. Otro referido al individualismo en el tratamiento del fenómeno de la discapacidad y, por último, la poca reflexión en términos de derechos humanos que tiene el enfoque médico. Estos son:

- 1) En cuanto a los conceptos de discapacidad y de discapacitado se afirma que la terminología médica no es neutral, sino que se asocia a la productividad de la persona en tanto trabajador. En este sentido, el término inválido y su asociación con un trabajo remunerado emergieron a partir de su descalificación como fuerza de trabajo en una relación costo-productividad, siendo aceptado implícitamente como sujeto sin valor.

El concepto de incapacidad quedó incrustado en el ámbito educativo, donde se hace referencia a la imposibilidad para adquirir un entrenamiento. El concepto de invalidez (inválido) quedó relacionado al trabajo productivo. En la vida cotidiana los sujetos efectúan actividades de autocuidado, trabajo y relación social, por lo que la connotación de inválido se sitúa dentro de la misma percepción de sujeto sin valor. Se entiende que una persona que presenta una disminución que dificulta su autonomía –temporal o permanente–, su integridad física o mental –de origen congénito o producida por la edad–, una enfermedad o un accidente, no tiene la capacidad para asistir a la escuela o para ocupar un empleo. Como señala Mandujano, “la capacidad para ir a la escuela se equipara a la actividad del trabajo, lo que es un claro reflejo de las condiciones sociales mundiales, en donde la educación es considerada un proceso natural y generalizado”⁴⁸.

- 2) La crítica al individualismo subyacente a las decisiones de los organismos internacionales, como la OMS, enfatiza que el análisis se ha orientado siempre desde la atención sanitaria de las enfermedades. En otras palabras, su trabajo ha tenido como propósito determinar las posibilidades y los costos de la rehabilitación de

los enfermos. Se afirma, entonces, que el enfoque médico es asistencialista en relación con un problema que aquejaría sólo al individuo y no a la sociedad.⁴⁹

- 3) La crítica, respecto a los derechos humanos, sostiene que el enfoque rehabilitatorio individual, implícito en la OMS, deja de lado los derechos sociales implicados en el fenómeno de la discapacidad. La perspectiva asistencialista no considera a la persona con discapacidad como un sujeto de derechos, sino que como un objeto de una política pública.

Las limitaciones del modelo médico hicieron surgir especialidades dentro de la sociología, antropología, historia y psicología para analizar la discapacidad como un problema social y comunitario.⁵⁰ Hoy cohabitan ambos paradigmas. Y se entiende que la discapacidad es un “problema creado socialmente y, sobretudo, tiene relación con la integración-inclusión de las personas en la sociedad, donde la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social”⁵¹.

La sociología define el concepto de discapacidad como “la pérdida o disminución de aptitudes o habilidades físicas, mentales o sensoriales, derivadas de alguna deficiencia fisiológica, anatómica o psicológica, que limita, dificulta o impide la realización de actividades cotidianas”⁵². La definición es mucho más laxa que la propuesta por la CIF, porque el modelo médico exige cumplir con ciertos estándares de medición y de evaluación de la discapacidad. La sociología, a diferencia de la medicina, requiere que exista un mecanismo grupal que sancione un problema funcional como una minusvalía, estigma o una desventaja social. Así, la discapacidad depende de una valoración social. No resulta de la apreciación de una persona ni tampoco de un sólo acto.⁵³ Para la sociología de la discapacidad lo relevante es la estigmatización del discapacitado como un fenómeno que relacio-

49 MANDUJANO et al. (2007), pp. 943-944.

50 GÓMEZ y CASTILLO (2016), p. 178.

51 CÓRDOBA (2008), p. 86.

52 GÓMEZ y CASTILLO (2016), p. 177.

53 GÓMEZ y CASTILLO (2016), pp. 191-192.

na un atributo (ceguera, sordera, etcétera) y un estereotipo (buena persona, mala persona, pobre, inocente, etcétera). Esta relación es compleja porque no implica sólo el rechazo social, sino que también la sobreprotección de quien es incapaz de cuidar de sí mismo. La sociedad asume que las personas en situación de discapacidad “no pueden” o “no deben” realizar ciertas conductas “por su propio bien” y, entonces, se les trata como infantes eternos.⁵⁴ La estigmatización es clara en la forma convencional de pensar situaciones en donde, por ejemplo, se interroga si las personas en silla de ruedas, con problemas psicológicos o emocionales y, entonces, con algún tipo de discapacidad, pueden (o no) o deben (o no) tener relaciones sexuales.

54 GÓMEZ y CASTILLO (2016), p. 192.

1.6 El concepto de diversidad funcional

La noción de diversidad funcional surge en el Foro de Vida Independiente (FVI) en España⁵⁵, que es una versión del movimiento Vida Independiente proveniente de los países angloamericanos. La “vida independiente es un paradigma, un modelo desde el que la persona con discapacidad ejerce su plena capacidad de elección como ser humano y ciudadano en plenitud de condiciones, en libertad, de modo individual, controlando todos y cada uno de los aspectos de su vida para acceder al mismo rango de igualdad de derechos y deberes que sus conciudadanos sin discapacidad”⁵⁶.

Los principios básicos de la filosofía de vida independiente son: el reconocimiento de derechos humanos y civiles, la autodeterminación, la autoayuda, la posibilidad de ejercer poder, la responsabilidad sobre la propia vida y el derecho a asumir riesgos. La vida independiente demanda una fuerte autonomía moral de las personas en situación de discapacidad, evitando la sobreprotección, la institucionalización y la medicalización frecuente en nuestras sociedades.⁵⁷

La noción de diversidad funcional desarrollada por Román y Lobato (2005) se apoya en dos tesis. En primer lugar, que la idea de deficiencia física, sensorial, intelectual o del desarrollo es interpretada (por el paradigma OMS) como una situación no deseada, lo cual lleva a considerar, en algunos casos, que una persona en situación de discapacidad tiene una vida que es mejor que no sea vivida.⁵⁸ En

55 <http://forovidaindependiente.org>

56 MARAÑA (2004), p. 21.

57 IAÑEZ (2009).

58 Famoso es el caso del dramático y tenso debate entre el filósofo Peter Singer –que suscribiría sin duda la tesis de que hay vidas que no merece la pena vivir– y Harriet McBryde Johnson, abogada, escritora y activista por los derechos de las personas con discapacidad, aquejada por una severa enfermedad neuromuscular que, finalmente, le arrebató la vida en 2008. En ese intercambio, Singer –perdiendo su compostura– parece no creerle a MacBryde Johnson que es feliz. El testimonio de ese altercado fue recogido de la pluma de la propia autora en el *New York Times* el año 2003 (<https://www.nytimes.com/2003/02/16/magazine/unspeakable-conversations.html>). A pesar de este desencuentro inicial, Singer y MacBryde Johnson mantuvieron contacto esporádico. De hecho, luego de su muerte, el filósofo australiano escribió un elogioso obituario en el mismo periódico (<https://www.nytimes.com/2008/12/28/magazine/28mcbryde-t.html>).

segundo lugar, los valores, principios y derechos proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos no se han hecho efectivos para la mayoría de las personas en situación de discapacidad.⁵⁹ La conexión entre estas dos tesis es causal. La causa de la discriminación de las personas en situación de discapacidad está en la consideración de la deficiencia como una situación indeseable. Así, el foco de la crítica está en la noción de deficiencia, porque ella es el origen de la discriminación. Para reemplazar las nociones de deficiencia y discapacidad se postula la idea de diversidad para generar nuevas visiones y relaciones sociales.⁶⁰

Tal como señala Canimas, la “locución personas con diversidad funcional ha tenido una rápida aceptación en algunos círculos académicos y profesionales y poco a poco parece extenderse”⁶¹. El problema es que su significado preciso sólo es aceptado por los activistas. La expresión “diversidad funcional” sigue denominando a personas a quienes se les juzga por poseer una deficiencia orgánica que les causa entorpecimientos en su interacción con otros y el mundo.

Más allá de la crítica al paradigma de la OMS, parece claro que los conceptos de deficiencia y discapacidad son imprescindibles en algunos contextos lingüísticos, como en el derecho. La necesidad de valorar una diversidad orgánica como positiva (normal) o negativa es necesaria para los jueces. Sin ninguna valoración no es posible, tal como argumentan los defensores del concepto de diversidad funcional, asignarle una medida de discriminación positiva debido a que está en una situación de desventaja. Tampoco sería posible, por ejemplo, que un juez pueda ordenar a los padres de un menor de edad que corrijan una disfunción mediante el uso de una terapia de bajo costo, eficaz, razonable y sin riesgos.

59 PALACIOS (2008).

60 Así lo han señalado diversos autores, entre los que destacan ROMANACH y LOBATO (2005); PALACIOS y ROMANACH (2006), (2008); PIÉ (2012), (2014).

61 CANIMAS (2015).

1.7 Material complementario sobre el capítulo

Videos de la OMS

A continuación, se presentan tres videos cortos en que aparecen diversas mujeres con discapacidades de Bolivia, El Líbano y Reino Unido que examinan cómo ellas han afrontado y superado los obstáculos encontrados.

El primer corto es de Feliza, una mujer de Bolivia que dirige una campaña para eliminar las barreras de acceso en su ciudad natal y expresa sus esperanzas para el futuro:

https://www.who.int/mediacentre/multimedia/videos/what_is_disability_feliza/es/

El segundo video es de Mia, una mujer con deficiencia intelectual de Beirut, quien habla de la discriminación de la que ha sido objeto en cuanto a la educación y de la necesidad de que las personas con discapacidad se defiendan a sí mismas:

https://www.who.int/mediacentre/multimedia/videos/what_is_disability_mia/es/

El tercer corto es de Rachael, una mujer con déficit de crecimiento originaria del noreste de Inglaterra, quien nos habla de los obstáculos que ha tenido que vencer para poder acceder a la formación y empleo como enfermera:

https://www.who.int/disabilities/world_report/what_is_disability_rachael/es/

Charlas TED

Charla de Constanza Orbaiz, psicopedagoga que habla sobre su perspectiva sobre la discapacidad:

<https://www.youtube.com/watch?v=4NuF4HD94Qs>

Charla de Ana Clara Tortone sobre la necesidad de desdramatizar la discapacidad en la sociedad actual a través del relato de historias cotidianas:

<https://www.youtube.com/watch?v=ignS0Hz0S90>

Charla de Daniel Galindo que trata sobre una aplicación que presenta una solución para las personas que tienen discapacidad en la comunicación:

<https://www.youtube.com/watch?v=-15pVxm4Mzc>

Preguntas sobre el capítulo 1

En esta sección hay 15 preguntas sobre los conceptos centrales del capítulo. Las primeras 10 son de opción múltiple y las 5 restantes son de verdadero o falso. Las respuestas correctas están listadas al final del libro.

A. Opción múltiple

1) ¿Qué es la CIF?

- a. Clasificación de la OMS sobre varios aspectos de la salud.
- b. Clasificación de la OMS sobre tipos de discapacidad.
- c. Es un marco conceptual sobre la discapacidad.

2) ¿Qué significa la expresión *funcionamiento* en el contexto de la clasificación CIF?

- a. Concepto que engloba deficiencias, limitaciones y restricciones.
- b. Concepto global, sobre funciones corporales, limitaciones y actividad.
- c. Concepto global, sobre funciones corporales, actividades y participación.

3) ¿Qué significa la expresión *discapacidad* en el contexto de la clasificación de la CIF?

- a. Deficiencias, limitación de participación y funciones.
- b. Deficiencias, limitaciones de actividad y restricción en participación.
- c. Deficiencias, limitaciones de actividad y funciones.

4) ¿Qué es una deficiencia?

- a. Problemas en las funciones o estructuras corporales.
- b. Problemas en la actividad y en la participación.
- c. Problemas en las funciones y participación.

5) ¿Qué se entiende por limitaciones en la actividad?

- a. Problemas en el desempeño/realización de actividades por la discapacidad.
- b. Problemas de un individuo al involucrarse en situaciones vitales.
- c. Dificultades en el desempeño/realización de actividades.

6) ¿Qué se entiende por restricciones en la participación?

- a. Dificultades de un individuo en involucrarse por la discapacidad.
- b. Problemas de un individuo al involucrarse en situaciones vitales.
- c. Dificultades en el desempeño/realización de actividades.

7) El objetivo principal de la CIF es:

- a. Dar un lenguaje adecuado y un marco conceptual para la discapacidad.
- b. Dar un lenguaje adecuado y un marco conceptual para el funcionamiento.
- c. Dar un lenguaje adecuado y un marco conceptual para la descripción de la salud.

8) Los componentes del funcionamiento y la discapacidad se pueden emplear para:

- a. Indicar problemas (discapacidad) y clasificar enfermedades.
- b. Indicar problemas (“discapacidad”) y aspectos no problemáticos (neutral).
- c. Indicar problemas (neutral) y aspectos no problemáticos (“discapacidad”).

9) ¿Cómo se evalúan las limitaciones o restricciones conforme a la CIF?

- a. Contrastándolas con los estándares comúnmente aceptados en la población.
- b. Contrastándolas con las enfermedades comunes.
- c. Contrastándolas con lo que el común de la sociedad piensa.

10) La CIF es un instrumento válido:

- a. Sólo para las personas discapacitadas.
- b. Para todas las personas.
- c. Sólo para las personas con deficiencias.

B. Verdadero o falso

- 11) ¿Es correcto afirmar que la CIF es una clasificación de las consecuencias de las enfermedades?
- 12) ¿La CIF clasifica a las personas entre funcionales y discapacitadas?
- 13) ¿La CIF tiene un concepto amplio de salud que cubre circunstancias originadas por factores socioeconómicos?
- 14) ¿LA CIF presenta las deficiencias como una desviación a la normalidad?
- 15) ¿Discapacidad puede ser definida como la compleja relación entra la salud y factores personales y externos?



¿Son relevantes
el derecho a la vida
y el derecho a la salud
en los casos
de discapacidad?

2.1 Presentación

El objetivo de este capítulo es doble. En primer lugar, demostrar que el derecho a la vida se distingue de la noción de calidad de vida y, entonces, que no es aplicable en la mayoría de los casos de discapacidad. En segundo lugar, demostrar que, en el derecho a la salud, sólo dos de las tres obligaciones constitucionales explícitas son relevantes en la mayoría de los casos de discapacidad. Al respecto, cabe destacar que el tratamiento que se le otorga al derecho a la vida y al derecho a la salud es muy breve: el primero sólo se estudia para ser descartado en los casos que se analizarán, con el fin de justificar la limitación del impacto del segundo en materia de discapacidad.

2.2 El derecho a la vida

El derecho a la vida no está definido en la Constitución ni en la legislación nacional. Hay intentos de definición en la jurisprudencia y en la doctrina. El titular del derecho según la Constitución es toda persona. En términos generales, en la doctrina sólo se ha discutido la posición del *nasciturus*.⁶² De acuerdo con los artículos 6, 7 y 20 de la Constitución, los destinatarios del derecho son el Estado y los particulares, pues los derechos fundamentales operan en relaciones verticales (Estado-ciudadano), como horizontalmente (ciudadano-ciudadano).⁶³ Según Figueroa⁶⁴, quien respalda a Thomson, en lo que respecta al objeto del derecho a la vida hay cinco concepciones, las cuales son:

- 1) *El derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida.* Figueroa cita a Evans, quien señala: “[T]odo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida (...) La vida, por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal...”⁶⁵.
- 2) *El derecho a la vida consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad.* Figueroa cita a Cea, quien afirma: “(...) el derecho a la vida abarca los progresos de las ciencias biológicas y de la técnica médica para salvar la existencia de quien padece enfermedades que la ponen en peligro, o bien de proporcionarle una extensión de su vivencia con dignidad (...)”⁶⁶.

62 Una revisión brevísima de la literatura reciente, que fue convertida en historia del derecho por la sentencia TC rol 3729-17, tiene como punto de partida los siguientes textos: DOYHARÇABAL (1994); BASCUÑÁN (2004); CORRAL (2005); HENRÍQUEZ (2006); MAYER (2011).

63 FIGUEROA (2008).

64 FIGUEROA (2008).

65 EVANS (2004), p. 113.

66 CEA (2004), p. 94.

- 3) *El derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato.* En otras palabras, a que nos den aquello que mínimamente necesitamos para que la vida continúe. Dice Thomson: “*In some views having a right to life includes having a right to be given at least the bare minimum one needs for continued life*”⁶⁷. A juicio de Figueroa, “si una persona está desfalleciendo de hambre y necesita, por ende, ingerir alimentos, su derecho a la vida comprende el derecho a recibir alimentos. O si está a punto de congelarse y la forma de evitarlo es permitiéndole entrar en mi casa, entonces su derecho a la vida comprende el derecho a entrar en mi casa. Esta concepción tiene algún parecido con aquella según la cual la persona tiene derecho a vivir y seguir viviendo, pero no son idénticas, pues la concepción que ahora se explica no supone la inmortalidad”⁶⁸.
- 4) *El derecho a la vida simplemente como el derecho a que no nos maten.* Esta concepción implica una obligación que recae sobre terceros, que consiste en no matar de forma absoluta. “En la doctrina nacional no se advierten autores que abiertamente y de modo directo suscriban esta postura, cuando explican en qué consiste el derecho a la vida. Sin embargo, la situación cambia cuando se refieren al *nasciturus* con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de aborto en tres causales (rol 3729-17)”⁶⁹.
- 5) *El derecho a la vida consiste en que no nos maten arbitrariamente.* Según Figueroa, esta es la concepción correcta del derecho a la vida en la medida que cuenta con dos ventajas: la cláusula de arbitrariedad impide que el derecho se entienda de forma absoluta; además, evita confundir el derecho a la vida con el derecho a la salud y con el derecho a la integridad física.⁷⁰

67 THOMSON (1971), p. 55; THOMSON (1999).

68 FIGUEROA (2008).

69 FIGUEROA (2008) en que cita como ejemplo a PRECHT (1992).

70 FIGUEROA (2008) en que cita como ejemplo la obra de VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2005).

Tanto la primera concepción, como la segunda, cuarta y quinta se expresan en la doctrina nacional, mientras que la tercera es defendida por Thomson en la doctrina norteamericana.⁷¹ Al final de este apartado planteamos una sexta sobre el derecho a la vida y presentamos la posibilidad de que todas estas concepciones coexistan en nuestro derecho.

2.2.1 Confusión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud

A juicio de Figueroa, el derecho a la salud no significa el derecho a estar sano o a recuperar la salud porque eso puede ser imposible. El derecho a la salud consiste en el derecho a recibir prestaciones médico-sanitarias⁷² o, más específicamente, un mínimo sanitario decente, un conjunto específico de prestaciones médico-sanitarias que se garantizan universalmente a toda la población.⁷³ En este sentido, se viola el derecho a la vida de una persona cuando se la mata arbitrariamente. Por el contrario, se viola el derecho a la salud de esa misma persona cuando no se ejecutan las prestaciones médico-sanitarias relevantes (suponiendo que tenga derecho a exigir las). Así, es posible infringir el derecho a la vida sin vulnerar el derecho a la salud y viceversa. Por ejemplo, quien mata de forma arbitraria e instantánea a otra persona que está sana viola su derecho a la vida, pero no su derecho a la salud. A la inversa, quien no otorga prestaciones de salud a una persona que tiene derecho a ellas sin causarle la muerte viola su derecho a la salud, pero no su derecho a la vida. Naturalmente, también es posible infringir ambos derechos de forma simultánea.

2.2.2 Confusión entre el derecho a la vida y la integridad física y psíquica

Figueroa también rechaza la confusión entre el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica.⁷⁴ Critica la confusión usando dos argumentos. Sostiene que si lo que se quiere decir es que la tortura o la mutilación de una persona afecta su calidad de

71 FIGUEROA (2008).

72 FIGUEROA (2008).

73 ZÚÑIGA (2010), pp. 113-130.

74 Por ejemplo, VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2005), p. 198, señalan: "Si una persona es mutilada o torturada, ya sea física o psicológicamente, se está atentando en contra de su vida".

vida, la afirmación es trivial. En cambio, si lo que se quiere decir es que se afecta el derecho a la vida, la afirmación es errada, porque es posible torturar a alguien sin matarlo.⁷⁵

A juicio de Figueroa, “el objeto del derecho a la integridad física y psíquica es la obligación de no conculcar la integridad física o psíquica de alguien”⁷⁶. Entonces, se daña la integridad física cuando se mutila a alguien y, en cambio, se vulnera su integridad psíquica cuando se afecta su autopercepción con tormentos, humillaciones o afectando su autorrespeto.⁷⁷

2.2.3 ¿Existe una sexta concepción del derecho a la vida?

Creemos que existe una sexta concepción del derecho a la vida que Figueroa no considera en su texto. Esta es 6) *la concepción de la vida como el derecho a la elección y a la ejecución de un plan de vida*. En nuestra jurisprudencia hay un caso en que se expresa esta concepción, donde los jueces señalan:

(...) se ha sostenido que “el derecho a la vida no se limita al derecho a conservar la vida biológica” sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de esos valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona. Así, el derecho a la vida además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a “hacer la vida” (Figueroa Yáñez, Estudios de Derecho Civil 2007, p. 32). En buenas cuentas, el derecho a la vida constitucionalmente garantizado supone, primero y obviamente, el derecho a que no se nos prive de nuestra continuidad biológica, pero además, implica el derecho a decidir los parámetros con los cuales viviremos nuestra existencia física y espiritual. Del artículo 19 N° 1 de la Constitución no se sigue, entonces, la existencia de un deber de vivir (en el sentido primario de conservar ciertas funciones biológicas) a todo evento,

75 FIGUEROA (2008).

76 SUSSMAN (2005).

77 SUSSMAN (2005).

a cualquier costo y bajo cualesquiera condiciones, si ello supone una radical vulneración de la autonomía individual, y particularmente, de la dignidad intrínseca de la persona humana.⁷⁸

Analizar esta sentencia y darle contenido a esta concepción exige revisar someramente la noción de plan de vida. Aristóteles⁷⁹ atribuye a cada persona un plan racional que define sus objetivos de vida (cómo quiere vivir, qué trabajo quiere desarrollar, qué objetivos quiere perseguir). Asume que las personas experimentan mayor realización si hacen aquello para lo cual se sienten más versados y, que entre dos cosas que se hacen igualmente bien, en general si prefieren la que es más difícil. Rawls, siguiendo a Aristóteles, señala: “El principio dice que el que sabe hacer las dos cosas, por lo general prefiere jugar ajedrez que a las damas, y que pondrá más disposición en estudiar álgebra que aritmética”⁸⁰. Ello es así, porque la autoestima y el autorrespeto sostienen el plan de vida⁸¹ y las personas nos sentimos satisfechas cuando hacemos cosas difíciles que nos permiten desarrollar virtudes y capacidades.⁸² Luego, cuando una persona siente que está cumpliendo con su propio plan de vida obtendrá, por un lado, su autorrealización o su satisfacción personal y, por otro, esa satisfacción generará el respeto y valor por los demás y de los demás.

Para materializar cualquier plan de vida es necesario contar con medios, herramientas, instrumentos, materiales o requisitos. Cualquier individuo racional sabe que necesita libertad, salud, dinero, tiempo, trabajo y otros medios para realizar su plan de vida. Entonces, el plan de vida es un patrón de medida, es decir, un estándar que define lo que cuenta como un bien para alguien. El dinero, por ejemplo, puede ser un bien en el plan de vida de un abogado y no serlo en el plan de vida de un monje franciscano. En el caso jurisprudencial que hemos

78 ZÚÑIGA (2009) pp. 279-290.

79 RAWLS (1971) ofrece, en la nota 20 de la página 426, sus referencias de lectura de la *Ética a Nicómaco*. Señala como relevantes el libro VII, partes 11-14, y el libro X, partes 1-5. Además, añade como lectura complementaria el capítulo XIV del libro de Hardie titulado *Aristotle's Ethical Theory* (1968) y el libro de Field, titulado *Moral Theory: an Introduction to Ethics* (1966).

80 RAWLS (1971), p. 426.

81 RAWLS (1971), pp. 62, 107, 440.

82 RAWLS (1971), p. 433.

citado, el tratamiento médico no era un bien según el plan de vida de la persona sobre la que se decide, pero podría llegar a serlo en el plan de vida de otro.

En igualdad de circunstancias, si comparamos los planes de vida de dos médicos, de dos abogados o de dos enfermos de cáncer, típicamente, ellos preferirán mayores y más amplias libertades y oportunidades que menos, y más dinero que menos.⁸³ Pero esta máxima es sólo una regla general que admite excepciones.

La idea de que el plan de vida es el único estándar que determina qué es un bien para una persona, implica sostener que lo bueno para cada persona depende de sus propios intereses, facultades y circunstancias. Cuando afirmamos que algo es bueno para otro ser (el pasto es bueno para la gallina, el dinero es bueno para Pedro, el trabajo es bueno para María), lo que intentamos hacer es ponernos en el lugar de esa otra persona y valorar la utilidad que tiene esa cosa o actividad en el logro de los objetivos que persigue. Aquí es muy importante considerar que ponerse en el lugar del otro y respetar un plan de vida ajeno no implica estar de acuerdo con la corrección moral de ese plan de vida. Se puede afirmar que alguien es un buen ladrón o una buena trabajadora sexual sin querer decir que es bueno robar o ejercer el trabajo sexual.⁸⁴ Aquí buen ladrón y buena trabajadora sexual son expresiones que sólo implican juzgar la acción de esa persona como coherente con su plan de vida. Entonces, se puede afirmar, sin temor a caer en una contradicción, que para ese ladrón una buena gonzúa es un bien necesario para su plan de vida y que para la trabajadora sexual es un bien contar con un determinado aspecto físico. Todo ello sin comprometerme con la calidad moral del plan de vida de cada cual.

83 RAWLS (1971), p. 396.

84 Dice Rawls: "Se puede decir de un hombre que es un buen espía o asesino, sin aprobar sus capacidades. Aplicando la definición a este caso, se interpretaría que estamos diciendo que el individuo a quien nos referimos tiene los atributos que es racional desear en un espía o en un asesino, dadas las funciones que se espera de los espías y de los asesinos. Esto no implica que desear que los espías y los asesinos hagan lo que hacen sea debido". RAWLS (1971), p. 403.

Ahora que sabemos qué es un plan de vida y qué es un bien, podemos preguntarnos ¿es correcta esta sexta concepción del derecho a la vida? Siguiendo el criterio de Figueroa, esta concepción no es correcta, porque confunde el derecho a la vida con las condiciones que deben cumplirse para que las personas puedan ejecutar un proyecto de vida pleno o exitoso. El razonamiento se basa en tres niveles de obligaciones que surgen del derecho a la vida⁸⁵:

- a. *Obligación primaria de respetar*. Es una obligación negativa que recae en el Estado y que consiste en abstenerse de lesionar el derecho a la vida. La obligación se cumple cuando el Estado no mata a un individuo injustificadamente.⁸⁶
- b. *Obligación secundaria de proteger*. Esta es una obligación positiva que impone al Estado el deber de adoptar medidas concretas para impedir que terceros priven al titular de su derecho, es decir, que maten al individuo arbitrariamente.⁸⁷
- c. *Obligación terciaria de satisfacer-cumplir*. Esta es una obligación positiva que impone al Estado el deber de realizar acciones concretas para lograr el goce efectivo y pleno del derecho. A juicio de Figueroa, el Estado no tiene obligación de hacer cosas para que la vida de las personas sea más plena o significativa para ellas como consecuencia del derecho a la vida. Quizá el Estado pueda tener alguna obligación de medios conducente a esos objetivos –que se derive de otros principios–, por ejemplo la dignidad como criterio constitucional, pero no del derecho a la vida.⁸⁸

A partir de estos tres niveles de obligaciones, es claro que en la mayoría de los casos de discapacidad el derecho a la vida no es relevante para tomar la decisión judicial.

85 FIGUEROA (2008).
86 FIGUEROA (2008).
87 FIGUEROA (2008).
88 FIGUEROA (2008).

2.2.4 Configuraciones posibles y un par de prevenciones

El modelo de análisis propuesto por Figueroa no excluye la posibilidad de que diversas concepciones del derecho convivan pacíficamente dentro de la jurisprudencia, manifestando una concepción más general sobre el derecho a la vida. De los seis significados que hemos desarrollado, resultan incompatibles (de forma absoluta) la cuarta y quinta concepción. La cuarta, que plantea que el derecho a la vida consiste en que no se nos mate arbitrariamente, reconociendo circunstancias habilitantes que podrían justificar dar muerte a otro bajo la forma de una norma permisiva implícita o no expresada. Este sería el caso de la muerte asistida y de la eutanasia, conforme a la actual regulación. Al existir consentimiento de quien desea terminar con su vida, no habría arbitrariedad y, entonces, la concepción defendería la existencia de un permiso implícito que permite estos comportamientos.

En cambio, según la quinta concepción, el derecho a la vida consiste en una prohibición absoluta de dar muerte a otro, de tal forma que no existen circunstancias habilitantes ni normas permisivas implícitas que hagan excepción a la vida. No habría problema con la pena de muerte del Código de Justicia Militar ni con la legítima defensa porque hay permisos explícitos en ambos casos. Sin embargo, la muerte asistida y/o la eutanasia se convierten en un problema, porque en ausencia de normas lo discutido es si ese comportamiento está permitido o no. Debido a que no permite la existencia de permisos que habilitarían a un sujeto a dar muerte a otro, se trata de dos concepciones mutuamente excluyentes.

Con todo, hay que notar que ambas concepciones se pueden circunscribir a una discusión específica sobre un mínimo del derecho a la vida, que consiste en parámetros que hacen reconocible el derecho. Las restantes concepciones no responden, en cambio, a una prohibición, sino a un cúmulo de otras posiciones jurídicas subjetivas que podrían (o no) ser atribuidas al titular en razón del derecho. Así, las discusiones entre las concepciones 1), 2), 3) y 6) parece ser una discusión en torno al máximo posible de abarcar con el derecho a la vida, en la medida que responden a la pregunta sobre cuánto más estamos dispuestos a agregar al derecho en cuestión.

Entre las concepciones 1), 2), 3) y 6) pueden existir desacuerdos, pero ellos no son absolutos o totales, de tal forma que surgen sólo respecto de ciertos aspectos del derecho a la vida. De esta manera, no parecen existir dudas respecto de quienes apoyen las concepciones sobre: el derecho a una vida digna, a recibir todo lo mínimamente necesario para sobrevivir en lo inmediato, o el derecho a permanecer con vida. Ellos pueden estar de acuerdo en entregar medicamentos costosos que sean necesarios para mantener con vida a una persona. Del mismo modo, no existirían conflictos entre estas concepciones cuando la cuestión es el derecho a desarrollar un plan de vida (siempre que este implique seguir viviendo).

Fuera de los casos sobre disponibilidad de la vida humana, es posible notar una tendencia jurisprudencial a ampliar el contenido del derecho a la vida y agregar una sumatoria de posiciones jurídicas subjetivas que no parecen poder resumirse bajo la concepción minimalista. En otra vereda, las concepciones maximalistas del derecho se han usado para fundamentar un determinado estándar de “calidad de vida”, al determinar el acceso a medicamentos de alto costo para garantizar la supervivencia de una persona o bien para autorizar la suspensión de un tratamiento en el caso de que éste sea percibido como una afrenta a la autonomía del propio paciente.

2.3 El derecho a la protección de la salud

El objeto del derecho a la salud es, como ya se dijo, el acceso y ejecución de un conjunto de prestaciones médico-sanitarias que se concretizan en un mínimo sanitario decente y no en un resultado.

La Constitución de 1980 establece el derecho a “la protección de la salud”. Ni en el texto constitucional ni en el legal hay una definición explícita de salud o de protección de la salud. Actualmente, nadie discute su calidad de derecho justiciable. El titular del derecho, según la Constitución, es toda persona. El destinatario del derecho es el Estado y los particulares, pues los derechos fundamentales operan tanto en las relaciones verticales (Estado-ciudadano) como horizontalmente (ciudadano-ciudadano), de acuerdo con los artículos 6, 7 y 20 de la Constitución.⁸⁹

El objeto del derecho a la salud es, como ya se dijo, el acceso y ejecución de un conjunto de prestaciones médico-sanitarias que se concretizan en un mínimo sanitario decente y no en un resultado. El derecho a la salud no puede interpretarse como un derecho a estar sano.⁹⁰ El Comité DESC⁹¹ declara explícitamente que: “8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano (...) El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En el ámbito prestacional, se aprecia el derecho relativo a la existencia de un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”⁹².

El Estado tiene tres obligaciones explícitas según el texto constitucional y, a juicio de Figueroa, el listado no es taxativo:

89 FIGUEROA (2013).

90 FIGUEROA (2013).

91 Para más información sobre el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales visitar el sitio <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

92 FIGUEROA (2013) cita la Observación General N° 12, párrafo 8.

- 1) *Proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo.* Implica asegurar de forma global la protección de la salud. La promoción supone la generación de políticas públicas. La protección apunta a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de servicios sanitarios. La recuperación considera los tratamientos terapéuticos y paliativos. La rehabilitación supone la recuperación de las funciones fisiológicas necesarias para la realización de actividades cotidianas como trabajar, jugar, estudiar, etcétera.
- 2) *Coordinación y control de las actividades relacionadas con la salud.* Esta obligación sitúa al Estado en la posición de máxima autoridad respecto a las actividades relacionadas con la salud.
- 3) *Garantizar la ejecución de las acciones de salud.* Impone al Estado la realización de acciones para asegurar que existan organismos que proporcionen atención médico-sanitaria a las personas.

El contenido del derecho a la salud consiste en la conducta de un tercero. En primer término, el principal obligado es el Estado en virtud del efecto vertical de los derechos. En segunda instancia, los particulares resultan obligados debido al efecto horizontal. Al igual que en el derecho a la vida, hay tres niveles de obligaciones:

- a. *Obligación primaria de respetar.* Es una obligación negativa que recae en el Estado, que consiste en abstenerse de interferir en la libertad de las personas para tomar decisiones en relación con su cuerpo y salud. Sobre esta obligación, los Estados deben: (i) abstenerse de denegar o limitar el acceso igualitario de todas las personas a los servicios de salud; (ii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado o en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer; (iii) abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica; (v) censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente

información relacionada con la salud, incluida la educación sexual; y (vi) abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra.⁹³

- b. *Obligación secundaria de proteger*. Esta es una obligación positiva en cuya virtud el Estado tiene el deber de adoptar medidas concretas para impedir que terceros interfieran en la salud de las personas. Según Figueroa, en esta obligación “el Estado debe: (i) adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud; (ii) velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; (iii) controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología; (iv) velar porque las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten el acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia, impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales (mutilación de los órganos genitales) y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad”⁹⁴.
- c. *Obligación terciaria de satisfacer-cumplir*. Es una obligación positiva que impone al Estado el deber de contar con un sistema protector de la salud, que permita a las personas disfrutar del más alto nivel de salud posible. Esta es una obligación muy amplia y difusa, como en cualquier derecho social, e incluye aspectos como prestación de servicios (salud reproductiva, materna e infantil, etc.), disponibilidad de medios (el acceso a fármacos básicos), infraestructura pública (el acceso de agua potable) y cuestiones ambientales (existencia de lugares de trabajo saludables o con riesgos acotados).⁹⁵

93 FIGUEROA (2013) cita la Observación General N° 14, párrafo 34.

94 FIGUEROA (2013) cita la Observación General N° 14, párrafo 35.

95 FIGUEROA (2008) cita la obra de VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2005).

2.4 Posible conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud

El cumplimiento de esta obligación es progresivo y el Estado tiene un margen de discrecionalidad para ejecutar las prestaciones. Siguiendo con Figueroa, hay que distinguir el incumplimiento por incapacidad de recursos estatales del incumplimiento por falta de voluntad política. Sin embargo, hay estándares universales mínimos que el Estado no puede eludir.⁹⁶ De acuerdo a las observaciones del DESC, citadas por Figueroa, entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes: (i) velar por la atención de la salud genésica, materna e infantil; (ii) proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; (iii) adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; (iv) impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad; (v) proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud.⁹⁷

Acorde a una perspectiva diferente, Zúñiga propone que sí es posible hablar de una conexión necesaria entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, debido a que la negativa a proporcionar ciertas prestaciones médicas causaría un deterioro en la (calidad de) vida de las personas.⁹⁸ Conforme a este criterio, graves atentados contra el derecho a la salud son también afectaciones del derecho a la vida. Esta postura busca superar la tajante separación que realiza nuestra Constitución entre derechos que se encuentran garantizados por vía de acción de protección y los derechos que no gozan de aquella. De esta manera, se argumenta que un derecho no tutelado (la salud) puede subsumirse, en algún ámbito, dentro de otro que sí es susceptible de tutela judicial (la vida). Por lo tanto, la negativa a

96 Privar a un grupo significativo de personas de acceso al agua potable es un ejemplo. El caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay es una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre una obligación de este tipo.

97 Observación del DESC citada por FIGUEROA (2013).

98 ZÚÑIGA (2010), (2011).

La tesis de la conexión entre salud y vida también es innecesaria si se adopta una concepción amplísima de derecho a la vida en que implique, por sí mismo, la entrega de prestaciones médicas cuando la vida de un paciente esté en riesgo. Así ha sucedido con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de medicamentos de alto costo.

otorgar prestaciones médicas, ámbito típicamente resguardado por el derecho a la salud, resultaría justiciable cuando de su ausencia se sigue una amenaza, perturbación o privación del derecho a la vida.

Al respecto debemos realizar un par de comentarios. Este modo de razonar es plausible únicamente si se admite una concepción amplia del derecho a la vida: como vida digna, como derecho a permanecer con vida, como derecho a recibir lo necesario para sobrevivir en lo inmediato o como derecho a desarrollar un plan de vida determinado. Al contrario, las concepciones que resultan minimalistas, como la prohibición de matar a otro, son incompatibles con esta forma de argumentar.

La tesis de la conexión entre salud y vida también es innecesaria si se adopta una concepción amplísima de derecho a la vida en que implique, por sí mismo, la entrega de prestaciones médicas cuando la vida de un paciente esté en riesgo. Así ha sucedido con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de medicamentos de alto costo, donde se ha sostenido el derecho de pacientes en riesgo vital a prestaciones médicas, argumentando únicamente desde el derecho a la vida y sin nombrar el derecho a la salud. Si se acepta que este derecho implica por sí mismo el acceso a este tipo de prestaciones, entonces conectarlo con el derecho a la salud se vuelve innecesario: todo es derecho a la vida.⁹⁹

Cabe entonces preguntarnos cuándo, o bajo qué supuestos, la tesis de la conexión se vuelve relevante para la solución de un caso en que se requieran prestaciones médicas. Pues bien, para que ello ocurra se debe aceptar una distinción previa: por un lado, existen derechos de prestación en sentido estricto, vale decir que su satisfacción requiere del uso de recursos económicos estatales. Por otro, existen otros

99 Siguiendo el análisis de ZÚÑIGA (en imprenta) no “es exagerado sostener que 2018 ha sido el año de la judicialización de la salud”. La Corte Suprema, continúa la autora, ha acogido acciones de protección destinadas a asegurar la cobertura de tratamientos médicos argumentando que: i) el derecho a la vida puede ser afectado tanto por actos como por omisiones (rol N° 25.009-18, de 2 de enero de 2019 y N° 17.043-18, de 6 de noviembre de 2018), y ii) el derecho a la vida debe prevalecer ante consideraciones económicas (rol N° 25.009-18, de 2 de enero de 2019; N° 17.043-18, de 6 de noviembre de 2018 y N° 43.250-17, de 29 de diciembre de 2017). Agradecemos a la autora permitirnos acceder a la versión aún no publicada de su trabajo.

derechos que son satisfechos únicamente mediante omisiones o acciones que no requieren del uso de recursos económicos estatales. La caracterización clásica de los derechos sociales como derechos costosos y de los derechos liberales (civiles y políticos) como derechos baratos obedece a esta distinción.

Si se acepta lo anterior, es posible señalar que el derecho a la vida no puede, por sí solo, justificar el acceso de enfermos, pacientes o personas con discapacidad a prestaciones económicas que impliquen un gasto estatal. El derecho a la salud sería, en cambio, idóneo para realizar tal justificación, pero no puede utilizarse dada la separación que realiza nuestra Constitución respecto de la procedencia de la acción de protección, de tal forma que su invocación requiere de un paso previo. Este paso previo es –precisamente– la tesis de la conexión entre la vida y la salud, que podría comprenderse como un argumento en favor del acceso a las prestaciones costosas que utiliza –como premisa– un derecho justiciable y un derecho no justiciable –que comparten un ámbito de protección–, que sería la salud del paciente, afectada al punto de vulnerar su vida.

En cambio, si se rechaza la distinción entre derechos de prestación y derechos no prestacionales –y aceptamos que el derecho a la vida puede ser un derecho prestacional, esto es, que puede justificar por sí mismo el uso de recursos estatales para satisfacer una pretensión–, entonces existiría la posibilidad de que no sea necesario acudir a ningún otro derecho fundamental.

Frente a lo anterior, hay una alternativa disponible –que no depende de la conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud– para dotar a este último de un contenido normativo exigible. Apoyándonos en Zúñiga¹⁰⁰, con la entrada en vigor de la Ley N° 19.966 se estableció un Régimen de Garantías en Salud para asegurar a todas las personas el acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna. Ello se traduce en que el Sistema Nacional de Salud obliga a los prestadores públicos (Fonasa) y privados (Isapre) a “proporcionar

100 ZÚÑIGA (2011), pp. 53-60.

planes de salud contruidos sobre la base de ciertas prioridades sanitarias con las siguientes garantías explícitas: (i) garantía de acceso, conforme a la cual todos los individuos deberán recibir atención y ser parte de una red de salud en su lugar de residencia; (ii) garantía de oportunidad, según la cual habrá un límite máximo de tiempo preestablecido para asegurar tanto la primera atención de las personas, como la atención posdiagnóstico; (iii) garantía de calidad, que asegura que las prestaciones seguirán patrones de exigencia técnica preestablecidos y contruidos a partir de pruebas de evidencia médica, y (iv) garantía de cobertura financiera, en virtud de la cual el pago de las prestaciones no será un obstáculo para recibir los servicios asociados al sistema AUGE”¹⁰¹.

La ley citada dota de contenido a la obligación constitucional terciaria de satisfacer-cumplir el derecho a la salud. En consecuencia, los prestadores deben ofrecer a todos sus usuarios, sin discriminación, un plan de salud mínimo que cubre ciertas prioridades sanitarias, garantizadas explícitamente, cuya infracción puede ser denunciada ante la Superintendencia de Salud. A partir de esto, “podemos concluir que a consecuencia de esta reforma legal, existe hoy un derecho a la protección de la salud constitucional y legalmente determinado”¹⁰².

Establecido que, luego de la reforma AUGE, en nuestro ordenamiento jurídico se configura un derecho a la protección de la salud reconocido constitucionalmente y delimitado legalmente, cabe preguntarse: ¿cuáles son los límites negativos impuestos por la Constitución y la potestad de la autoridad administrativa de darle contenido específico al mínimo sanitario dentro del marco constitucionalmente admisible? Según Zúñiga, el límite que tendría la legislación es precisamente la sujeción al principio de igualdad: “Esto significa que una vez determinado el mínimo sanitario, su cobertura no podrá restringirse por la administración en razón de circunstancias como la edad, el sexo o el lugar de residencia. Ello constituye el límite negativo a la libertad de configuración que ha de tener la administración en la determinación del mínimo sanitario por razones técnicas. Luego,

101 ZÚÑIGA (2011), pp. 53 y 54.

102 ZÚÑIGA (2011), p. 54.

resulta fundamental velar por la coherencia entre aquello que debe ser decidido en sede legislativa y aquello que ha de decidirse en sede administrativa a propósito del caso particular del derecho a cuidado sanitario. La administración, al mantener más del 50% de las guías clínicas, criterios de racionamiento sanitario que suponen la exclusión de pacientes debido a su edad o de su lugar de residencia, infringe violentamente el principio de no discriminación garantizado por la norma constitucional”¹⁰³.

Cierta jurisprudencia parece respaldar la tesis apuntada. Por ejemplo, la Corte Suprema ha sostenido que si “bien es cierto el tratamiento en cuestión se refiere a personas de 55 años y más (restricción de edad que establece la guía clínica), no por ello puede quedar sin recibir atención médica una persona por tener una edad inferior a ella, lo que apunta a un daño a su integridad, no sólo física sino psicológica y a su dignidad como ser humano, protegida en el artículo 1° de la Constitución Política (...) Quien ha intentado esta acción cautelar le asiste el derecho igualitario, establecido por la ley y garantizado en la Constitución Política, de acceder al tratamiento médico que le ha sido prescrito”¹⁰⁴.

103 ZÚÑIGA (2011), p. 56.

104 CS rol N° 1324-10, de 25 de febrero de 2010; CS rol N° 9317-09, de 28 de enero de 2010.

2.5 Material complementario sobre el capítulo

Para profundizar en los temas tratados y antes de responder a las preguntas sobre este capítulo, se recomienda leer los siguientes textos:

FIGUEROA, Rodolfo (2013): “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales* (Año 11, N° 2), pp. 283-332.

FIGUEROA, Rodolfo (2008): “Concepto de derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 14, N° 1), pp. 261-300.

ZÚÑIGA, Alejandra (2010): “Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: la protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE”, en *Revista de Derecho* (Valdivia) (Volumen 23, N° 1), pp. 113-130.

ZÚÑIGA, Alejandra (2011): “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Año 9, N° 1), pp. 37-64.

Preguntas sobre el capítulo 2

En esta sección hay 25 preguntas sobre los conceptos centrales del capítulo. Las primeras 14 son de opción múltiple y las restantes son de verdadero o falso. Las respuestas correctas están listadas al final del libro.

A. Opción múltiple

- 1) **¿Cuál es la concepción de derecho a la vida a la que el autor se adhiere?**
 - a. El derecho a la vida consiste en el derecho a que no nos maten arbitrariamente.
 - b. El derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida.
 - c. El derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato.

- 2) **Una de las razones para sostener que el objeto del derecho a la vida no es la vida, es:**
 - a. Una persona puede perder su vida como realidad fenoménica sin que se haya vulnerado su derecho a la vida.
 - b. Entender el derecho a la vida de esa forma permite que se confunda con el derecho a la integridad física.
 - c. Forzar la mantención de la vida en ciertas condiciones puede constituir un atentado a la dignidad.

- 3) **Una de las razones por las que el autor rechaza la concepción de derecho a la vida como el derecho a vivir bien, a vivir con dignidad, es:**
 - a. El vivir con dignidad supone tener derecho a que nos den aquello que mínimamente uno necesita para que la vida continúe.
 - b. El vivir bien/con dignidad permitiría pensar en innumerables situaciones en las cuales alguien tendría un derecho a recibir algo si con ello salvara su vida.
 - c. El vivir bien supondría una dependencia de una serie considerable de factores que el Estado no puede asegurar.

- 4) **Según el autor, ¿es aceptable la concepción del derecho a la vida entendida como el derecho del individuo a que no lo maten?**
- No, en la medida en que no incluya la cláusula de no arbitrariedad.
 - Sí, en la medida que se aplique el carácter absoluto del derecho a la vida del *nasciturus*.
 - Sí, en la medida en que se encuentren plenamente identificables las hipótesis de disponibilidad/indisponibilidad de la vida del individuo.
- 5) **¿Qué problema hay en entender el derecho a la vida del *nasciturus* como un derecho absoluto?**
- Generaría un desdoblamiento en dos del derecho dependiendo del supuesto titular: si ha nacido, su derecho es relativo y si no ha nacido, su derecho es absoluto, lo que no sería razonable.
 - Que el *nasciturus* posea un derecho absoluto a la vida no asegura, sin embargo, la aplicabilidad total de este derecho en nuestro sistema jurídico, ni su concordancia con las disposiciones al respecto de tratados internacionales sobre la materia.
 - Que genera un problema a nivel dogmático por existir diversas interpretaciones sobre lo que se debe entender por derecho a la vida absoluto, lo que merma la certeza jurídica sobre su aplicación práctica al no haber uniformidad sobre el tema.
- 6) **Argumentos en contra de la disponibilidad de la vida:**
- El argumento religioso; y la visión “jainista” de la disponibilidad de la vida.
 - La tesis de que la vida pertenece al Estado; y el argumento del daño a terceros.
 - El argumento kantiano; y la tesis de la no disponibilidad absoluta.
- 7) **Son argumentos a favor de la disponibilidad de la vida:**
- (i) El principio de que nadie debe ser cruel con los demás; (ii) la disponibilidad de la vida sólo se justificaría en los casos de legítima defensa o la pena de muerte.
 - (i) El derecho a la vida significa el derecho a que otro no nos mate arbitrariamente, por lo tanto el acto de disposición de la vida de parte del titular de ella no posee relevancia jurídica; (ii) forzar la mantención de la vida en ciertas condiciones puede constituir un atentado a la dignidad de la persona.

- c. (i) La autonomía del individuo: es un valor fundamental el que las personas sean libres para determinarse a sí mismas, con exclusión del daño a terceros; (ii) el argumento kantiano, que trata a la vida como un fin y no sólo como un medio.

8) ¿Qué se entiende por calidad de vida?

- a. Se refiere al plan de vida de las personas.
- b. Una forma en que el autor se refiere a la integridad física y psíquica de las personas.
- c. Es una forma de decir vivir bien.

9) ¿En qué consiste la obligación secundaria de proteger?

- a. El Estado debe adoptar medidas para que terceros no priven al titular.
- b. El Estado debe realizar acciones concretas para lograr el goce efectivo.
- c. El Estado y sus agentes deben abstenerse de lesionar un derecho.

10) ¿En qué consiste la obligación primaria de respetar?

- a. El Estado debe adoptar medidas para que terceros no priven al titular.
- b. El Estado debe realizar acciones concretas para lograr el goce efectivo.
- c. El Estado y sus agentes deben abstenerse de lesionar un derecho.

11) ¿En qué consiste la obligación terciaria de satisfacer-cumplir?

- a. El Estado debe adoptar medidas para que terceros no priven al titular.
- b. El Estado debe realizar acciones concretas para lograr el goce efectivo.
- c. El Estado y sus agentes deben abstenerse de lesionar un derecho.

12) ¿En qué consiste el derecho a la salud, según Figueroa?

- a. Es el derecho a estar sano o a recuperar la salud.
- b. Consiste en el derecho a recibir prestaciones médico-sanitarias.
- c. Consiste en el derecho a mantener una calidad de vida.

- 13) ¿En qué consiste el derecho a la vida, según Figueroa?
- a. En el derecho a tener un plan de vida.
 - b. En el derecho a tener una vida digna.
 - c. En el derecho a que no nos maten arbitrariamente.
- 14) ¿Por qué no podemos disponer de la vida según el argumento religioso?
- a. Porque le causamos un perjuicio a terceros.
 - b. Porque la vida le pertenece a Dios, no podemos disponer si no nos pertenece.
 - c. Porque conservar la propia vida es un deber que nos da Dios.

B. Verdadero o falso

- 15) Es diferente sostener que el derecho a la vida significa el derecho a vivir, que sostener que el derecho a la vida implica el derecho a no matar arbitrariamente.
- 16) Entender el derecho a la vida como un derecho a vivir o a permanecer vivo implicaría un derecho a no morir, lo que en algunas situaciones resulta lógico.
- 17) La concepción del derecho a la vida sostenida por el autor se confunde con otros derechos tales como el derecho a la salud o el derecho a la integridad física.
- 18) Se vulnera el derecho a la vida de una persona si esta es mutilada o torturada (mental o físicamente).
- 19) El Estado tiene obligaciones derivadas del derecho a la vida que consisten en hacer cosas para que la vida de las personas sea más plena o significativa para ellas.
- 20) Para Figueroa, el derecho a la vida implica la obligación primaria negativa de no matar arbitrariamente a otro.
- 21) Es correcto señalar que Figueroa adhiere a una concepción binaria de los derechos.
- 22) En general, en Chile se considera que el objeto del derecho a la vida es la vida.

- 23) Figueroa adhiere a la tesis que señala que antes de nacer tenemos un derecho absoluto y después uno relativo.
- 24) Para Figueroa el objeto del derecho a la vida es la vida biológica.
- 25) Es correcto sostener que el objeto del derecho a la vida no alude a la conducta del titular.

3

El concepto de igualdad y el principio de igualdad

3.1 Presentación

Hasta aquí hemos descartado que el tratamiento de los casos sobre discapacidad se relacione principalmente con el derecho a la vida y con el derecho a la salud. En el presente capítulo sostendremos que un tratamiento adecuado de estos casos requiere una acabada comprensión del concepto de igualdad y del principio de igualdad. Por esta razón, el capítulo se divide en dos partes: una teórica y una dogmática. La primera trata del concepto de igualdad y busca poner de relieve la necesidad de responder dos preguntas: qué es la igualdad, sin importar el contexto normativo en que nos encontremos, y cuáles son las principales concepciones o formas de entender la igualdad que están en constante disputa ideológica. La segunda parte consiste en vincular el principio de igualdad a una norma que está presente en muchas constituciones y que ordena considerar a todas las personas iguales ante la ley.

3.2 El concepto de igualdad

Esta parte del capítulo tiene dos objetivos teóricos: construir una definición de la igualdad y describir las principales concepciones o formas en que es entendida y que están en constante disputa ideológica. El primer objetivo pretende lograr una definición abstracta y general, es decir, una definición que nos informe qué es la igualdad, sin referencia a normas de un ordenamiento jurídico específico. El segundo objetivo busca describir las principales concepciones o formas de entender la igualdad, que están en constante conflicto en nuestras sociedades.

3.2.1 ¿Por qué es difícil definir la igualdad?

Un concepto es una estructura formal, valorativamente neutral y no discutida. Sobre este concepto se desarrollan concepciones o puntos de vista que sostienen la preeminencia de algunos elementos del concepto por sobre otros.¹⁰⁵ Por estas razones, para elaborar un concepto de igualdad debemos salir del derecho constitucional y dar un vistazo al discurso cotidiano de los juristas y a otras disciplinas extrajurídicas (como la argumentación, la filosofía, la matemática o la geometría). El proceso de elaboración del concepto de igualdad lo hemos dividido en tres pasos. Primero, estableceremos qué elementos son distintivos de la noción de igualdad de otras que parecen sinónimas (semejanza, analogía e identidad). Segundo, estableceremos la secuencia que debe seguirse para formular un juicio de igualdad entre dos o más elementos. Tercero, estableceremos qué significa distinguir, diferenciar y discriminar.¹⁰⁶

105 La distinción entre concepto y concepción es ampliamente utilizada en la filosofía política y jurídica. Véase, por ejemplo, DWORKIN (1986), pp. 90-91 y RAWLS (1971), pp. 5-6. El origen de esta distinción proviene de GALLIE (1956), pp. 167-198. Una buena explicación de la distinción y su importancia para lo que aquí es relevante se puede revisar en HIERRO (2002), p. 12 y PÉREZ LUÑO (1987), p. 47.

106 Para mayor información, ver COMANDUCCI (1999).

La norma prohibitiva señala que “no se debe dar un trato diferente a las personas fundado en propiedades asociadas al ser o a la pertenencia a algún grupo”. La norma imperativa indica que “es obligatorio que a todas las personas les sean distribuidos derechos fundamentales iguales”.

3.2.2 Las concepciones sobre la igualdad

En este apartado dejamos de lado el concepto de igualdad y nos concentramos en dos concepciones de ella: la igualdad liberal y la igualdad comunitarista. Estas dos concepciones tienen puntos de vista que parecen irreconciliables. Aquí no tomaremos partido, sólo expondremos las ideas principales de las posiciones en conflicto.

3.2.2.1 La igualdad liberal

La concepción liberal de la igualdad debe considerarse como una regla y una finalidad del derecho. Como regla, permite asegurar que cualquier caso de desviación de la igualdad debe ser justificado. A su vez, la igualdad liberal como finalidad permite asegurar que la justificación deba cumplir con dos condiciones: (i) ser orientada para reparar una desviación histórica injustificada, y (ii) ser dirigida a construir una situación futura de igualdad.¹⁰⁷

La concepción liberal de la igualdad se compone de dos normas: una prohibición y una obligación. La norma prohibitiva señala que “no se debe dar un trato diferente a las personas fundado en propiedades asociadas al ser o a la pertenencia a algún grupo”. La norma imperativa indica que “es obligatorio que a todas las personas les sean distribuidos derechos fundamentales iguales”.

La regla prohibitiva establece que las personas son iguales (deben ser tratadas como iguales) porque se suprimen todos los rasgos asociados a su ser (lengua, sexo, género) y todos los rasgos asociados a su pertenencia a grupos (origen étnico, religión, etcétera). A su turno, la regla imperativa ordena que lo que es igual es la distribución de los derechos fundamentales.

Veamos un ejemplo. ¿Debe un liberal apoyar la paridad de género para conformar instancias de discusión política? Para responder esta pregunta, hay que razonar en tres pasos.

Primero, se debe comprender que la regla de paridad es una excepción a la concepción liberal de la igualdad. La regla de paridad rompe la norma prohibitiva al considerar que categorías del ser o del pertenecer, como el sexo y/o el género, son cualidades relevantes para formar parte de una institución política.

Segundo, si la paridad es una excepción a la norma prohibitiva, esta debe ser justificada. Las razones que pueden darse en su favor son la clave. Si se afirma que la paridad está orientada a reparar una desviación histórica de nuestras sociedades y, al mismo tiempo, que la regla de paridad está dirigida a construir una situación futura de igualdad entre hombres y mujeres, la conclusión es clara: todo liberal debe estar de acuerdo con una regla de paridad de género en instancias de discusión política, o bien tiene que aceptar que su posición no es coherente.

Tercero, la paridad es una medida transitoria (aunque puede prolongarse por mucho tiempo). Acorde a la perspectiva liberal, la regla debe mantenerse hasta que la sociedad sea efectivamente una sociedad igual en términos de representación política de hombres y mujeres.

El ejemplo también sirve para personas con discapacidad, etnias, pueblos indígenas o minorías étnicas y lingüísticas. Además, permite observar con claridad que las dos normas que componen la igualdad liberal se fundan en siete ideas clave:

Idea N° 1. La norma prohibitiva se justifica en la irrelevancia ética de las cualidades de ser y/o pertenecer.

Idea N° 2. La prohibición nada dice sobre las diferencias que se fundan en rasgos o propiedades que se derivan de las conductas de las personas. En la acción se expresa la autonomía de los sujetos y de las acciones. Por haber elegido actuar de la forma en que lo hicieron, los sujetos son éticamente responsables de sus acciones u omisiones. Por ello, si distribuimos un bien (no fundamental) en virtud de la honestidad o la valentía en relación con una acción, esa distribución no viola la norma prohibitiva.

Idea N° 3. La norma imperativa se funda en la importancia ética de los derechos fundamentales.

Idea N° 4. La obligación manda que la distribución de los derechos fundamentales no puede establecer ningún trato diferenciado entre las personas mediante una justificación en los atributos de ser o pertenecer (sexo, género, raza, lengua, religión, color de piel, pertenencia a pueblos indígenas).

Idea N° 5. La obligación nada dice sobre la distribución de derechos subjetivos diferentes a los derechos fundamentales (como el derecho subjetivo derivado de un contrato civil). El reparto puede fundarse en criterios que establezcan diferencias como el mérito o la necesidad.

Idea N° 6. La implementación de la prohibición debe ser explícita en textos normativos. Típicamente, esto se hace con disposiciones constitucionales.

Idea N° 7. La obligación debe implementarse mediante mecanismos complejos (culturales, sociales, institucionales) que promuevan y aseguren el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Por esta razón, no hay ningún sistema jurídico que haya implementado la obligación por completo.¹⁰⁸

Conforme con estas ideas, ¿qué debería sostener un liberal en una situación donde hay un problema de distribución de un derecho fundamental (trabajo, salud, privacidad o cargos públicos y honores)?¹⁰⁹ Dicho de otra manera, ¿qué se debería argumentar en aquellos casos en que la sociedad necesita distribuir un derecho fundamental entre varias personas y todas ellas exigen una oportunidad o una porción igual? Asumamos que se cumplen dos condiciones: (i) las partes se presumen iguales formalmente y (ii) el único criterio de distribución de derechos fundamentales es la pertenencia a la especie humana. Bajo estas condiciones, se respeta la norma prohibitiva del liberalismo.

108 COMANDUCCI (1999).

109 SERRANO (2005), pp. 123-160.

Para solucionar el problema de distribución, el razonamiento de un liberal debería entender que la norma imperativa de igualdad es un criterio primario de decisión y la forma de salir del conflicto es la ponderación de la igualdad con los otros principios en juego.¹¹⁰

3.2.2.2 La igualdad comunitarista

Los críticos de la igualdad liberal cuestionan la norma prohibitiva y/o la norma imperativa. En contra de la prohibición, los comunitaristas radicales alegan que es necesario considerar cualidades de ser y pertenecer en las instituciones jurídicas. Estas cualidades (sexo, género, etnia, religión, entre otras) son relevantes para garantizar que las instituciones expresen la diversidad social. Al mismo tiempo, en contra del mandato, sostienen que existen derechos fundamentales diversos para grupos diferentes de individuos. Lo que plantean, entonces, es un cuestionamiento a la universalidad de los derechos fundamentales.

Los comunitaristas moderados no critican la prohibición. Únicamente cuestionan el contenido de la norma imperativa, proponiendo un listado de derechos fundamentales más amplio que el de los liberales; o justificando más cláusulas de revocabilidad parcial de la norma imperativa. Un ejemplo ayudará a aclarar este último punto. En el caso *Hofer v. Hofer*¹¹¹ se discute el poder de la Iglesia Huterita sobre sus miembros. Los huteritas viven en comunidades agrícolas dentro de las cuales no existe la propiedad privada. En este grupo social, dos antiguos miembros de una colonia fueron expulsados por apostasía. Ellos demandaron su parte en los bienes coloniales, los que habían contribuido a forjar durante años de labor. Cuando la colonia se negó, los dos exmiembros recurrieron a los tribunales. Ellos argumentaron que la comunidad no tenía, a todo evento, el derecho sobre sus vidas de obligarlos a dejar la colonia y abandonar todo.

110 Hay autores que cuestionan la posición anterior, porque entienden que la igualdad es un criterio residual de solución de los problemas. Ellos sostienen que cuando otros criterios no permiten tomar una decisión, la igualdad entra en el razonamiento. Esto, porque el objetivo de la justicia distributiva es la realización de la comunidad, es decir, el logro del bien común y no hay razón para suponer que se arriba al bien común por el sólo hecho de tratar a todos de manera igualitaria al distribuir roles, oportunidades, derechos o recursos. Para más, ver FINNIS (2000), pp. 202-203.

111 KYMLICKA (2002), pp. 237-241.

Los huteritas defienden la práctica descrita en virtud de la libertad religiosa, la que protege la facultad de la congregación de vivir en concordancia con su doctrina religiosa, aun cuando se limite la libertad individual. Para el juez Louis-Philippe Pigeon de la Corte Suprema canadiense, la libertad religiosa incluye el derecho de cada individuo a cambiar su religión a discreción. Luego, las iglesias no pueden crear reglas que tengan como efecto privar a sus miembros de tal libertad fundamental. Razonó que el correcto fin de la autoridad religiosa está limitado por todo aquello que sea consistente con la libertad religiosa apropiadamente comprendida, la cual es una libertad individual que implica no solamente adoptar una religión, sino también su abandono a voluntad. El juez Pigeon pensó que la práctica citada tornaba altamente improbable que las personas de las colonias huteritas negaran sus enseñanzas religiosas debido al alto costo que implicaba cambiar sus creencias. Ello constituía una forma de privación de la libertad religiosa. Según su punto de vista, los huteritas debían compensar a los apóstatas por sus años de labor con el objetivo de que su salida de la colonia fuera una opción viable.¹¹² Como se ve, el magistrado Pigeon asumió una interpretación liberal de la Idea N° 4.

Sin embargo, la opinión mayoritaria de la Corte Suprema canadiense falló en contra de los recurrentes y reconoció el derecho de los huteritas a expulsar a los apóstatas sin ninguna compensación. La cuestión relevante del caso citado es que, según una concepción comunitarista, la obligación de distribuir universalmente los derechos fundamentales admite excepciones amparadas en atributos del ser o pertenecer. La libertad religiosa, entonces, debería ser interpretada de modo tal que el derecho individual a la libertad de conciencia sea subordinado, cuando está justificado, al derecho grupal de sostener sus doctrinas religiosas.

112 KYMLICKA también analiza el caso de la comunidad amish en Estados Unidos. Esta comunidad ha defendido ante la Corte Suprema estadounidense, con éxito, el derecho de retirar a sus niños de las escuelas antes de que termine el período de escolaridad obligatoria. Véase KYMLICKA (2002), p. 238.

Volvamos, ahora, al ejemplo de la paridad de género en las instituciones políticas y la razón de por qué los comunitaristas apoyan estas medidas. Nuevamente, para responder esta pregunta, hay que razonar en tres pasos.

Primero, hay que tener claro que la regla de paridad considera que el sexo y/o el género son cualidades relevantes para formar parte de una institución política. La razón es simple: las categorías del ser y del pertenecer tienen una relevancia ética que se expresa en la necesidad de que la diversidad social se vea reflejada en la representación política.

Segundo, si la paridad no es una excepción a una norma prohibitiva, sino que la expresión de un mandato en favor de una representación política diversa, las razones para argüir que la diversidad es un valor son múltiples. Podemos usar versiones modificadas de los mismos argumentos liberales y sostener que la paridad permite la reparación histórica de la subrepresentación política de las mujeres en nuestras sociedades y, al mismo tiempo, permite construir una situación futura de igualdad entre hombres y mujeres. Aquí hay que agregar un argumento complementario: la norma imperativa liberal debe ser entendida en sentido amplio y, entonces, el listado de derechos fundamentales crece, incluyendo la diversidad en la política.

Tercero, la paridad no es una medida transitoria. Se trata de una medida definitiva o permanente. Debido a que la diversidad social no se reducirá, la política debe reflejar esa cualidad. Entonces, la regla debe mantenerse incluso después de que la sociedad sea efectivamente una sociedad igual en términos de representación política de hombres y mujeres.

La concepción comunitarista de la igualdad, tanto en su versión radical como moderada, considera indispensable hacerse cargo de las cuestiones vinculadas a las diferencias y la identidad.¹¹³ Critican al liberalismo por centrar los debates en torno a la igualdad a la posición que ocupan los sujetos en la jerarquía económica, generando

Los comunitaristas argumentan que cualquier concepción de la igualdad que no incorpore y equilibre la doble faz de la distribución y el reconocimiento de las diferencias, no permitirá una adecuada comprensión del principio de igualdad y debilitará su dimensión inclusiva

una homogeneización artificial en torno a un “ciudadano normal” (varón, blanco, heterosexual, no discapacitado y propietario) y obviando que en las sociedades conviven dos tipos de jerarquías: la económica y la del estatus. En efecto, la posición que una persona ocupa en la jerarquía económica está determinada por su relación con el mercado y los medios de producción. Las luchas contra estas inequidades generan las “políticas de redistribución”. La jerarquía del estatus se refleja en una historia de reglas discriminatorias contra grupos de menor categoría y su invisibilidad o carácter estereotipado. Las luchas contra estas jerarquías generan las “políticas de reconocimiento o de la diferencia”.

Los comunitaristas argumentan que cualquier concepción de la igualdad que no incorpore y equilibre la doble faz de la distribución y el reconocimiento de las diferencias, no permitirá una adecuada comprensión del principio de igualdad y debilitará su dimensión inclusiva. Se encuentra muy extendida la idea de que el principio de igualdad se vincula exclusivamente con la justificación de la redistribución de recursos económicos, pero, en nombre de la igualdad, lo que habrá que distribuir no siempre son recursos económicos, sino también, en muchos casos, recursos simbólicos. Piénsese en el caso de una persona con discapacidad: ella no sólo requiere compensaciones económicas por su posición desventajosa, sino también que se le reconozca como alguien que merece igual dignidad, sin importar su condición.

Los ejemplos señalados nos permiten ilustrar como operaría una concepción comunitarista de la igualdad, pudiendo considerarla como una regla y una finalidad del derecho. La regla de la igualdad comunitarista se compone de dos normas: una prohibición y una obligación. Cada una admite dos formulaciones, dependiendo de si se trata de una concepción fuerte o débil de igualdad. La norma prohibitiva establece: (i) “no se debe dar un trato igual a las personas fundado en propiedades asociadas al ser o a la pertenencia a algún grupo” (concepción fuerte); o (ii) “no se debe dar un trato diferente a las personas fundado en propiedades asociadas al ser o la pertenencia a algún grupo, a menos que se trate de propiedades identitarias relevantes para el grupo” (concepción débil). Por su parte, la norma imperativa señala: (i) “es obligatorio que a todos los grupos

constitutivamente identitarios les sean distribuidos ciertos derechos colectivos iguales que prevalecen sobre los derechos de los miembros individuales del grupo” (concepción fuerte); o (ii) “es obligatorio que todos los grupos constitutivamente identitarios sean tratados con igual consideración y respeto, pero sus miembros individuales no pueden ser coaccionados a permanecer en el grupo” (concepción débil).¹¹⁴

La concepción comunitarista de la igualdad podemos presentarla a través de las siguientes ideas clave:

Idea N° 1. La norma prohibitiva se justifica en la relevancia ética, total o parcial, de las cualidades de ser y/o pertenecer.

Idea N° 2. La prohibición nada dice sobre las diferencias que se fundan en rasgos o propiedades que se derivan de las conductas de las personas, a menos que esas conductas choquen con las cualidades grupales relevantes. En la acción se expresa una autonomía restringida de los sujetos y de las acciones.

Idea N° 3. La norma imperativa se funda en la importancia ética de los derechos colectivos.

Idea N° 4. La obligación manda que la distribución de los derechos colectivos exige un trato diferenciado entre las personas con justificación en atributos de ser o pertenecer (sexo, género, raza, lengua, religión, color de piel, pertenencia a pueblos indígenas).

114 La concepción débil de la igualdad comunitarista se inspira en los trabajos de Kymlicka. Para el autor canadiense, la dicotomía entre derechos colectivos y derechos individuales es falsa, puesto que deben distinguirse con cuidado dos tipos de restricciones o protecciones asociadas a ellos: por una parte, se encuentran las protecciones externas, esto es, aquellas que autorizan al grupo a ser tratado con igual consideración y respeto que otros grupos equivalentes (por ejemplo, los derechos a una lengua propia, el derecho a un estatuto especial de posesión de tierras o el derecho al gobierno, total o parcialmente, autónomo); y, por otra, tenemos las restricciones internas, o sea aquellas que impiden al grupo coaccionar a sus miembros, impidiéndoles revisar su concepción del bien (típicamente el derecho a sancionar a los individuos que se aparten de las creencias colectivas). Los derechos colectivos entendidos como protecciones externas son absolutamente compatibles con una teoría liberal de los derechos que pretenda fomentar la autonomía, mientras las restricciones internas son inaceptables. Podría haber, entonces, una concepción de la igualdad liberal-comunitarista. KYMLICKA (1996), pp. 57-76.

Idea N° 5. La obligación nada dice sobre la distribución de otra clase de derechos.

Idea N° 6. La implementación de la prohibición debe ser explícita en textos normativos. Típicamente, esto se hace con disposiciones constitucionales.

Idea N° 7. La obligación debe implementarse mediante mecanismos complejos (constitucionales, legales, culturales, sociales, institucionales) que promuevan y aseguren el ejercicio igualitario de los derechos colectivos. Por esta razón, no hay ningún sistema jurídico que la haya implementado completamente.

3.2.2.3 El concepto de grupos desventajados o vulnerables

Cada día se incrementan los estudios en torno al derecho a la justa “igualdad de oportunidades”, destacándose la necesidad de que se contemple la protección contra las limitaciones sociales impuestas a las personas por motivos de discriminación racial, étnica, económica, de sexo, etcétera. Si bien se trata de un principio importante, hay autores que consideran que se ha definido de modo incompleto, puesto que un concepto acabado de igualdad de oportunidades debiera procurar abarcar no sólo las injusticias de origen social y económico, sino también políticas destinadas a combatir las diferencias “personales” de los sujetos, de origen biológico o genético¹¹⁵, como ocurre en los casos de las personas que sufren alguna discapacidad física o mental.

La necesidad de compensar las desventajas de algunos en la distribución de dotaciones naturales o sociales y de suprimir al máximo las diferencias entre las personas, se deriva del hecho de que dichas personas no se corresponderían con la igualdad moral intrínseca de los seres humanos en términos kantianos. Al ser moralmente iguales, debemos ser tratados como iguales, siendo compensadas todas aquellas características, naturales o sociales, que determinan que algunas personas desarrollen desigualmente sus capacidades.

115 ZÚÑIGA (2013), pp. 115-128.

En palabras de Rawls: “[n]o merecemos el lugar que tenemos en la distribución de dones naturales, como tampoco nuestra posición inicial en la sociedad”¹¹⁶.

La consecuencia inmediata de la igualdad moral entre las personas y la arbitrariedad con la que la naturaleza distribuye los talentos y capacidades exige aplicar el llamado “principio de diferencia”¹¹⁷, que considera a esas cualidades como “acervo común” para el disfrute colectivo de lo que genera su explotación. La participación general en estos talentos se realizaría, fundamentalmente, a través del mecanismo de la compensación que deben de utilizar las instituciones sociales básicas que creamos y mantenemos. Es incorrecto que los individuos con mayores dones y con el carácter superior que ha hecho posible su desarrollo en una buena clase social, tengan derecho a un esquema cooperativo que les permita obtener aún más beneficios de formas que no contribuyan al bien de los demás.

3.2.2.4 Lotes y grupos

En muchos casos, no se distinguen individuos, sino que conjuntos de ellos. Etiquetas como la estatura, el sexo, el género, el desempeño laboral y otras semejantes sirven para hacer estas diferencias. No es lo mismo distinguir entre quienes son jardineros y quienes no lo son, que distinguir entre aquellos que se autoidentifican como indígenas, por ejemplo, mapuches, de quienes no se sienten parte de ningún pueblo originario. La categoría “los jardineros” es una etiqueta que sirve para designar a todas las personas que ejercen ese oficio. A su vez, “los mapuches” también son una etiqueta que sirve para catalogar a todas las personas que se autoidentifican como tales. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre clasificar jardineros e indígenas?

Los jardineros son un “lote” mientras que los indígenas son un “grupo”. Usamos la palabra “lote” para referirnos a un conjunto de personas que puede ser reunido con el propósito de distinguirlos de

116 RAWLS (1971), p. 126.

117 El principio de diferencia reza así: “Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos requisitos: a) deben estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; b) las desigualdades deben redundar en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (principio de diferencia)”. RAWLS (2002), p. 73.

otros conjuntos, pero sin que exista entre ellos una cultura, lenguaje, tradición y/o historia común que les permite tener conciencia de que forman un colectivo. A la inversa, reservamos la palabra “grupo” para aquellos conjuntos de personas que sí tienen esta propiedad. Naturalmente, dentro de lotes muy grandes pueden existir sublotes (jardineros y floristas) y lo mismo ocurre en grupos muy amplios (indígenas y mapuche, rapa nui o aimara).

Muchas veces es complejo hacer la distinción entre lotes y grupos. ¿Las personas de la comunidad LGBTI son un lote o un grupo? ¿Qué ocurre con las personas en situación de discapacidad? No hay una única respuesta para estas preguntas. Lo importante es poder observar que algunas políticas públicas están diseñadas para lotes y otras para grupos, obedeciendo a lógicas diferentes. Un beneficio como la beca indígena es una medida de discriminación positiva para favorecer a los miembros de un grupo que, históricamente, ha estado en desigualdad de condiciones. Mientras que una exención tributaria a los empresarios cuya renta sea inferior a una cierta cantidad es una política pública para un lote y no una medida de discriminación positiva.

3.2.2.5 Grupos aventajados o privilegiados y grupos des-ventajados o vulnerables

A partir de la pertenencia a determinados grupos, se deriva la existencia o ausencia de un conjunto de propiedades que nos diferencian de otros y nos identifican como pertenecientes a determinado sector. Algunas de estas propiedades reciben una valoración positiva, tales como la acumulación de dinero, la pertenencia a determinado sexo (usualmente masculino), la belleza, la potencialidad de determinadas facultades mentales o físicas, entre muchas otras.

Autores como John Rawls definen a los peor situados –o desaventajados– completamente en relación con la posesión de bienes sociales primarios, es decir, derechos, oportunidades, riqueza, etcétera. No considera, por lo mismo, que la posesión de bienes primarios naturales sea importante para determinar quién está en peor situación. Dos personas están igualmente bien situadas –para Rawls– si tienen el mismo paquete de bienes primarios sociales, aunque una persona sea discapacitada física o mentalmente. De acuerdo con el pensamien-

to rawlsiano, Will Kymlicka explica que una persona estará mejor situada que otra si posee un poco más de bienes primarios, aunque ellos no le alcancen para pagar los costos extra que debe soportar debido a alguna desventaja natural como, por ejemplo, los gastos en medicamentos o aparatos especiales en el caso de minusvalías.¹¹⁸ El principio debiera ser “las inequidades sociales y naturales deben ser compensadas”, aun cuando pueda ser muy difícil resarcir las injusticias naturales.

¿Cuáles son, entonces, las exigencias de la equidad? ¿Compensar la mala suerte en el azar natural interviniendo en la lotería social o interviniendo también sobre las desigualdades naturales? Según Allen Buchanan, debiéramos seguir la “tesis de la suerte bruta”, sustentada en la intuición moral de que las personas no debieran tener menos oportunidades como resultado de factores que están fuera de su control, pues ellas no los han elegido. Esta posición exige que se hagan esfuerzos por contrarrestar los efectos de “todos los factores” que se encuentran fuera del control de los individuos. Tal como afirma Buchanan: “Y si algo está fuera de la capacidad de control de la persona es la suerte que le toca en la lotería natural”¹¹⁹. Las desigualdades naturales, como las discapacidades mentales o físicas, exigen reparación y compensación por motivos de justicia.

Ahora, ¿qué debemos considerar como discapacidad? ¿Cuándo podemos incorporar a una cierta persona al grupo de los discapacitados?

Vale la pena detenerse a reflexionar sobre el modo en que ha cambiado la comprensión de aquello que se considera dominio de la naturaleza –lo que viene dado y debe aceptarse porque está fuera del control humano– de aquello que, en cambio, ha pasado a ser objeto de la ciencia. Paradójicamente, como afirma Buchanan, “la naturaleza sometida al control humano deja de ser naturaleza”¹²⁰. Nos encontramos en el umbral de una gran expansión del dominio de lo social, ya que pronto podremos prevenir lo que ahora consideramos

118 KYMLICKA (2002), p. 71.

119 BUCHANAN et al. (2000), p. 63.

120 BUCHANAN et al. (2000), p. 77.

Pronto llegaremos a considerar que la persona que sufre estas discapacidades es víctima, ya no de una desventura inevitable, sino de una injusticia social. Según aumentan nuestras capacidades, el territorio de lo natural se va desplazando al ámbito de lo social y es colonizado por la idea de justicia.

la desgracia de una constitución enfermiza (por ejemplo, un sistema inmune débil) o la catástrofe de una enfermedad degenerativa, como el Alzheimer. Pronto llegaremos a considerar que la persona que sufre estas discapacidades es víctima, ya no de una desventura inevitable, sino de una injusticia social. Según aumentan nuestras capacidades, el territorio de lo natural se va desplazando al ámbito de lo social y es colonizado por la idea de justicia.

No siempre es clara la diferencia entre la cura de una enfermedad y la mejora de rasgos genéticos no calificables como tal. No debemos olvidar que en la actualidad existen movimientos sociales de discapacitados o, como prefieren llamarse, “personas con capacidades diferentes”, que se niegan a la aplicación de terapias genéticas, mecanismos de selección de embriones y otros procedimientos médicos (como el implante coclear¹²¹) que tienden a disminuir el número de personas con alguna invalidez. ¿Debiera el Estado, por vías del Sistema Sanitario, financiar este tipo de terapias? ¿Es justo o injusto que los Estados permitan el acceso igualitario a procedimientos médicos destinados a evitar personas con ceguera, sordera, invalidez, retraso mental, etcétera? ¿Estamos de acuerdo en qué vamos a definir como discapacidad?¹²² En un mundo de personas cada vez más altas, ¿deben las personas bajas considerarse discapacitadas y ser compensadas por el Estado? En una sociedad donde cada vez se valora y persigue con más energía la belleza física, ¿debería el Estado hacerse cargo de sufragar los costos de cirugías estéticas para todos? Puesto que es posible avizorar un futuro donde sea posible alcanzar, por intermedio de la ciencia, el nacimiento de individuos más inteligentes, ¿debería el Estado, *so pena* de ignorar la desigualdad social que pudiera generarse, garantizar a todas las familias esos mecanismos de mejora genética?

121 El implante coclear es un producto sanitario de alta tecnología que transforma las señales acústicas en señales eléctricas, las que estimulan el nervio auditivo. Estas señales son procesadas mediante las diferentes partes que forman el implante coclear, algunas de las cuales se colocan en el interior del cráneo y otras en el exterior.

122 Puesto que la inmensa mayoría de los niños con implantes cocleares recibidos en edades tempranas (antes de los 3 años) desarrolla una capacidad auditiva y una comprensión plenas sin ayuda de la lengua de signos, parte de la comunidad de sordos (Cultura Sorda) rechaza este procedimiento médico pues teme que dicha comunidad desaparezca.

3.2.2.6 Interseccionalidad

La existencia de desigualdades importa una relación de ventajas y desventajas entre sujetos o grupos que se ven afectados respecto a un estándar común. Esta relación de (des)ventaja no es irrelevante al derecho constitucional y, en la medida de que carezca de fundamentación suficiente, podremos decir que es contraria al ordenamiento jurídico por ser arbitraria.¹²³

Para evidenciar esta situación, consideramos adecuado utilizar ciertas premisas provenientes de la teoría de la interseccionalidad, en tanto parece ser terreno fecundo de múltiples investigaciones interdisciplinarias sobre la igualdad.

La “interseccionalidad”¹²⁴ se comprende como un enfoque crítico que permite abarcar la identidad de las personas en contextos diversos a partir de las conexiones entre las estructuras de género, raza/etnia y clase social. La manera en cómo se interseccionan estas y otras estructuras sociales o epistémicas sobre la diferencia, puede producir contextos complejos de desigualdades que son analizados en términos de poder, a través de distintos niveles.

Se comprende a la interseccionalidad como una alternativa a la política de la identidad que permite considerar las diferencias intragrupalas, subvertir las separaciones entre género, raza/etnia y clase social. En este sentido, al hablar de igualdad se busca resaltar la necesidad de entenderla a partir de su carácter interseccional. Como tal, la diversidad constituye un fenómeno formado por distintas condiciones que pone de relieve su origen complejo y su interconexión originaria con distintas condiciones de identificación y discriminación social, como lo son el género, la raza/etnia, la clase social, entre otras.¹²⁵

123 NORAMBUENA y SANDOVAL (2019).

124 GARCÍA y VILLAVICENCIO (2016), pp. 13-38.

125 La perspectiva interseccional ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tres casos emblemáticos: *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009); *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010). Por su parte, la Corte Constitucional colombiana la ha explorado con especial tino en dos fallos: la sentencia T-921/2013 y T-081/2015. Un análisis de estos fallos desde una perspectiva interseccional y pluralista puede verse en VILLAVICENCIO (2017).

Según esta teoría, existen diversos grupos sociales en constante relación de ventaja (privilegiados) respecto de otros en situación de desventaja (oprimidos). Estas relaciones se constituyen a propósito de estándares que fijan la posición de grupos opuestos entre sí. Como los estándares son variados y los grupos heterogéneos, es posible agregar y sumar factores de diferencia, resultando en una aglomeración de estos. En este esquema, aquellos individuos que formen parte de un conjunto de grupos en situación de desventaja podrían requerir una intervención favorable, cuya intensidad debería ser mayor de aquellas personas que pertenecen a grupos en situación de ventaja. Tomemos por ejemplo la relación existente entre hombres y mujeres. Esta relación se puede construir en base al sexo biológico, el que actúa como factor de diferenciación entre ambos grupos. Este factor importa una serie de diferencias en distintas prácticas sociales. Si observamos la práctica social “trabajo”, el resultado podría representarse de la siguiente manera:

En cuanto al acceso. Las mujeres no han podido acceder en igualdad de condiciones a ciertos espacios laborales vinculados a la toma de decisiones. Por ejemplo, entre los años 1989 y 2013, el 90 por ciento de los candidatos presentados por partidos políticos a elecciones parlamentarias fueron hombres. Asimismo, la cifra de mujeres que accedió a trabajos de alta dirección en empresas importantes fue muy baja en comparación a la participación de hombres. Por último, muchas empresas optan por no contratar mujeres en edad fértil (o con hijos), restringiendo el acceso de la mujer al mundo laboral.¹²⁶

En cuanto al trato. Si la mujer logra ingresar al mundo laboral, lo hará en condiciones más precarias que la de sus pares masculinos. La mayoría de los empleos a los que accede una mujer son a tiempo parcial y vinculados a escasas posibilidades de ascenso. A ello se adiciona un trato discriminatorio relativo a la maternidad, tanto en el embarazo como respecto de las necesidades vinculadas a la crianza de los hijos.¹²⁷

126 NORAMBUENA y SANDOVAL (2019).

127 NORAMBUENA y SANDOVAL (2019).

Los problemas de acceso, trato o resultado se plasman así, dentro de las sentencias, como expectativas o pretensiones de corrección de la desigualdad. Esta corrección puede darse realizando una diferenciación (mediante acciones afirmativas) o eliminando la diferencia existente.

En cuanto al resultado. Existe un trato desvalorizado del trabajo femenino. Según cifras de la OCDE, las mujeres percibirían, en iguales condiciones laborales, un 15 por ciento menos del salario recibido por un hombre.¹²⁸

La relación descrita puede representarse entonces como una relación de ventaja o privilegio para el conjunto de los hombres en relación con el conjunto de las mujeres, las que se encontrarían en una situación de opresión o desventaja.

Ahora bien, conforme a la interseccionalidad, las desventajas se acumulan. Quien es mujer, indígena y tiene una discapacidad es más desventajada que una mujer no indígena y sin una discapacidad. A su vez, quien tiene menos desventajas es un hombre, no indígena y sin discapacidad.

Todo caso de igualdad refleja una pretensión de un miembro de un grupo determinado que podemos reconducir a una expectativa sobre el acceso, sobre el trato o sobre el resultado en una práctica social. Una mujer podría reclamar el acceso al escenario político, un trato igualitario frente a su empleador o un resultado acorde al trabajo realizado. Los problemas de acceso, trato o resultado se plasman así, dentro de las sentencias, como expectativas o pretensiones de corrección de la desigualdad. Esta corrección puede darse realizando una diferenciación (mediante acciones afirmativas) o eliminando la diferencia existente.

3.2.2.7 Desigualdad estructural

Otra categoría relevante, cuyo sentido y alcance debe ser establecido, es la noción de desigualdad estructural. De acuerdo con la posición de Saba¹²⁹, la desigualdad estructural implica superar, o al menos complementar, la igualdad como no arbitrariedad o no discriminación. Para ello, entiende a la igualdad como no sometimiento, evitando la creación o perpetuación de situaciones de injusticia y desigualdad contra grupos en situación de subordinación: “La idea de igualdad

128 NORAMBUENA y SANDOVAL (2019).

129 SABA (2016), pp. 55-81.

como no discriminación responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado. Es lo menos que se puede exigir como trato igualitario. Sin embargo, esta perspectiva acerca de la igualdad parece desatender aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural y de irrazonabilidad. De lo que se trata es de revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación”¹³⁰.

Un ejemplo claro de desigualdad estructural es, según el feminismo, la situación opresiva de las mujeres. Según Young, la “opresión designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas de una bien intencionada sociedad liberal (...) la tiranía de un grupo gobernante sobre otro grupo social (...) sin duda debe señalarse como opresiva. Pero la opresión se refiere también a los impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos y que no necesariamente son el resultado de las intenciones de un tirano. La opresión así entendida es estructural”¹³¹.

Ese poder se expresa a través de la explotación, esto es, un proceso sostenido de transferencia de los resultados del trabajo de un grupo social en beneficio de otro. Un ejemplo paradigmático de explotación es aquella que se sustenta en la categoría de la clase, pero otro muy significativo es la explotación de género. No ha sido difícil para las feministas demostrar que la opresión de las mujeres consiste, en parte, en una transferencia, sistemática y no recíproca de poderes de las mujeres a los hombres. Basta reconocer que ellos pueden funcionar con relativa tranquilidad en el espacio público gracias a que ellas trabajan para ellos en la esfera privada. Todas las penosas y cansadoras tareas domésticas sin las cuales, claro está, los hombres no podrían desempeñarse en el espacio público –cocinar, lavar, limpiar, cuidar a niños y ancianos– son realizadas por mujeres. Esto significa, en términos económicos, que ellas transfieren a los hombres su

130 SABA (2016), p. 79.

131 YOUNG (2000), pp. 74-75.

fuerza de trabajo –casi siempre de manera gratuita–, liberándolos del costo en tiempo y dinero que les significaría a ellos realizar esas tareas imprescindibles para moverse en la vida laboral.

La opresión de las mujeres no consiste meramente en una desigualdad de estatus, poder y riqueza, resultado de la práctica por la cual los hombres las han excluido de las actividades privilegiadas. La libertad, poder, estatus y autorrealización de los hombres es posible *precisamente* porque las mujeres trabajan para ellos. La explotación de género tiene dos aspectos: la transferencia a los hombres de los frutos del trabajo material y la transferencia a los hombres de las energías sexuales y de crianza.¹³²

Para superar esa explotación de género se requiere algo más que la redistribución de bienes. Mientras no se modifiquen las prácticas institucionalizadas y las relaciones estructurales, los procesos de transferencia volverán a crear una desigual distribución de recursos con el paso del tiempo. Hacer justicia donde existe explotación demanda, al menos, reorganizar las instituciones y las prácticas de toma de decisiones, modificando la forma en que se divide el trabajo entre los sexos.

3.2.2.8 Acción afirmativa y discriminación indirecta

Son varias las nuevas categorías que sirven para enriquecer el modo en que se comprende la igualdad en su dimensión diferenciadora. En primer lugar, están aquellas medidas que se pueden agrupar bajo la etiqueta de acción afirmativa. Se entiende por acción afirmativa “una política adoptada por alguna entidad estatal o privada que tiene por finalidad mejorar la participación e inclusión de grupos histórica y sistemáticamente desventajados, excluidos o discriminados en determinados sectores de la sociedad”¹³³.

132 YOUNG (2000), p. 89.

133 FIGUEROA (2015), p. 195; VALENZUELA y ZÚÑIGA (2014), pp. 191-211.

Una política de acción afirmativa se funda en el reconocimiento de que un grupo de la sociedad sufre actualmente una posición desventajosa que les impide tener, en la práctica, las mismas oportunidades que los demás y, por esa circunstancia, un modelo de igualdad de oportunidades es insuficiente.

Una política de acción afirmativa se funda en el reconocimiento de que un grupo de la sociedad sufre actualmente una posición desventajosa que les impide tener, en la práctica, las mismas oportunidades que los demás y, por esa circunstancia, un modelo de igualdad de oportunidades es insuficiente.

Con las acciones afirmativas no se alude a cualquier grupo que padece alguna desventaja. Tal como señala Figueroa, “se requiere un grupo afectado por una acción estatal sistemática y persistente que produce un específico resultado: colocar al grupo en una posición de desventaja tan profunda que aunque se eliminen las barreras y normas discriminatorias y aunque se garanticen los mismos derechos, aquel grupo no podrá salir de su situación de desventaja o podría tomarle muchísimo tiempo”¹³⁴. Algunos ejemplos claros son las mujeres, las minorías sexuales o los indígenas.

En segundo lugar, e íntimamente vinculadas con las acciones afirmativas, se encuentra la discriminación indirecta.¹³⁵ Por discriminación indirecta se entiende aquella situación en la que no existe una norma explícita que discrimine al grupo postergado, sino un conjunto de barreras fácticas y estructurales que impiden u obstaculizan que se cristalice la igualdad de trato que el ordenamiento jurídico dispone, al menos formalmente, para todos. El caso de las cuotas de género es un ejemplo claro.¹³⁶ Otro caso relevante es el de las personas indígenas, las que no pueden disfrutar de la igual ciudadanía si no se les reconocen sus vínculos identitarios.¹³⁷

134 FIGUEROA (2015), pp. 195-196.

135 CORNEJO (2011), pp. 78-87.

136 FIGUEROA (2015), pp. 189-214.

137 VILLAVICENCIO (2015), pp. 301-325; GARCÍA y VILLAVICENCIO (2016), pp. 13-38.

3.3 La igualdad ante la ley en el derecho chileno

La Constitución de 1980 establece la igualdad ante la ley. El titular del derecho, según el texto normativo, es toda persona. El destinatario del derecho es el Estado y los particulares, pues los derechos fundamentales operan tanto en las relaciones verticales (Estado-ciudadano) como horizontalmente (ciudadano-ciudadano), de acuerdo con los artículos 6, 7 y 20 de la Constitución. Los problemas comienzan cuando nos preguntamos por las obligaciones asociadas a este derecho.

El *Diccionario Constitucional Chileno* define igualdad como “un concepto poliforme dentro de nuestra Constitución, que explica tanto la condición valorativa humana, un principio constitucional, una regla de trato, un criterio comparativo, un punto de partida para la adopción de políticas públicas o un deber de resultado sobre las mismas”¹³⁸.

Se trata de un concepto que no sólo tiene múltiples significados, sino que además hace referencia a una serie de otros conceptos relacionados entre sí: arbitrariedad, igualdad de oportunidades, igualdad de resultados, razonabilidad, igualdad ante la ley, igualdad en la ley, entre otros. Se ha dedicado la primera parte de este capítulo para tratar estas problemáticas.

En la dogmática, la formulación clásica de la igualdad sostiene que la igualdad consiste en tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual.¹³⁹ En un sentido similar, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes”¹⁴⁰. Esta formulación, si bien

138 GARCÍA et al. (2014), p. 540.

139 DÍAZ GARCÍA (2012), p. 37.

140 Sentencia Tribunal Constitucional, rol N° 1254-08, considerando 46.

La igualdad es un concepto relacional porque siempre alude a un vínculo, relación o lazo entre dos elementos, personas o situaciones de hecho. La relación establece una comparación que se realiza en razón de los elementos normativos relevantes en cada caso.

es susceptible de críticas, permite dar cuenta de dos elementos que parecen ser pacíficos respecto de la igualdad jurídica en nuestro derecho:

- 1) la igualdad, cualquiera sea la concepción que se siga, es siempre un concepto normativo y,
- 2) en cualquier caso, la igualdad representa una relación entre al menos dos elementos, personas o situaciones de hecho.¹⁴¹

La igualdad es un concepto normativo y esto significa que se refiere a un deber-ser, de modo que no describe como las cosas son actualmente. Por esta razón, cuando alguien afirma “A es igual a B” esta frase siempre debe traducirse como “A debe ser considerado como igual a B”. Así, el aspecto normativo se encuentra relacionado a las normas vigentes (explícitas o implícitas) en el ordenamiento jurídico.

Una consecuencia importante de esta idea es que la igualdad debe establecerse como una relación entre normas y no entre hechos. Esto permite que la igualdad sea flexible, porque su contenido puede variar en diversos sectores del sistema jurídico y, además, permite evitar un error frecuente: justificar la igualdad en hechos, situaciones o eventos. Como veremos más adelante, la igualdad es principalmente un problema de la *quaestio iuris* y no de la *quaestio facti*.

La igualdad es un concepto relacional porque siempre alude a un vínculo, relación o lazo entre dos elementos, personas o situaciones de hecho. La relación establece una comparación que se realiza en razón de los elementos normativos relevantes en cada caso. Piénsese, por ejemplo, en una norma que prohíba la realización de las ceremonias religiosas del culto a los gatos japoneses en la vía pública, pero que no se pronunciara sobre las ceremonias de otras religiones, las que se concibieran, por tanto, permitidas. Este es un caso de vulneración de igualdad, sólo en el entendido de que se nos presenta una relación de diferencia injustificada entre dos elementos: la religión de gatos japoneses y el resto de las religiones. En cambio, si la norma prohibiera de plano todo tipo de ceremonia religiosa en la vía pública, ciertamente no podríamos hablar de una vulneración

141 DÍAZ (2012), p. 38.

a la igualdad, puesto que carecemos de un punto de comparación. El caso debería ser abordado desde otra perspectiva. Por ejemplo, como una vulneración al derecho a la libertad de culto, al libre desarrollo de la personalidad o a la libertad de expresión.

3.3.1 La igualdad ante la ley como prohibición de discriminación arbitraria

La dogmática nacional entiende que la discriminación arbitraria es aquella diferenciación que no tiene un fundamento, que no tiene una justificación jurídicamente atendible o cuya justificación es desproporcionada. Lo arbitrario es entendido como caprichoso, algo a lo que el derecho no debe atender y que prohíbe.¹⁴² Si bien existen múltiples elementos dentro del ordenamiento jurídico que dan cuenta de la prohibición de discriminar arbitrariamente, la principal norma se encuentra en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.¹⁴³

Nótese que el precepto constitucional se refiere expresamente a la ley y a la autoridad, no refiriéndose a las relaciones entre particulares. Esto ha generado un arduo debate doctrinario y jurisprudencial sobre qué tan amplia es la prohibición de arbitrariedad en el derecho nacional y si sólo puede ampliarse a determinadas situaciones reguladas especialmente por el legislador a tal efecto, o bien se trata de una prohibición de carácter general, aplicable a las relaciones no regladas entre particulares. La tesis mayoritaria parece ser la primera, y esto se evidencia en que existen prohibiciones específicas, tanto en la ley como en la Constitución, que proscriben la arbitrariedad en ámbitos específicos. Un claro ejemplo lo encontramos en el artículo 19 N°

142 Una definición legal de arbitrariedad la encontramos en la Ley N° 20.609: “Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad” (art. 2°).

143 Artículo 19 N° 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

16 de la Constitución, referente a la libertad de trabajo.¹⁴⁴ También ocurre en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.¹⁴⁵

Ahora bien, existen buenas razones para reconsiderar la tesis clásica por una tesis que admita, a lo menos, una prohibición atenuada de discriminación arbitraria entre los particulares. Así lo ha señalado José Manuel Díaz de Valdés¹⁴⁶, quien ha sostenido la validez de la prohibición en relaciones entre particulares a través de cuatro argumentos:

- Una interpretación amplia de la voz “autoridad”, utilizada por el artículo 19 N° 2 de la Constitución, no tiene por qué referirse únicamente a relaciones entre un particular y el Estado. También es válido plantear la existencia de autoridades civiles, cuestión que ampliaría el ámbito de aplicación de la norma.
- Mediante una interpretación ejemplar de las expresiones “en Chile no hay persona ni grupo privilegiado” o “en Chile no hay esclavos”, el autor plantea que ni la esclavitud ni los privilegios son productos exclusivos de relaciones con el Estado, sino que también surgen de (y entre) particulares.
- El propio autor cuestiona seguir la tesis estadounidense de reconducir las discriminaciones realizadas por un particular a sus relaciones con el Estado. En caso de que exista discriminación por parte de, por ejemplo, un prestador de servicios privado pero encargado por el Estado, se podría accionar directamente contra este último. Este argumento es problemático, porque no todas las discriminaciones entre particulares pueden ser susceptibles de redirigirse a una relación estatal.

144 Artículo 19 N° 16. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

145 Artículo 3. Son derechos y deberes básicos del consumidor: c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios.

146 DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 154-161.

- La relación entre el artículo 19 N° 2 y el artículo 20 señala que la acción de protección que ampara la igualdad no distingue si el que priva, perturba o amenaza el ejercicio legítimo del derecho es el Estado o un particular.

La prohibición de discriminación entre particulares también se puede justificar con base en el llamado efecto horizontal de los derechos¹⁴⁷, ya que el principio constitucional de igualdad que se expresa tanto en los artículos 1° y 19 N° 2¹⁴⁸ es obligatorio para toda persona, institución y grupo en virtud de la supremacía constitucional que se expresa en el artículo 6 de la Constitución.¹⁴⁹ De este modo, progresivamente el respeto a los derechos fundamentales obliga a los particulares, ya sea por aplicación directa de la Constitución –a través de la acción de protección– o por medio de disposiciones legislativas explícitas que prohíben discriminar arbitrariamente en distintos contextos.¹⁵⁰

Más adelante en este mismo trabajo se tratarán detalladamente los problemas de la discriminación arbitraria en casos de discapacidad.

3.3.2 La igualdad ante la ley como igualdad formal e igualdad sustantiva

La igualdad formal, en su concepción histórica, hace referencia a un atributo que debe tener la ley: no puede destinarse a privilegiar a determinados grupos o estamentos sociales en desmedro de

147 Principio según el cual los derechos fundamentales no sólo rigen las relaciones entre un particular con el Estado, sino que también en muchos casos irradian las relaciones sociales entre los propios particulares.

148 “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

149 Contenido en el artículo 6 de la Constitución, señala: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

150 La Ley N° 20.609, sobre todo en lo señalado en su artículo 2: Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Como puede apreciarse, la norma citada señala expresamente a los particulares como posibles fuentes de discriminación arbitraria, lo que parecería aumentar bastante el alcance de la prohibición de arbitrariedad. Sin embargo, el sistema de protección que contempla la ley es sumamente restrictivo y no existe aún suficiente jurisprudencia como para determinar cuál será el efecto concreto que producirá esta normativa en el derecho nacional.

Las categorías sospechosas son elementos subjetivos a los que no se puede atender al momento de discriminar o diferenciar. Hablamos generalmente de categorías tan importantes como el sexo, la raza, el color de piel, la sexualidad o la religión.

otros. Este tipo de igualdad se suele representar con la imagen de una justicia vendada, indiferente al poder económico o social que pudiese tener una persona y que no reconoce diferencias entre la población. Esta simplificación histórica no deja, en todo caso, de ser un esfuerzo pedagógico de evidenciar el interés del derecho en resguardar su neutralidad y su independencia de otros poderes. En última instancia, la preocupación era que el derecho se mostrara hábil para dirimir entre conflictos sociales sin ver sus decisiones cuestionadas ni coaccionadas por el poder individual o estamental.

La denominada igualdad formal sigue siendo importante hoy en día, pues se trata de una regla general: las personas deben ser tratadas de manera idéntica mientras no exista una diferencia sustantiva que resulte jurídicamente relevante. Se trata de una presunción, en virtud de la cual los beneficios o privilegios que se otorguen a una persona o grupo en desmedro de otro deben estar debidamente justificados. Existe así una carga probatoria de quien diferencia, debiendo acreditar que su diferenciación no es arbitraria. Asimismo, existen ciertos criterios que suelen revelar aún más la necesidad de cuidado por parte de la autoridad, puesto que suelen ser indicativos de una discriminación arbitraria. Hablamos de las categorías sospechosas.

Las categorías sospechosas son elementos subjetivos a los que no se puede atender al momento de discriminar o diferenciar. Hablamos generalmente de categorías tan importantes como el sexo, la raza, el color de piel, la sexualidad o la religión.¹⁵¹ Cuando estas categorías se encuentran presentes en alguna normativa emanada del legislativo, el Tribunal Constitucional debe proceder a su análisis –presumiendo la ilicitud del texto– aun cuando la regla general en ese caso es presumir la constitucionalidad de la norma emanada por el legislador. Tal es su efecto, que la norma sólo podrá entrar en vigor si la diferencia aparece razonablemente justificada. Esto suele ocurrir en el caso de las llamadas acciones positivas o afirmativas, las que se basan en criterios

151 Un listado más exhaustivo puede ser encontrado en el artículo 2 de la ley contra la discriminación, antes citado en extenso.

prohibidos (sexo, raza, religión, etcétera) para otorgar beneficios en favor de grupos históricamente marginados, situación no exenta de polémica pero que ha sido aceptada por el derecho contemporáneo.

Como hemos señalado, para el derecho no son irrelevantes las diferencias entre las personas, sino que exige –cuando resulta justificado– su reconocimiento, protección y desarrollo. Para ello, es usual que el ordenamiento jurídico establezca ciertos beneficios en favor de grupos que se encuentran en una posición de desventaja por razones históricas o sociales. Los beneficios toman la forma de cuotas, becas, subsidios y otros elementos que favorecen al colectivo y permiten una justa competencia, dando forma a lo que se conoce como acciones positivas. El fundamento último de estas acciones es reparar lo que se percibe como una desigualdad estructural que la sociedad ha construido y que genera distorsiones en el ámbito de la competencia y de las oportunidades.

La utilización de estas acciones no ha estado exenta de polémicas y debates en el mundo del derecho y no son pocas las voces que han alegado su ilicitud por permitir la utilización de criterios que usualmente se encuentran prohibidos. Se ha señalado que categorías tales como el sexo, la raza, la religión u opiniones políticas hacen presumir la ilicitud de la diferenciación mientras no se pruebe la racionalidad de la medida. Esto resulta particularmente relevante en la justicia constitucional, puesto que los proyectos de ley que establecen diferenciaciones basadas en estas categorías serán sospechosos de ser ilícitos hasta que no se demuestre su razonabilidad. Piénsese, por ejemplo, en una ley de cuotas que obligue a los partidos políticos a presentar candidatas mujeres en una determinada proporción, disminuyendo la participación masculina en política. Si bien el fin puede ser legítimo, al aumentar la representación femenina en un ambiente en donde existe amplia mayoría masculina, no se deja de establecer una diferencia debido al sexo biológico de la persona, criterio que usualmente no admitimos como válido para asignar beneficios ni privilegios. La crítica anterior se ve reforzada por la preocupación del estatus de “grupo vulnerable” o “incompetente” que puede sufrir el colectivo favorecido. El grupo puede aparecer como estigmatizado por el beneficio otorgado en su favor. No sería raro encontrarse con

la crítica de mujeres que no se quieren ver favorecidas por el ordenamiento jurídico, puesto que –desde su perspectiva– no necesitan ayuda ninguna para competir.

Se han contestado las críticas anteponiendo la necesidad de resguardar la igualdad de oportunidades entre los competidores, porque en muchas ocasiones ellos se encuentran determinados por una situación de injusticia que antecede a la competencia. Una competencia entre hombres y mujeres en el escenario político no sería, del todo, una igualdad de condiciones. Los partidos políticos históricamente han preferido destinar más recursos a candidatos masculinos, dificultando así el conocimiento y difusión de las ideas y proyectos de las candidatas femeninas. Todo lo anterior deriva en que, de no intervenir, la situación de injusticia se perpetúe, impidiendo que el grupo marginado pueda llegar a una situación de igualdad en relación con el grupo dominante. Es en razón de resguardar la igualdad por lo que el sistema jurídico tolera la utilización del criterio “sexo biológico” como un criterio válido para distribuir beneficios en favor del sexo que ha sido discriminado históricamente.

A su vez, los defensores de esta teoría se han hecho cargo de las críticas referentes al estigma y a la utilización de las acciones positivas como elementos que pueden ser riesgosos para el grupo favorecido, en tanto pueden transformarse en una perpetuación del estatus disminuido de quienes quieren ser tratados como iguales. Podemos sortear esta crítica en base a dos elementos: la excepcionalidad de la acción positiva y su temporalidad. La acción positiva no es una regla general y el derecho no debe aspirar a solucionar todos los problemas que enfrenta un colectivo mediante la atribución de beneficios, sino que se debe procurar la razonabilidad del beneficio asignado, esto es, que lo entregado se ajuste a las dificultades del colectivo, representando un medio idóneo, necesario y proporcional a la situación de desventaja enfrentada, al recordar en todo momento la necesidad de resguardar una justa competencia entre todos los actores.

En segundo término, las acciones positivas son, en esencia, temporales. Su uso se proyecta en el tiempo –junto a la utilización de otras herramientas– con la finalidad de eliminar las desigualdades que no permiten la justa competencia. No se trata de establecer leyes

de cuotas eternas, sino que permitan llegar a una situación tal en que la misma ley de cuotas ya no sea necesaria. Teniendo en consideración lo dicho, la mayoría de los sistemas jurídicos desarrollados del mundo contemplan algún tipo de acción afirmativa en favor de diversos colectivos, existiendo además instrumentos internacionales que se refieren a su uso.

3.3.3 Igualdad en la ley e igualdad ante la ley

Otra clasificación relevante de la igualdad atiende a lo que debe ser igual, vale decir, al objeto de la igualdad. Dijimos que la igualdad es un concepto normativo y relacional. En este último sentido, recalcamos que no existe una igualdad atribuible a conceptos totalizadores como “todos”, “nadie”, “siempre”, sino más bien que requeríamos la existencia de una disparidad. Pues bien, el objeto de la igualdad no es otra cosa que la disparidad que es jurídicamente necesario sortear.

En el caso de la igualdad en la ley, lo que nos preocupa es que la norma creada por el legislador –y aplicada por los tribunales de justicia– utilice criterios adecuados para diferenciar o, dicho en negativo, que no contenga diferenciaciones arbitrarias. De esta forma, lo repudiado por la igualdad es la creación de normas que diferencien arbitrariamente entre sus destinatarios o bien que, como resultado de su aplicación, se produzca una situación concreta de disparidad no tolerada por el ordenamiento jurídico. La igualdad en la ley es así un mandato al legislador, el que debe procurar crear preceptos normativos concordantes con el ordenamiento constitucional. En este sentido, es el Tribunal Constitucional el principal garante de este tipo de igualdad, el que puede llegar a realizar un control a priori de las normas elaboradas por el legislador que aún no están vigentes, así como un control a posteriori, mediante la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad.

Distinto es el caso de la igualdad ante la ley, que es un mandato dirigido al juez para que procure una aplicación igualitaria del derecho. En este sentido, se vulnera la igualdad cuando los jueces aplican el derecho de tal forma que, frente a casos iguales, nos encontramos con sentencias en que lo otorgado difiere sustancialmente. Un caso es igual a otro cuando los elementos relevantes para su calificación jurídica y para su decisión no difieren. No hablamos aquí de identidad,

pues, por cierto, no existen dos casos idénticos, sino más bien de elementos que permiten y configuran el actuar jurídico. Este tipo de igualdad se encuentra, por cierto, muy poco desarrollado en nuestro país y, en general, parece ser un elemento sumamente discutido en todos los países de tradición continental. La aplicación de una misma norma a casos iguales con resultados distintos es un asunto bastante habitual en el derecho nacional y no existe un acuerdo doctrinario, jurisprudencial o normativo que nos permita evidenciar un curso de acción para cuando este tipo de igualdad ha sido vulnerada.

3.4 Análisis de una sentencia

En esta sección analizaremos una sentencia desde el punto de vista del razonamiento necesario para colmar el principio de igualdad.

3.4.1 Reproducción de la sentencia

Vistos:

En autos Rol C-1907-2017, del Tercer Juzgado de Letras de Iquique, sobre acción de no discriminación arbitraria, caratulados “Torres con Universidad Arturo Prat”, por sentencia de 26 de febrero de 2018, se la acogió, con costas.

Se alzó la parte demandada y la Corte de Apelaciones de Iquique, por sentencia de 23 de abril de 2018, revocó el fallo de primera instancia, desechando la acción de no discriminación.

En contra de este último pronunciamiento, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando su invalidación y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que acoja en todas sus partes la acción deducida.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, la parte recurrente sostiene como primer capítulo que la sentencia ha vulnerado en forma manifiesta el artículo 2 de la Ley 20.609 en relación con el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en el sentido que no consideró la igualdad ante la ley respecto de este caso, como tampoco el hecho que, ni la ley ni autoridad alguna puede establecer diferencias arbitrarias.

En el segundo capítulo indica, que se ha afectado el artículo 7 de la Ley 20.422 en relación con el número 10 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en el sentido que el derecho a la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personas en las distintas etapas de su vida, y el artículo 24 N° 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estableciendo la norma constitucional citada en su último inciso que es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

En el tercer capítulo expone que se afecta en particular el artículo 39 inciso segundo de la Ley 20.422 y la Ley 20.609 en relación con el N° 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuando la sentencia dispuso que la Universidad Arturo Prat estableció los requisitos exigidos para el ingreso a la carrera de Agronomía fundado en la garantía constitucional contenida en la última norma citada.

Por último señala cómo los vicios alegados influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia que impugna, y solicita que se acoja el recurso y se la anule en aquella parte que rechaza la acción de discriminación arbitraria y acto seguido y separadamente, se dicte la de reemplazo que declare: a) Que la Universidad Arturo Prat incurrió en una conducta de discriminación arbitraria, mediante su negativa a la solicitud de ingreso especial a la carrera de Agronomía de don Fernando Torres Azocar, por su discapacidad de Síndrome de Asperger afectando el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales, previstos en el artículo 19 N° 2 y 10 de la Carta Fundamental; b) Que se ordene dejar sin efecto la carta fechada el 29 de marzo de 2017 de la Rectora subrogante de la Universidad Arturo Prat; c) Que dicha casa de estudios superiores deberá realizar los ajustes necesarios y razonables al Decreto Exento N° 023 de 14 de enero de 1994, para adecuar los procedimientos de selección y de ingreso especial, a fin que Fernando Torres Azócar pueda participar en igualdad de condiciones con los discapacitados ciegos, como lo exige la Ley 20.422, todo dentro del plazo de 30 días hábiles desde la dictación de la sentencia de reemplazo; y d) Que se condene en costas a la demandada.

Segundo: Que la sentencia impugnada estableció como hechos de la causa los siguientes: 1.- La condición de salud que presenta el actor; 2.- Que frente a situaciones similares la casa de estudios ha actuado de la misma manera, pues ha exigido la rendición de la PSU y la obtención de un puntaje mínimo, como asimismo el rendir la prueba de Ciencias, requisitos que todos los alumnos deben cumplir, salvo los casos especiales de admisión que están reglamentados en el Decreto Exento N° 023 de fecha 14 de enero de 1994, que establece el Texto Definitivo del Reglamento de Ingresos Especiales, entre los cuales se encuentran las personas no videntes, aquellas que tengan la condición de Aymará, deportistas destacados, sin que se contemple en ese instrumento a los postulantes que padecen Síndrome de Asperger; 3.- Que la universidad demandada acepta el ingreso especial de personas con discapacidad, en la medida que se acojan a dicho sistema y, cumplan los requisitos necesarios para acceder al mecanismo, al cual no se sometió el actor; 4.- El demandante rindió PSU pero no obtuvo el puntaje mínimo exigido para ingresar a la carrera de Agronomía a la cual postuló, y no rindió la prueba específica exigible, razones por las cuales no fue aceptado su ingreso a la universidad demandada;

5.- La universidad cuenta con el Proyecto “Unap Te Incluye”, que es aplicable únicamente a quienes son estudiantes y presenten necesidades educativas especiales transitorias y / o permanentes.

Tercero: Que, en relación a si han existido acciones discriminatorias los jueces del fondo señalaron en el fundamento séptimo del fallo recurrido: “Así las cosas, no resultó acreditado que la demandada haya efectuado una “distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable”, por cuanto la negativa de aceptar el ingreso del demandante se debe a que él no se acogió al sistema de ingreso especial para situaciones de discapacidad y a mayor abundamiento, ni siquiera cumplió con los requisitos mínimos establecidos para ello, como son rendir la PSU, obtener un puntaje mínimo y dar la prueba específica en materia de Ciencias”... añadiendo luego “según lo razonado, en autos no resulta posible establecer que la demandada haya incurrido en una acción de discriminación arbitraria hacia el actor, requisito esencial para acoger la demanda acorde al artículo 2 de la ley 20.609”.

Cuarto: Que, en relación al primer capítulo de nulidad, es necesario señalar que el artículo 2 de la Ley 20.609 entiende por discriminación arbitraria “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”. Alega el recurrente que el derecho fundamental que le ha sido vulnerado es el contenido en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es la igualdad ante la ley, al impedirle sin justificación razonable el poder continuar con sus estudios, excluyéndole por presentar una discapacidad.

Añade dentro de este mismo capítulo de nulidad, lo que refrenda en el segundo, que la Universidad Arturo Prat al actuar como lo ha hecho vulnera el artículo 7 de la Ley 20.422 , en relación al N° 10 del artículo 19 de la Constitución Política, y el artículo 24 N° 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al impedirle al actor su pleno desarrollo, siendo deber de la demandada como miembro de la

comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, entregando igualdad de oportunidades de acceso a la educación superior a las personas con discapacidad, con ausencia de toda discriminación.

Quinto: Que el artículo 7 de la Ley 20.422 establece: “Se entiende por igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva, orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social.” Por su parte la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fuera ratificada por Chile, en su artículo 24 N° 1 dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a, ... señalando en el número 2 que “Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes aseguraran que... e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”. Agregando en el número 5 que “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con los demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad”.

Sexto: Que como se puede advertir de la lectura de las normas transcritas, el prestador de servicios educacionales, tiene el deber de adoptar medidas destinadas a evitar, o compensar las desventajas que presenta una persona con discapacidad, para asegurar que el mecanismo de selección resguarde su derecho a participar en igualdad de oportunidades.

Séptimo: Que para que se esté frente a acciones descritas como discriminatorias conforme al artículo 2° de la Ley 20.609 ellas han de ser carentes de justificación razonable y, por otra parte para que se estime que la universidad demandada con su actuar ha infringido el artículo 7 de la Ley 20.422, y el artículo 24 de la Convención ya individualizada, dicha casa de estudios ha debido omitir hacer los ajustes necesarios de manera eficaz, sin que ello suponga una carga desproporcionada, a fin de facilitar el acceso a personas con discapacidad en iguales condiciones.

Octavo: Que la conducta desplegada por la universidad Arturo Prat, no puede estimarse que constituya una infracción a las normas que se denuncian ya individualizadas en el fundamento cuarto de este fallo, por cuanto no aparece que el actor haya sido excluido atendida su condición por una justificación no razonable, toda vez que al ser un hecho de la causa como se asentó en el fundamento segundo de esta sentencia, que la universidad demandada acepta el ingreso de personas con discapacidad en la medida que se acojan a dicho sistema y, cumplan con los requisitos necesarios para acceder al mismo, cuestión que el actor no hizo, se comprueba que la Universidad Arturo Prat ha generado mecanismos para procurar la inclusión de personas con discapacidad, no pudiendo entonces estimarse que se esté frente a una conducta discriminatoria, al no aceptarlo como alumno en estas condiciones, apareciendo que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad que consagra el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política.

Noveno: Que, en relación al tercer capítulo de infracciones, referido a la vulneración del inciso 2° del artículo 39 de la Ley 20.422 que exige a las instituciones de educación superior contar con mecanismos que faciliten el acceso a personas con discapacidad, asimismo ha de ser desechado por cuanto conforme a los hechos que fueron establecidos en el fundamento segundo y, acorde a lo razonado especialmente en el fundamento octavo de este fallo, la demandada ha establecido mecanismos para el ingreso de personas que presenten una condición como la del actor, sin que haya optado por someterse a ellos, razón por la cual no ha podido verificarse la infracción que se denuncia.

Décimo: Que, lo reflexionado en los fundamentos anteriores lleva a concluir, que el recurso habrá de ser desestimado.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de veintitrés de abril de 2018.

La ministra señora Chevesich concurre a la decisión por las siguientes consideraciones:

1° Que el Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educativo de la Universidad de Chile (DEMRE), junto al Consejo de Rectores Universidades Chilenas, para dar cumplimiento a la normativa a que se hace referencia en el motivo octavo de la sentencia de primera instancia, reproducido por la impugnada, incorporó a la normativa que reglamentaba la postulación para rendir la Prueba de Selección Universitaria (PSU), para el proceso de admisión 2017, un apartado en que el postulante podía ejercer el derecho a requerir los ajustes necesarios, en razón de su situación de discapacidad,

presentando una solicitud escrita dirigida a la Dirección del DEMRE con la finalidad que el examinador adoptara las medidas necesarias para que pudiera rendirlas sin dificultades. A partir de mayo de 2017, dicho departamento realizó campañas de difusión y desarrolló de manera sistémica mecanismos de ajustes, adecuaciones o apoyos con la finalidad de garantizar la participación de las personas en situación de discapacidad en el referido proceso, y elaboró un protocolo que da cuenta de aquellos poniéndolo a disposición de las personas que en su carácter de examinadoras intervienen en el proceso de admisión a las universidades. Lo señalado consta en el denominado Documento Oficial N° 1, de 9 de junio de 2016, Normas y Aspectos Importantes del Proceso de Admisión, que se puede obtener en las siguientes páginas de internet: <https://psu.demre.cl/publicaciones/2017/2017-16-06-09-cruch-normasproceso>; <https://psu.demre.cl/inscripcion/como-inscribirme/paso2-datos-direccionparticular>; <https://psu.demre.cl/inclusion/memoria>;

2° Que el síndrome Asperger, conforme a la literatura médica, es un trastorno del desarrollo que se incluye dentro del espectro autista y que afecta la interacción social recíproca, la comunicación verbal y no verbal, una resistencia para aceptar el cambio, inflexibilidad del pensamiento así como poseer campos de interés estrecho y absorbentes, siendo las personas que lo padecen, generalmente, extremadamente buenos en las habilidades de memoria, sobresaliendo en matemáticas y ciencia; en consecuencia, a juicio de la que previene, se debe concluir que el Estado dio cumplimiento a la normativa consagrada en la Ley N° 20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, por lo señalado en el párrafo anterior, respecto de las personas que padecen dicha sintomatología;

3° Que, además, como quedó asentado por la judicatura del fondo que el recurrente rindió la Prueba de Selección Universitaria sin obtener el puntaje mínimo exigido para ingresar a la carrera de agronomía, y no dio la prueba específica aplicable, desconociéndose si se acogió al sistema que el órgano competente estableció para que las personas con trastornos del espectro autista puedan rendirla, esto es, si, en forma previa, manifestó padecer del síntoma que lo aqueja para que pudiera rendirlas en condiciones diferentes al resto de los postulantes, también que la Universidad Arturo Prat requiere dichas pruebas a todos aquellos que quieren ingresar a cursar la citada carrera, salvo que se trate de casos especiales de admisión debidamente reglamentados por esa casa de estudios superiores, no aplicable al recurrente, concluye que la sentencia impugnada no incurrió en los yerros que se denuncia.

Regístrese y devuélvase.

Redactó la Ministra señora María Angélica Repetto García, y la prevención, su autora.

Regístrese y devuélvase.

N° 11.978-2018.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la Abogada Integrante señora Leonor Etcheberry C. No firman el Ministro señor Silva C., y la Abogada Integrante señora Etcheberry, no obstante haber ambos concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar haciendo uso de su feriado legal el primero, y encontrarse ausente la segunda.

3.4.2 Análisis de la sentencia

En esta sección realizamos un análisis general del razonamiento judicial de la sentencia que finaliza el caso rol C-1907-2017, del Tercer Juzgado de Letras de Iquique, sobre acción de no discriminación arbitraria. No realizamos un análisis detallado, porque eso implicaría analizar el voto concurrente de la ministra Chevesich y esto dificultaría nuestra exposición.

En el caso en cuestión, la Corte de Apelaciones de Iquique rechazó la acción deducida. La pretensión del actor era declarar que la Universidad Arturo Prat lo había discriminado arbitrariamente al no permitir su ingreso a la universidad en razón de su condición de Asperger. La universidad, por su parte, alegó que no había tal discriminación porque el postulante no fue admitido debido a que no cumplió con requisitos formales establecidos en el sistema de admisión universitaria.

La Corte rechazó la acción porque el demandante no había cumplido los requisitos formales para ingresar a la educación superior. Más allá de esta razón de fondo para rechazar la acción, es interesante notar que el tribunal especifica el principio de igualdad para resolver el caso.

Los principios jurídicos son normas derrotables y genéricas.¹⁵² Estas dos cualidades significan, en primer lugar, que ellas no pueden ser aplicadas directamente por medio de un simple razonamiento deductivo del tipo “premisa mayor”, “premisa menor”, “conclusión”.¹⁵³ Esto es así porque los principios admiten excepciones implícitas no especificadas en su condición de aplicación, es decir, no identificadas en el supuesto de hecho de la norma. En segundo lugar, los principios son normas que requieren de la elaboración de una norma más precisa que sea aplicable al caso que se juzga.¹⁵⁴ Este proceso de elaboración es denominado especificación o concretización. Así, las disposiciones que expresan principios son un material jurídico básico, a partir del cual los jueces construyen las normas que usarán en la composición del silogismo judicial que resuelve el caso.

El principio de igualdad constitucional permite observar dos cualidades de los principios jurídicos. Es pacífico en la doctrina constitucional estimar que la igualdad es un concepto vacío, esto es, sin contenido y que no provee un criterio sustantivo de comparación; y también es un término equívoco o ambiguo, es decir, que posee diversos significados y aproximaciones, variando acorde a las circunstancias en que es invocado.¹⁵⁵ Ambas cualidades surgen por la textura abierta de las normas constitucionales, la que permite una actividad constructiva más laxa. Los casos de igualdad suponen valoraciones normativas que configuran un juicio de igualdad, en virtud del cual se aprecia una situación de hecho, se especifica el principio a la luz de esas circunstancias y se extrae una norma jurídica implícita aplicable al caso.

152 GUASTINI (2016), p. 75 y ss.

153 Un razonamiento es una secuencia de enunciados donde al menos uno desempeña la función de conclusión y los restantes desempeñan la función de premisas o argumentos en favor de dicha conclusión. Generalmente, el razonamiento jurídico se formula en torno a la existencia de normas explícitas que actúan como las premisas, mientras que la norma implícita constituye su conclusión. Una simplificación de esto puede retratarse mediante el siguiente ejemplo: (P1) El que mate a otro será sancionado con 10 años de cárcel + (P2) Benjamín ha matado a Diego = (C) Benjamín debe ser sancionado con 10 años de cárcel. Para ahondar en esta materia, cotejar Guastini, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar* (trad.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 165.

154 Los principios jurídicos son normas configuradas sobre una elección valorativa en la base de producción del derecho (por el legislador), en la fase de aplicación del derecho (por los jueces) o en la elaboración de un razonamiento jurídico (jueces y dogmática). En las dos últimas perspectivas, los principios son funcionales a la utilización de técnicas interpretativas y argumentativas que deben ser concretizadas en su aplicación. Ver COMANDUCCI (1998), pp. 89-104, pp. 90-100.

155 Según lo planteado por DÍAZ DE VALDÉS (2015), pp. 153-187.

3.4.3 Pasos para hacer una especificación

Metodológicamente, la especificación de todo principio constitucional (y en especial el de la igualdad constitucional), no ha sido tratada con suficiencia por la doctrina nacional, lo que complejiza establecer una guía sobre cómo debe ejecutarse la especificación de este principio.¹⁵⁶ En la literatura internacional es posible determinar varias formas diferentes para especificar un principio.¹⁵⁷ Mediante una combinación de procedimientos procedentes de la teoría constitucional, planteamos en un modelo sencillo de especificación que pudo haber sido aplicado en la resolución del caso:

- 1) **Delimitación del problema normativo.** En este paso el tribunal debe identificar cuáles son los hechos relevantes del caso y cuáles son las normas que están en juego. Naturalmente, la especificación de la igualdad ante la ley exige detenerse un momento en la prueba de la discapacidad, porque la condición de discapacitado resulta ser un factor clave al momento de establecer la obligación del recurrido en orden a entregar ciertas prestaciones con el propósito de asegurar un trato igualitario.¹⁵⁸ En la sentencia analizada, esto implica determinar si el recurrente es (o no) una persona con discapacidad, si se ha realizado una acción discriminatoria y/o un trato desigual y cuál ha sido la justificación que ha arguido el recurrido para actuar tal y como actuó.

Sobre la base de los hechos, el juez debe delimitar el universo normativo que es potencialmente aplicable a estos hechos. Al tratarse de un recurso de casación, este es un paso simple pues los hechos ya se tienen por acreditados y las normas jurídicas son aquellas que se condicen con las pretensiones de las partes, sin perjuicio de que el tribunal pueda incorporar más normas.

Suponiendo que los hechos de la causa no estuvieran suficientemente determinados, la especificación del principio de igualdad en casos de discapacidad podría verse truncada. La discapacidad

156 Sobre la especificación de otro principio constitucional, se recomienda ZÚÑIGA (2009), pp. 279-290.

157 GUASTINI (2011b; 2018); PINO (2010); RATTI (2009); ALEXY (2002).

158 MUÑOZ (2015), pp. 145-167.

es una categoría conceptual y fáctica indispensable que debe estar acreditada para formar una relación con la igualdad de oportunidades. Por ello, previo a la delimitación del problema normativo, se requiere de un análisis probatorio y conceptual de la discapacidad.

La legislación nacional es bastante heterogénea en el tratamiento de la discapacidad.¹⁵⁹ La regulación se enfoca en áreas específicas sin establecer un canon general. En efecto, ninguna ley o reglamento entrega una definición de discapacidad, de modo que le corresponderá a la judicatura elaborar una definición mediante una combinación de las fuentes del derecho, destacando los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, jurisprudencia y doctrina. Es un ejercicio conceptual que permite ser contrastado con las circunstancias particulares del caso sometido a su conocimiento.

- 2) **Fijar el contenido de las normas identificadas.** Este paso exige precisar el significado y la finalidad de las disposiciones que son potencialmente aplicables a los hechos. Para realizar esta tarea (típicamente normativa), el juez puede ayudarse de todas las técnicas de interpretación de la ley, de criterios doctrinales y de estándares de decisión jurisprudenciales. El resultado de este paso es un conjunto limitado de normas, entendidas como significados atribuidos por el juez a las disposiciones normativas. En el caso, la Corte Suprema detalla el contenido normativo y la finalidad del artículo 19 N° 2 de la Constitución, de la convención internacional invocada y de las leyes N° 20.422 y N° 20.609.

El contenido de la garantía del 19 N° 2 se concretiza a través del artículo 7 de la Ley N° 20.422, en su vertiente conocida como igualdad de oportunidades, concepción que cuenta con una definición legal. La Corte opta por no recurrir a criterios

159 Por ejemplo la Ley N° 19.712, de 2001, conocida como ley del Deporte, que establece un deber del Estado en relación con el deporte para personas en situación de discapacidad; la Ley N° 20.422, de 2010, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad; la Ley N° 21.015, de 2017, que incentiva la inclusión de personas con discapacidad en el mundo laboral.

doctrinarios ni jurisprudenciales. Esto es problemático, porque es sabido que el legislador es parco en la formulación de definiciones legales. Parece necesario entonces, recurrir a las convenciones y/o clasificaciones internacionales en materia de discapacidad para entender cómo se concibe el fenómeno y cómo es posible garantizar la igualdad de oportunidades a personas que viven con ella. Realizar la integración del derecho que proponemos, hubiese contribuido a la elaboración de casos paradigmáticos que habrían dejado en claro la regla implícita elaborada para descartar la discriminación arbitraria.

- 3) **Modelar casos paradigmáticos reales o ficticios con el objeto de ilustrar el modelo normativo.** Este paso exige que el juez use su imaginación y/o su memoria. Debe recordar los casos centrales, prototípicos o claros que han sido resueltos con las normas determinadas en el paso anterior. Estos casos paradigmáticos pueden ser reales o imaginarios, pertenecer al derecho nacional o comparado. A modo de ejemplo, la judicatura pudo recurrir a su propia jurisprudencia en lo que respecta a la admisión de personas con discapacidad a centros de educación. Por ejemplo, en la causa rol N° 8034-2018, que versa sobre un recurso de casación por una acción de discriminación arbitraria, se recurren a las mismas normas jurídicas y se razona en torno a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Para los efectos de la especificación en análisis, hubiese sido conveniente revisar la manera en que ese caso fue resuelto.

Con los casos paradigmáticos, el tribunal debe realizar ejercicios mentales de prueba y error. Estos ejercicios tienen por finalidad ajustar las normas teniendo a la vista cuáles serían las consecuencias normativas de su aplicación. El resultado de este paso es un conjunto de posibles soluciones con sus posibles consecuencias. En los casos de discapacidad y discriminación supone desarrollar un constructo teórico sobre la aplicación del principio constitucional de igualdad. Esto se conecta con el paso anterior, pues se recomienda realizar un estudio integral de la discapacidad. Para ello se debe considerar el Modelo de la OMS que considera a la discapacidad desde un enfoque biopsicosocial, o el modelo social instaurado por la Convención de las Naciones Unidas sobre las

Personas con Discapacidad. Ambos implican la realización de *ajustes razonables* en las instituciones superiores para asegurar la igualdad de oportunidades. La razonabilidad de los ajustes y sus límites deben ser establecidos en casos concretos y quedan bajo criterios de ponderación por parte de las autoridades judiciales y públicas competentes, quienes deben operar mediante criterios de justicia, equidad y no discriminación.¹⁶⁰

- 4) **Formulación de la regla implícita que será aplicada al caso sometido a su conocimiento.** En este paso del juez se plantea cuál es la regla jurídica derivada del principio especificado que resuelve el caso que se está juzgando. La regla es una norma singular y concreta que sirve para el caso que se juzga y que ha sido elaborada a partir de los tres pasos anteriores. Con esta regla sobre la mesa, el juez puede componer un silogismo judicial tradicional y subsumir los hechos en la condición de aplicación de la regla en cuestión.

La formulación de la regla implícita surge a partir de definiciones legales y de combinaciones normativas, y se fija en el considerando octavo de la sentencia. La Corte resuelve señalando que la Universidad Arturo Prat no incurrió en una discriminación arbitraria. Para arribar a esta conclusión, sostiene cuatro normas:

Norma 1. Es deber de la universidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, entregando acceso a la educación superior a las personas con discapacidad con igualdad de oportunidades.

Norma 2. El prestador de servicios educacionales tiene el deber de adoptar medidas destinadas a evitar o compensar las desventajas que presenta una persona con discapacidad con el objeto de asegurar que el mecanismo de selección resguarde su derecho a participar del proceso de selección en igualdad de oportunidades.

160 FINSTERBUSCH (2016), pp. 227-252, p. 240: “La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos”.

Norma 3. La igualdad de oportunidades se satisface (para todos los postulantes) por el cumplimiento de requisitos uniformes establecidos en el mecanismo de ingreso a la universidad.

Norma 4. Aquel estudiante con una discapacidad (o no) que no cumple con los requisitos de ingreso no es discriminado arbitrariamente.

Entonces, ya que el actor no cumplió con los requerimientos establecidos en el mecanismo de ingreso a la universidad, el tribunal concluye que no resulta posible establecer que la institución haya incurrido en una acción de discriminación arbitraria al negarle su ingreso.

La sentencia cumple con un piso mínimo en lo que respecta a la especificación de la igualdad. Cumple con los dos primeros pasos del método, dejando incompletos los restantes. La sentencia, entonces, está parcialmente injustificada porque los jueces no explicitan las razones para integrar el derecho al usar la noción de igualdad de oportunidades en lugar, por ejemplo, de la noción de igualdad sustantiva.¹⁶¹

Sin embargo, la pregunta que queda sin resolver en el razonamiento de la Corte Suprema es: ¿Son adecuados los mecanismos de ingresos para personas con discapacidad? Esta es una pregunta difícil de resolver en el marco de un recurso de casación, porque hacerlo implica cuestionar una política pública. Sin embargo, la cuestión no puede soslayarse. Si se acepta la noción de discriminación por indiferenciación, es posible afirmar que un sistema que trata con igualdad (formal) a sujetos que son desiguales genera una desigualdad injusta.¹⁶²

161 Es necesario destacar que la integración del derecho mediante la noción de igualdad sustantiva podría conducir a una decisión opuesta a la tomada.

162 Por todos, vale la pena dar un vistazo a ALEXY (1986).

3.5 Material complementario sobre el capítulo

Para profundizar en los temas tratados y antes de responder a las preguntas este capítulo, se recomienda leer los siguientes textos:

FIGUEROA, Rodolfo (2013): “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 11, N° 2), pp. 283-332.

FIGUEROA, Rodolfo (2000): “Igualdad y discriminación”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie de Publicaciones Especiales (N° 10), pp. 9-64.

FIGUEROA, Rodolfo (2008): “Concepto de derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis* (Vol. 14, N° 1), pp. 261-300.

PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar (2017): *Igualdad. Una inmersión rápida* (Barcelona, Tibidabo Ediciones).

Preguntas sobre el capítulo 3

En esta sección hay 14 preguntas sobre los conceptos centrales del capítulo. Las primeras 7 son de opción múltiple y las restantes son de verdadero o falso. Las respuestas correctas están listadas al final del libro.

A. Opción múltiple

- 1) **El concepto de identidad es:**
 - a. Un concepto aritmético propio de la lógica formal.
 - b. Un sinónimo de igualdad.
 - c. Un concepto normativo.

- 2) **¿Cuáles son los dos sentidos en que se puede emplear el concepto de discriminación?**
 - a. Neutral y positivo.
 - b. Positivo y no neutral.
 - c. Neutral y no neutral.

- 3) **¿Qué diferencia a la desigualdad de la discriminación?**
 - a. No tiene un sentido neutral ni no neutral.
 - b. No está orientada a la conducta de los individuos.
 - c. Está orientada a la conducta de los individuos, la discriminación no.

- 4) **¿Qué diferencia al principio de igualdad de la igualdad?**
 - a. Que es un principio, no una directriz.
 - b. Que es una directriz de conducta.
 - c. Que no está necesariamente conductualmente tematizado.

5) Respecto a la discriminación positiva, podemos afirmar que:

- a. Su justificación reside en la igualdad a largo plazo, no a corto plazo.
- b. Su justificación reside en la igualdad a corto plazo.
- c. Su justificación reside en la discriminación neutral.

6) Las críticas a la expresión “debe tratarse de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente” son:

- a. No es deseable alcanzar la igualdad real.
- b. Es una concepción arcaica que en la actualidad no presta utilidad.
- c. Todos somos diferentes y esta noción justifica la discriminación.

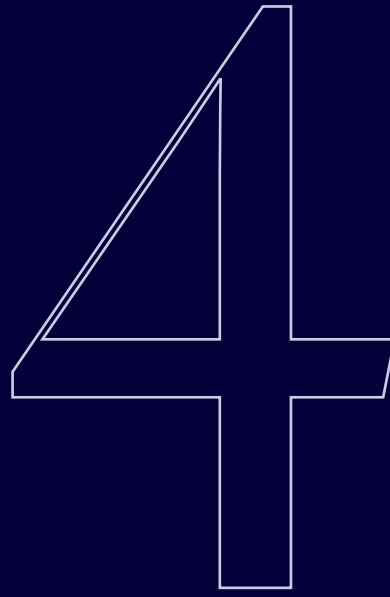
7) ¿Cómo se da a aplicación a la exigencia de igualdad en el trato?

- a. Con la igualdad formal y material.
- b. Con la igualdad ante la ley en la ley.
- c. Con la igualdad por diferenciación y equiparación.

B. Verdadero o falso

- 8) Las discusiones en torno a la igualdad son producto de las diferentes concepciones de ella y no conceptos.
- 9) Los espacios o modelos de igualdad son excluyentes entre sí, tal como lo son las diversas concepciones de igualdad.
- 10) La igualdad por equiparación es una diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes.
- 11) La igualdad por diferenciación es un trato igual en circunstancias o situaciones no idénticas.
- 12) La discriminación en sentido neutral es una distinción sin ser correcta o incorrecta desde cualquier punto.

- 13) De acuerdo con Figueroa el término discriminación arbitraria es redundante cuando se refiere a discriminación neutral.
- 14) Para Figueroa, la igualdad ante la ley no implica un sistema de precedente obligatorio.



La discapacidad en la legislación chilena

4.1 Presentación

Atendiendo al criterio jurisprudencial sobre la jerarquía infraconstitucional y suprallegal de los tratados internacionales de derechos fundamentales, la sistemática de los textos que tratan la discapacidad en nuestro sistema jurídico debería iniciar con el análisis de la Constitución.¹⁶³ Sin embargo, no hay ninguna disposición constitucional que use la expresión “discapacidad” de forma explícita. Por esta razón, este capítulo se dedica a revisar los tratados internacionales de derechos fundamentales ratificados y vigentes, la legislación y las normas de rango reglamentario que son, *prima facie*, relevantes para resolver casos de discapacidad.

163 Sobre el problema de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos fundamentales, ver HENRÍQUEZ (2008).

4.2 Regulación internacional

Tres son los instrumentos internacionales que tratan la discapacidad de forma explícita. Por razones de espacio, no los analizaremos en detalle y sólo consignamos la disposición normativa donde se establece las definiciones de discapacidad y de discriminación.

- 1) La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial el 20 de junio de 2002, define discapacidad en su artículo 1: “El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

Además, define discriminación contra personas con discapacidad, también en su artículo 1: “a) El término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales; b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”.

- 2) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, publicada en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 2008, define discapacidad en la letra e) de su Preámbulo, señalando que el término discapacidad refiere a “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Además, establece un campo de aplicación de la discapacidad en su artículo 1: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En otro ámbito, define discriminación por motivos de discapacidad en su artículo 2, señalando que es “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

Por último, introduce el concepto de ajustes razonables en su artículo 2, que son las modificaciones y adaptaciones –necesarias y adecuadas– que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

- 3) La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) fue promulgada por la OMS y por la Organización Panamericana de la Salud (OPS-OMS) en el año 2001. Este documento no ha sido oficialmente promulgado como

norma en el derecho, porque su función es técnica en el área de la medicina. Por razones de comparación estadística, esta norma es usada por el departamento de estadísticas e información de salud del Ministerio de Salud.¹⁶⁴

4.2.1 Conceptos fundamentales de los tratados vigentes

En materia de discapacidad, nuestro país ha ratificado dos instrumentos internacionales que se encuentran vigentes: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborada por la ONU y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, elaborada por la OEA. Ambos instrumentos contemplan un conjunto de conceptos centrales o esenciales que nos permiten entender el fenómeno de la discapacidad a partir de ciertas expectativas normativas. Revisaremos tres conceptos transversales a ambos instrumentos: (i) discapacidad, (ii) discriminación por motivos de discapacidad y (iii) ajustes razonables.

4.2.1.1 Discapacidad

La Convención Interamericana consagra el modelo de la OMS y señala que discapacidad es “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”¹⁶⁵.

La Convención Internacional no contempla una definición sobre la discapacidad, pero contempla una aproximación al grupo de personas que poseen esta condición. Usando nociones de la OMS, señala que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹⁶⁶.

164 Para más información, veáse www.deis.cl

165 Art. 1º, OEA.

166 Art. 1º, inc. 2º, ONU.

Ambas definiciones pueden enmarcarse en el modelo psicobiosocial de la discapacidad, según el cual este fenómeno surge a partir de la interacción entre la persona y la sociedad cuando existen factores que impiden o dificultan su integración.

Ambas definiciones pueden enmarcarse en el modelo psicobiosocial de la discapacidad, según el cual este fenómeno surge a partir de la interacción entre la persona y la sociedad cuando existen factores que impiden o dificultan su integración. Al tratarse de un fenómeno social y no exclusivamente médico, este concepto genera una amplia gama de expectativas normativas sobre el rol del derecho para disminuir o eliminar la discriminación originada por discapacidad.

4.2.1.2 Discriminación por motivos de discapacidad

Ambas convenciones tratan el tema de la discapacidad como un problema normativo, cuyo fundamento se encuentra en la existencia de factores que impiden o dificultan que una persona pueda participar en igualdad de condiciones en la vida social. Por ello, abordan la discriminación como tema central. La Convención Interamericana señala que la discriminación basada en la discapacidad es “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁶⁷.

La Convención Internacional plantea este concepto en términos semejantes, de tal forma que consiste en “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”¹⁶⁸.

El concepto de discriminación por discapacidad permite o tolera la existencia de distinciones que tengan por objeto generar un estado de las cosas en el que todas las personas puedan obtener el pleno goce de los derechos y libertades que les corresponden. En

167 Art. 1º letra a), OEA.

168 Art. 2º inc. 3º, ONU.

El mecanismo de la interdicción es una herramienta excepcional que debe ser fundada y debe realizarse de forma proporcional a la afectación de la voluntad que padece la persona con discapacidad.

este sentido, la convención de la OEA señala que no se entenderá como discriminación “la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación” (art. 1 letra b, OEA).

Al respecto, cabe llamar la atención sobre tres tópicos relevantes. En primer lugar, se explicita la voluntariedad a la que deben estar afectas las medidas de afirmación positiva en materia de discapacidad, de tal forma que sus beneficiarios no están obligados a aceptar las preferencias que obren a su favor si es que no lo estiman convenientes. Así, en el conflicto entre la autonomía y las medidas de afirmación positiva siempre resulta victoriosa la decisión de la persona. En segundo lugar, está permitido subrogar la voluntad de la persona con discapacidad, mediante el mecanismo de la interdicción. Esta es una herramienta excepcional que debe ser fundada y debe realizarse de forma proporcional a la afectación de la voluntad que padece la persona con discapacidad. En tercer lugar, en virtud de *lex superior*, la conducta de acoso definida en la Ley N° 20.422 debe de ser integrada por las definiciones de los tratados. Así, quedan incluidas las conductas tengan un propósito y/o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad.¹⁶⁹

4.2.1.3 Ajustes razonables

La Convención Internacional utiliza el concepto de “ajustes razonables” para dar cuenta de “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar

169 Esto es importante, porque la Ley N° 20.422 sólo usa la palabra “consecuencia”. Más adelante se trata este punto.

a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2° ONU).

Este concepto refiere a una serie de obligaciones consistentes en la realización de ajustes o modificaciones adecuadas a las necesidades de las personas que se encuentran en situación de discapacidad. Se trata, en última instancia, de una carga con un contenido prestacional que puede recaer en sujetos públicos como privados.

La Ley N° 20.422 usa la expresión “ajustes necesarios” para referirse a los ajustes razonables. En ambos casos, los criterios de evaluación son los mismos: la proporcionalidad y la efectividad de la medida. La ley también ejemplifica casos de ajustes. Uno de los más claros es la obligación de los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva libre de contar con mecanismos de comunicación audiovisual que permitan a las personas con discapacidad auditiva acceder a parte de su programación (art. 25). Asimismo, existe la obligación de determinados recintos de reservar plazas de estacionamiento para personas con discapacidad (art. 31), y la obligación de las empresas privadas u organismos del Estado que tengan 100 o más trabajadores de procurar que a lo menos un 1 por ciento de estos sean personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional (art. 45). En todos estos casos, estamos frente a cargas que se asignan para garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

4.3 Regulación nacional

Al usar la mención explícita de la palabra “discapacidad”, o alguno de sus sinónimos, hemos construido un listado preliminar y provisional de la legislación relevante en esta materia. El resultado está formado por 18 textos legales. Con el mismo criterio, listamos las normas de rango reglamentario.

4.3.1 Legislación

- 1) Ley N° 17.238 (22/11/69). Concede a los profesionales y técnicos chilenos que regresen definitivamente al país, en las condiciones que señala, las franquicias aduaneras que indica para los bienes que estipula, y, asimismo, autoriza la importación sin depósito y liberada de pago de todo derecho, impuestos, tasas y demás gravámenes a los vehículos con características técnicas especiales para ser usados por personas lisiadas.
- 2) Ley N° 16.768 (21/03/1968).¹⁷⁰ Esta ley otorga el beneficio de pago del 50 por ciento del arancel aduanero en la importación de vehículos para personas con discapacidad física, según las condiciones que establece.¹⁷¹
- 3) Ley N° 18.600 (19/02/87). Establece normas sobre “deficiencias mentales”.¹⁷²

170 No se refiere a personas con discapacidad sino a personas lisiadas, lo que es un problema lingüístico en términos de inclusión.

171 Artículo 5: Las personas lisiadas a las que se refiere el inciso anterior son aquellas que presentan incapacidad permanente para la marcha normal, en virtud de lesiones orgánicas o funcionales, que afectan uno o los dos miembros inferiores y, además, aquellas que conjuntamente a su incapacidad permanente para la marcha normal, sufran de la incapacidad absoluta de uno de los miembros superiores.

172 La Ley N° 19.735 modificó el texto de la ley en casi toda su extensión (salvo el título). Hoy, el artículo 2 señala: “Para los efectos de la presente ley, se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social.

- 4) Ley N° 18.700 (2/05/88). Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios. Regula el sufragio de las personas con discapacidad en sus artículos 63, 67, 70, 71, 125, 144, 149 y 150.
- 5) Ley N° 19.284 (14/01/94). Establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad. Derogada parcialmente por Ley N° 20.422. Actualmente regula el derecho de toda persona con discapacidad de ser acompañada permanentemente por un perro guía o de asistencia a todo lugar destinado a un uso que implique la concurrencia de público.
- 6) DFL N° 2/1996 (28/11/1998). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1996, sobre la subvención del Estado a establecimientos educacionales. En su artículo 9 considera los déficits atencionales y los trastornos específicos de lenguaje y aprendizaje como discapacidades.¹⁷³
- 7) Ley N° 19.712 (09/02/01). Ley del deporte. Establece un deber del Estado en relación con el deporte para personas en situación de discapacidad.¹⁷⁴
- 8) DFL N° 1/2003 (16/01/03). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Aquí hay varias disposiciones relevantes que se refieren a la protección e incentivo al desarrollo laboral de personas con discapacidad, tales como las señaladas en los artículos 78, 79, 154, 183-O, 183-AC y 199 bis.

Se entiende disminuida en un tercio la capacidad educativa, laboral o de integración social de la persona cuando, considerando en conjunto su rendimiento en las áreas intelectual, emocional, conductual y relacional, se estime que dicha capacidad es igual o inferior al setenta por ciento de lo esperado para una persona de igual edad y condición social y cultural, medido por un instrumento validado por la Organización Mundial de la Salud y administrado individualmente”.

173 Artículo 9: “(...) con todo el reglamento considerara entre otras discapacidades a los déficits atencionales y a los trastornos específicos del lenguaje y aprendizaje”.

174 Artículo 2: El deber del estado de crear condiciones necesarias para el ejercicio, fomento, protección y desarrollo de las actividades físicas y deportivas, especialmente personas en situación de discapacidad; a su turno, el artículo 2 bis define deporte adaptado para las personas con discapacidad.

- 9) Ley N° 19.947 (17/05/04). Establece la ley de matrimonio civil. Fija normas sobre impedimento para contraer matrimonio que pueden entrar en conflicto con las normas de los tratados. En el artículo 13, establece derecho a que sordos o sordomudos que no pueden expresar su voluntad por escrito, pueda expresarse por lengua de señas para su manifestación de voluntad ante el oficial del Registro Civil.
- 10) Ley N° 20.146 (9/01/07). Establece reglas especiales para la apelación en causas relativas a la discapacidad. Es una norma de artículo único. Fija que, en los procedimientos judiciales establecidos mediante la Ley N° 20.422, la vista de la causa podrá suspenderse sólo por una vez, siempre que sea a petición del demandante de la primera instancia, independientemente del número de partes en el recurso. La solicitud que en este sentido plantee quien fuere el demandado en la primera instancia, sólo procederá si la Corte de Apelaciones respectiva califica como fundada la solicitud. En ningún caso procederá la suspensión de común acuerdo.
- 11) Ley N° 20.255 (17/03/08). Establece reforma previsional. En su artículo 35 fija un subsidio para las personas con discapacidad mental al que se refiere la Ley N° 18.600.
- 12) Ley N° 20.379 (12/09/09). Crea sistema intersectorial de protección social e institucionaliza el subsistema de protección integral a la infancia “Chile crece contigo”. En su artículo 12, letra a), garantiza a los niños y niñas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad el acceso a ayudas técnicas.
- 13) Ley N° 18.290 (07/11/09). Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley de tránsito. Establece en su artículo 91 la admisión en el transporte público de animales de compañía de personas con discapacidad. En sus artículos –153 bis, 198 N° 32, 199 N° 1– fija sanciones al uso indebido de estacionamientos para discapacitados.

- 14) Ley N° 20.422 (10/02/10). Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. En el artículo 5 define persona con discapacidad y en su artículo 6 define discriminación.¹⁷⁵
- 15) Ley N° 20.584 (24/04/12). Ley sobre derechos y deberes de los pacientes. Esta ley no se refiere explícitamente a conceptos de discapacidad, pero señala que las personas con discapacidad deberán ser tratadas con dignidad y respeto en todo momento. Los prestadores de salud pública o privada deberán velar por que se utilice un lenguaje adecuado e inteligible, cuidar que personas con alguna discapacidad puedan recibir información necesaria y comprensible a través de un funcionario del establecimiento o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida.
- 16) Ley N° 20.609 (24/07/12). Establece medidas contra la discriminación. En su artículo 2 define discriminación arbitraria y en el listado de categorías menciona la discapacidad.¹⁷⁶
- 17) Ley N° 21.015 (15/06/2017). Incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral. Reforma algunas normas de la Ley N° 20.422 –del Código del Trabajo–, del DFL N° 29/2004 y de la Ley N° 18.600.

175 Artículo 5: persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 6, letra a): toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico.

176 El inciso primero del artículo 2 señala: para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

18) Ley N° 21.021 (12/8/17). Proporciona reparación y asistencia en rehabilitación a las víctimas de explosión de minas u otros artefactos explosivos militares abandonados o sin estallar.

4.3.2 Decretos y reglamentos

- 1) Decreto N° 1447/1980 (26/09/80). Establece normas para accesos de lisiados a edificios de la administración del Estado.¹⁷⁷
- 2) Decreto N° 47/1992 (5/06/92). Fija nuevo texto de la ordenanza general de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. En su artículo 1.1.2 establece una definición de persona con discapacidad.¹⁷⁸
- 3) Decreto N° 48/1993 (13/09/93). Aprueba reglamento para la aplicación de la Ley N° 18.600 sobre deficientes mentales.¹⁷⁹
- 4) Decreto N° 300/1994 (5/08/94). Autoriza la organización y funcionamiento de cursos y talleres básicos para personas con discapacidad para mayores de 26 años.¹⁸⁰

177 El léxico usado por la ley es un claro problema lingüístico en términos de inclusión.

178 Artículo 1.1.2: “Persona con discapacidad” es aquella que, teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

179 El inciso primero del artículo 2° original de la Ley N° 18.600 decía: “Son deficientes mentales aquellas personas que tienen una evolución incompleta o detenida de la mente, iniciada durante el período de desarrollo psicomotor, caracterizada por una subnormalidad de la inteligencia y un déficit concurrente de sus conductas adaptativas”.

La Ley N° 19.735 modificó el texto de la ley en casi toda su extensión (salvo el título). Con todo, esta redacción tiene problemas lingüísticos en términos de inclusión.

Hay que notar que el reglamento 48/1993 no modificó su lenguaje y continúa señalando: “Artículo 2°. Para los efectos de la Ley N° 18.600, en adelante ‘la Ley’, y de este Reglamento, son deficientes mentales aquellas personas que tienen una evolución incompleta o detenida de la mente, iniciada durante el período de desarrollo psicomotor, caracterizada por una subnormalidad de la inteligencia y un déficit concurrente de sus conductas adaptativas”. Nótese que esta redacción tiene problemas lingüísticos en términos de inclusión.

180 Artículo 1: autorízase, la organización y funcionamiento de cursos talleres básicos de nivel o etapa de orientación o capacitación laboral de la educación básica especial o diferencial, para mayores de 26 años con discapacidad, en establecimientos comunes o especiales.

- 5) Decreto N° 141/1994 (2/07/94). Modifica el decreto N° 212 de 1992. En su artículo 26 establece la existencia de un asiento de fácil acceso para personas con discapacidad en el transporte público.
- 6) Decreto N° 41/1995 (12/06/1995). Modifica decretos N° 62, de 1984; N° 167, de 1986; N° 44, de 1998 y N° 140, de 1990. Regula el sistema de postulación y venta de viviendas en relación con personas con discapacidad.
- 7) Decreto N° 1/1998 (23/06/1998). Reglamento que establece normas para la adecuación social e integración de personas con discapacidad en el sistema educacional y subvenciones conforme al capítulo II título IV de la Ley N° 19.284, que establece normas para la integración social de personas con discapacidad.
- 8) Decreto N° 223/2006 (5/06/07). Aprueba reglamento de la Ley N° 19.284, que regula el uso de perros guías, de señal o de servicio por parte de las personas con discapacidad.
- 9) Decreto N° 170/2010 (21/04/10). Fija normas para determinar los alumnos con necesidades educativas especiales que serán beneficiarios de las subvenciones para educación especial.¹⁸¹ Relacionado con DFL N° 2/1998 y con la Ley N° 19.284. Derogado parcialmente por la Ley N° 20.422.
- 10) Decreto N° 1253/2010 (21/10/11). Reglamento que determina procedimientos y competencias para la obtención de beneficios arancelarios y tributarios.

181 Artículo 1: el presente reglamento regula los requisitos, los instrumentos, las pruebas diagnósticas y el perfil de los y las profesionales competentes que deberán aplicarlas a fin de identificar a los alumnos con necesidades educativas especiales.

- 11) Decreto N° 142/2010 (9/07/11). Aprueba el reglamento de la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, relativo al transporte público de pasajeros.¹⁸²
- 12) Decreto N° 945/2010 (31/03/ 2012). Aprueba el reglamento nacional de discapacidad. No se refiere específicamente al concepto de discapacidad, sino a los deberes que tienen el registro nacional de la discapacidad.
- 13) Decreto N° 32/2011 (4/02/12). Aprueba reglamento que establece normas para la aplicación de mecanismos de comunicación audiovisual, que posibiliten el acceso a la programación televisiva para personas con discapacidad auditiva.¹⁸³
- 14) Decreto N° 47/2012 (16/10/13). Aprueba reglamento para la calificación y certificación de la discapacidad conforme a la Ley N° 20.422.¹⁸⁴

182 Artículo 30 Ley N° 20.422 – Artículo 10 del decreto tienen la finalidad de asegurar a las personas con discapacidad la accesibilidad a todos los medios de transporte público de pasajeros.

183 Relacionada con el Decreto N° 201/ 2008.

184 Artículo 4. Persona con discapacidad: aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

4.4 Análisis del panorama de textos normativos en la legislación chilena

El ejercicio de hacer coherente todo el material normativo disponible excede los límites de este trabajo. Por ello, en esta sección nos limitamos a establecer los puntos más importantes a tener en consideración desde la perspectiva del juez.

En primer lugar, no hay normas constitucionales explícitas sobre la discapacidad. Sin embargo, es posible que ella pueda ser entendida como un elemento relevante al momento de fijar el contenido a derechos constitucionales implícitos, como el desarrollo de la personalidad.¹⁸⁵ Naturalmente, esto conlleva un ejercicio de interpretación e integración constitucional que debe justificarse.

En segundo lugar, ante la ausencia de una cláusula constitucional explícita, las normas de tratados internacionales son las normas explícitas de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento. Por un lado, estas normas plasman el modelo de la OMS y conducen al juez a los documentos especializados que configuran este modelo y, por otro, en virtud de *lex superior*, obligan al juez a interpretar toda la legislación y todas las disposiciones reglamentarias conforme a estas.

En tercer lugar, los principios explícitos e implícitos de los tratados internacionales –que son parte del orden jurídico nacional– son las normas axiológicamente superiores sobre la discapacidad en el sistema jurídico chileno.

En cuarto lugar, el lenguaje usado por la legislación nacional es heterogéneo. Esta diversidad impide tener claro cuál es el listado completo de normas aplicables a un caso de discapacidad. Piénsese, por ejemplo, en la Ley N° 18.600 que usa la expresión “deficiente

185 En Chile no hay una cláusula explícita sobre la autonomía personal y/o sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, debe estimarse que este derecho es implícito. El Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho, diciendo que este es “una expresión de la dignidad de toda persona, y que la dignidad se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del Artículo 1° de la Carta Fundamental” (considerando 51, Tribunal Constitucional rol N° 1687-10-INA, de 1 de julio de 2010).

Componer el panorama completo de la regulación de la discapacidad es, entonces, un problema de sistematización del derecho que el juez debe considerar al momento de establecer las normas aplicables al caso.

mental” en su título y cuyo contenido fue modificado por la Ley N° 19.735, pero que en su reglamento N° 48/1993 mantiene la expresión. Componer el panorama completo de la regulación de la discapacidad es, entonces, un problema de sistematización del derecho que el juez debe considerar al momento de establecer las normas aplicables al caso.

En quinto lugar, la heterogeneidad lingüística de la legislación debe ser considerada por el juez al interpretar las disposiciones nacionales conforme a las normas de los tratados internacionales. Aquí, el criterio de interpretación preferente debe ser la conformidad con las normas de los tratados.

En sexto lugar, la legislación nacional no define qué es la discapacidad. Ante esta ausencia de una definición, *prima facie*, el juez tiene discrecionalidad para determinar qué significa dicho concepto. Sin embargo, la interpretación de la ley en coherencia con las normas de los tratados internacionales permite comprender a la discapacidad según el modelo de la OMS. Trataremos este punto en profundidad en el siguiente apartado.

En séptimo lugar, ya que el modelo de la OMS puede llegar a ser insuficiente o parcial debido a su enfoque disciplinar, el juez podría recurrir a otros modelos para interpretar las palabras del legislador.

En octavo lugar, la legislación es sectorial y fragmentada. En los listados se observan normas sobre deporte, construcción, transporte, educación, etcétera. Esto genera que las relaciones entre ellas sean potencialmente conflictivas. Se recomienda tener cuidado con el uso de *lex posterior* y *lex specialis*.

En noveno lugar, no hay normas explícitas sobre la prueba de la discapacidad como un hecho ni sobre el estándar de prueba que debería usarse para determinar el *quantum* de prueba que es necesario para dar por establecido que una persona posee una discapacidad en el marco de un proceso judicial.

4.5 La discapacidad como hecho

Hay que distinguir con cuidado la noción de discapacidad y la definición de “personas con discapacidad”. La legislación chilena no establece qué es la discapacidad. En ausencia de una definición legal, la definición queda entregada a las ciencias o al lenguaje común, conforme a los artículos 19 al 24 del Código Civil. En este sentido, la definición de la OMS puede ser usada por el juez como una definición aceptable. Naturalmente, ya hemos visto que el enfoque de la OMS tiene limitaciones. Si el juez piensa que esas limitaciones afectan su razonamiento judicial, puede recurrir a definiciones de otras disciplinas, como la sociología de la discapacidad, en la medida en que sean atinentes al caso que resuelve.

La palabra discapacidad designa un hecho del mundo: una persona ve afectada su participación en la vida social en razón de poseer una cualidad, la cual consiste en una deficiencia provocada por una condición de salud. Según la Ley N° 20.422, esa cualidad se califica y certifica por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin). Estos son dos actos administrativos que permiten que el solicitante sea admitido en el Registro Nacional de la Discapacidad (RND) y que facilitan el acceso a las políticas públicas.

La prueba de discapacidad en el procedimiento administrativo ante el Compin se rige por las reglas generales y, al tratarse de una comisión técnica o especializada compuesta por expertos, debería operar usando los criterios de la CIF. Por ello, si el Compin no usa los criterios y estándares de la OMS, se podría impugnar el acto administrativo.

Ahora bien, la definición del artículo 5 de la Ley N° 20.422 independiza el uso de la categoría “persona con discapacidad” de la calificación y certificación realizada por el Compin. Esto tiene importantes efectos. Por regla general, una persona puede calificada como una

“persona con discapacidad”, aunque no cuente con la calificación y certificación del Compín ni esté inscrita en el Registro Nacional de Discapacidad.¹⁸⁶

Es importante notar que el artículo 5 de la Ley N° 20.422 no define “persona con discapacidad” usando palabras como enfermo o paciente. Los elementos de la definición legal son cuatro:

- 1) La persona con discapacidad tiene una o más deficiencias físicas, mentales o sensoriales.
- 2) Las deficiencias mentales tienen una causa psíquica o intelectual.
- 3) Las deficiencias pueden ser temporales o permanentes.
- 4) La interacción entre la persona con discapacidad y las barreras presentes en el entorno genera que ella vea impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Ahora bien, la Ley N° 20.422 establece mecanismos de calificación y certificación de la discapacidad a cargo de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (Compín). Esta certificación de la discapacidad se inscribe en el Servicio de Registro Civil e Identificación. Los instrumentos públicos que ambos procedimientos administrativos generan son medios de prueba de algunos de los elementos que configuran la existencia de una discapacidad.

La ausencia de una calificación y/o de la certificación de la discapacidad por el Compín no es impedimento para que una de las partes de un proceso judicial alegue la existencia de una discapacidad y/o que

186 Aquí se genera una tensión con la Ley N° 20.422 de inclusión laboral, porque en su artículo 5 define persona con discapacidad como aquella que, teniendo una o más deficiencias físicas, mentales –sea por causa psíquica o intelectual– o sensoriales –de carácter temporal o permanente–, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Y luego señala que, para los efectos de esta ley, la discapacidad sólo puede ser acreditada mediante un certificado del Compín que así lo señale, o bien mediante el comprobante de inscripción en el Registro Nacional de Discapacidad. Esta tensión debe resolverla el juez usando *lex specialis*.

No hay que olvidar que la discapacidad es un hecho complejo que exige mucho más que la sola presencia de una condición de salud y de una deficiencia asociada a ella. Para que exista discapacidad hay que probar también la limitación de la actividad o de la restricción de participación.

un juez estime que una persona posee una discapacidad.¹⁸⁷ Esto es así porque la definición del artículo 5 de la Ley N° 20.422 no exige ningún acto administrativo para considerar a una persona como poseedora de una discapacidad.

A la inversa, la existencia de una calificación y/o de la certificación de la discapacidad por el Compin no implica probar el hecho de la discapacidad de forma irrefutable o indiscutible. Puede alegarse la inexistencia de la discapacidad o su irrelevancia en el caso que juzga. No hay que olvidar que la discapacidad es un hecho complejo que exige mucho más que la sola presencia de una condición de salud y de una deficiencia asociada a ella. Para que exista discapacidad hay que probar también la limitación de la actividad o de la restricción de participación.

Conforme a este ejercicio de interpretación de la ley, la existencia de una discapacidad puede probarse por todos los medios que franquea la ley conforme a las reglas generales de la sana crítica en sede penal, laboral y de familia, y a las reglas del CPC en sede civil.

4.5.1 ¿Cómo debería organizarse un punto de prueba sobre la existencia de una discapacidad?

Si interpretamos la Ley N° 20.422 conforme al modelo de la OMS, el punto de prueba sobre la existencia de una discapacidad debe descomponerse en siete elementos:

- 1) **Existencia de una condición de salud.** Son las enfermedades, lesiones y/o trastornos que sufre una persona.
- 2) **Existencia de una deficiencia.** Es la disminución específica en las funciones o estructuras corporales y/o psicológicas o intelectuales.
- 3) **Existencia de una limitación de una actividad.** Las dificultades que existen al realizar actividades o acciones.

187 La calificación y la certificación son actos administrativos y no actos médicos. Por tanto, no constituyen un diagnóstico médico.

- 4) **Existencia de una restricción de participación.** Los problemas o costos al intervenir en cualquier ámbito de la vida.
- 5) **Nexo causal entre los elementos 1), 2), 3) y 4).** Los problemas de participación deben ser causados por la limitación de la actividad y a su vez, ella debe tener su origen en la deficiencia que es consecuencia de la condición de salud.
- 6) **La temporalidad de la restricción.** Determinación sobre si la discapacidad es temporal o permanente y de su existencia en el momento en que ocurren los hechos.
- 7) **El impacto de la restricción.** La cuantificación aproximada de las limitaciones a la intervención, en uno o más ámbitos de la vida.

Todos los puntos anteriores pueden acreditarse usando medios de prueba de todo tipo. Naturalmente, las periciales (médicas, psicológicas, kinesiológicas, etcétera) parecen ser más relevantes que otros medios, sin embargo es importante considerar que la prueba testimonial y la documental –compuesta por videos, fotografías u otro tipo de materiales– también pueden ser muy útiles en relación con los puntos 3) y 4).

Finalmente, hay que recordar que pueden existir enfermedades conexas o concurrentes a la discapacidad y deben probarse de forma independiente en caso de ser relevantes para resolver el conflicto del que se conoce.

4.6 La discapacidad como estatus jurídico

La fragmentación de las disposiciones que regulan la discapacidad impide realizar un tratamiento sistemático de la regulación sin integrar el derecho. Ahora bien, en virtud de *lex specialis*, podemos afirmar que las disposiciones no codificadas tienen preferencia por sobre las reglas de los códigos. Por esta razón trataremos brevemente la Ley N° 20.609 –llamada ley Zamudio–, la Ley N° 20.584 –sobre derechos y deberes del paciente–, la Ley N° 19.966 –sobre garantías explícitas de salud– y la Ley N° 20.422 –de igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad–.

Ahora bien, en los casos en que las normas de los códigos son aplicables, es importante considerar que ellas deben ser interpretadas conforme a las normas de los tratados internacionales ratificados y vigentes. Esta operación de interpretación e integración normativa requiere una justificación cuidadosa.

4.6.1 Normas especiales sobre la discapacidad

En este apartado tratamos cuatro normas que pueden combinarse en los casos de discapacidad. No podemos abordarlas en profundidad, por esto buscaremos mostrar en qué sentido hay tensiones entre las normas y cómo podrían resolverse los conflictos potenciales.

4.6.1.1 Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación

No es una ley que trata la discapacidad de forma explícita. Su foco está en la noción de discriminación arbitraria. El texto de la ley señala:

Artículo 2°. Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales

como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

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

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

El inciso primero define discriminación arbitraria.¹⁸⁸ El segundo parece contener una presunción de razonabilidad.¹⁸⁹ El inciso tercero establece situaciones en donde las distinciones, exclusiones o restricciones son razonables.

Prima facie, parece que el inciso primero es contradictorio al tercero. Aunque el texto de la ley es defectuoso, una forma de fijar la coherencia de la ley es recurrir a la noción de igualdad del liberalismo. Como vimos en el capítulo tercero, esa noción se compone de una norma prohibitiva y una imperativa. La norma prohibitiva impide a la distribución de los derechos fundamentales usar categorías de ser o pertenecer. De esta manera, podría afirmarse que el texto del inciso primero consagra esa prohibición. Por esta razón, el texto exige afectación al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales para entender que estamos frente a una discriminación arbitraria.

188 Para una visión dogmática de la ley es necesario tener como puntos de partida tres artículos. HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, (2015); DÍAZ DE VALDÉS (2017).

189 DÍAZ DE VALDÉS (2013); MUÑOZ (2015).

La prohibición liberal –de usar categorías del ser o pertenecer para distribuir derechos fundamentales, interpretada *a contrario sensu*– permite sostener un permiso: todos los derechos subjetivos no fundamentales pueden distribuirse usando esos criterios (u otros). De este modo, ya que el inciso tercero no hace referencia a los derechos fundamentales, es posible interpretarlo en referencia a otros derechos subjetivos. Por lo tanto, el inciso estaría expresando una norma permisiva implícita en la concepción liberal de la igualdad.

4.6.1.2 Ley N° 20.584, de derechos y deberes de las personas en atención de salud

Esta ley es relevante porque es frecuente que una persona con discapacidad sea también paciente.¹⁹⁰ La ley fija medidas protectoras a las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Entre estas, crea una Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales (art. 29) y aumenta las facultades de los Comités de Ética Asistencial y los Comités de Ética Científicos de Investigación a fin de resguardar los derechos de las personas.¹⁹¹ Las ideas básicas de la ley son las siguientes:

- 1) Las disposiciones de la ley regulan todo tipo de prestaciones de salud sin importar si el prestador es público o privado.
- 2) En coherencia con la ley GES, el texto del artículo 2 establece dos derechos: la prestación oportuna de las acciones de salud y la prohibición de discriminación arbitraria.¹⁹² La Ley N° 20.584 no define discriminación arbitraria. Podría usarse la definición de la ley Zamudio, con una importante prevención. Las acciones de salud son siempre acciones vinculadas a un derecho fundamental, por esto procede la aplicación del inciso segundo del artículo 2 de esa ley y siendo inaplicable el inciso tercero.

190 Sobre esta ley, ver VALENZUELA (2015).

191 LEÓN (2012).

192 Artículo 2: toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes. La atención que se proporcione a las personas con discapacidad física o mental y a aquellas que se encuentren privadas de libertad, deberá regirse por las normas que dicte el Ministerio de Salud, para asegurar que aquella sea oportuna y de igual calidad.

- 3) El artículo 5 establece el derecho a un trato digno y respetuoso en todo momento y circunstancia. Los prestadores de salud deben velar por utilizar un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención y deben cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad puedan recibir información necesaria y comprensible por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida.¹⁹³
- 4) El artículo 5 bis establece un derecho a atención preferente y oportuna para las personas en situación de discapacidad. Este derecho obliga a todo prestador de salud a diferentes obligaciones señaladas por el mismo artículo.
- 5) El artículo 14 de la ley establece la necesidad de otorgar un consentimiento informado por parte del paciente de una acción de salud. La regla general es que este consentimiento es importante en tres momentos¹⁹⁴: como requisito previo a la acción de salud, como parte del derecho a negarse a una acción de salud y/o a detener una acción que se está realizando (ya que las implicaciones de la negativa y/o de la solicitud de detención deben ser explicadas al paciente de forma clara y precisa), y si el paciente es incapaz de expresar su voluntad –y se necesita realizar una intervención de forma urgente– se puede presumir el consentimiento del paciente a menos que exista una declaración de voluntad anticipada en sentido contrario.
- 6) El artículo 27 detalla el caso del consentimiento informado de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. El artículo consagra su derecho a otorgar el consentimiento informado de forma autónoma. Sólo excepcionalmente, la persona con discapacidad puede ser sometida a tratamientos no consentidos. Para ello se deben cumplir las siguientes condiciones:

193 La redacción es defectuosa porque parece suponer que toda persona con discapacidad tiene problemas de comprensión lingüística.

194 Organización Mundial de la Salud (Oficina Regional para Europa), Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa. Consulta europea sobre los Derechos de los Pacientes, Amsterdam, 28-30 de marzo de 1994.

- (i) Que esté certificado por un médico psiquiatra que la persona padece una enfermedad o trastorno mental grave, suponiendo su estado un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros y donde suspender o no tener tratamiento signifique un empeoramiento de su condición de salud. En todo caso, este tratamiento no se deberá aplicar más allá del período estrictamente necesario para tal propósito;
 - (ii) Que el tratamiento responda a un plan prescrito individualmente –que atienda las necesidades de salud de la persona–, indicado por un médico psiquiatra y sea la alternativa terapéutica menos restrictiva de entre las disponibles;
 - (iii) Que se tenga en cuenta, siempre que ello sea posible, la opinión de la misma persona, se revise el plan periódicamente y se modifique en caso de ser necesario;
 - (iv) Que se registre en la ficha clínica de la persona.
- 7) El inciso primero del artículo 28 prohíbe que las personas con discapacidad psíquica o intelectual –que no puedan expresar su voluntad– participen de investigación científica. A su vez, el inciso segundo del mismo artículo indica los requisitos que deben cumplir las investigaciones con personas con discapacidad psíquica o intelectual que tengan la capacidad de manifestar su voluntad y que hayan dado consentimiento informado. Estos son: (i) evaluación ético-científica, (ii) autorización de la autoridad sanitaria competente, y (iii) manifestación de voluntad expresa de participar, tanto del paciente como de su representante legal.
- 8) En el artículo 24 se regula el caso de la persona que no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad. La ley establece que es necesario un informe favorable del Comité de Ética del establecimiento de salud para las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles. Establece un listado abierto: la esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible.

9) El artículo 26 regula el empleo extraordinario de medidas de aislamiento o contención física y farmacológica. Luego de establecer su excepcionalidad y las condiciones en que ellas deben ejecutarse, establece el derecho de que las personas con discapacidad psíquica o intelectual sometidas a ellas tendrán garantizada la supervisión médica permanente.

4.6.1.3 Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud (GES)

Esta ley no regula la discapacidad de forma directa, pero contiene normas que fijan la imputación de responsabilidad al Estado por daños causados en el marco de contextos sanitarios.

Los principios de la ley GES son cuatro: acceso, oportunidad, protección financiera y calidad.¹⁹⁵ La doctrina y la jurisprudencia nacional no los ha dotado de contenido¹⁹⁶, de modo que sólo es posible citar la definición que la Superintendencia de Salud ofrece en su sitio web:

- *Garantía Explícita de Acceso.* Es la obligación del Fondo Nacional de Salud y de las Instituciones de Salud Previsional de asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas a sus beneficiarios, en la forma y condiciones que determine el decreto que contiene las GES.
- *Garantía Explícita de Calidad.* Es el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas por un prestador registrado o acreditado en la Intendencia de Prestadores.
- *Garantía Explícita de Oportunidad.* Es el plazo máximo que tiene Fonasa y las Isapre para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas, en la forma y condiciones que determine el decreto que contiene las GES.

195 Información disponible en el sitio web de la Superintendencia de Salud. <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-propertyvalue-3467.html>

196 Quizá la omisión de la doctrina, en orden de definir con precisión estos principios, explique el hecho de que las sentencias de responsabilidad del Estado –que han sido dictadas en los primeros diez años de vigencia de la ley– no tengan referencias explícitas a estos como factores relevantes al momento de fijar la responsabilidad del Estado.

- *Garantía Explícita de Protección Financiera*. Es la contribución que debe efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones, la que deberá ser de un 20 por ciento del valor determinado en un arancel de referencia que debe ser aprobado en el mismo decreto que contenga las GES.¹⁹⁷

Sobre estas definiciones, cabe hacer dos reflexiones. En primer lugar, queda claro que el derecho fundamental a la protección de la salud opera como una directriz o una norma de fin.¹⁹⁸ El cumplimiento de ese fin es graduable y su mayor realización está vinculado causalmente con las acciones que se realizan para conseguirlo. Sin embargo, en la ley GES la garantía explícita de calidad opera como una directriz o norma programática. Las demás son normas de mandato porque imponen límites e incorporan acciones de cumplimiento pleno. Además, la relación entre el estado de cosas que respeta el acceso, la oportunidad o la protección financiera es conceptual y no causal.¹⁹⁹ El juicio sobre una conducta determinada no es graduable. Una acción respeta (o no) el acceso, la oportunidad o la protección financiera.

La responsabilidad en materia sanitaria está regulada en el título III de la Ley N° 19.966. El primer párrafo, titulado Disposiciones generales, contiene cinco artículos. En ellos se regula el sistema de imputación al que se somete la Administración en caso de daños ocasionados en el marco de sus funciones. El rótulo del título III es un argumento interpretativo que permite sostener que las normas de este título son aplicables a todo el sistema sanitario chileno.

Desde la perspectiva de quien litiga contra el Estado, la legislación en el título III de la Ley N° 19.966 establece ocho normas básicas²⁰⁰:

197 LENZ (2007), p. 27.

198 ATIENZA y RUIZ MANERO (1991).

199 Sobre la distinción entre principios, en sentido estricto y directrices, véase ATIENZA y RUIZ MANERO (1991). Reconocemos que usamos la distinción de los autores alicantinos de forma superficial. Dejamos de lado la asociación entre principios en sentido estricto y valores últimos, porque los autores piensan en normas constitucionales. Nosotros, en cambio, estamos trabajando con principios de rango legal.

200 El listado de normas que se presenta es una reconstrucción simplificada del texto de la ley.

- *Norma 1.* Los órganos de la administración en materia sanitaria responden por los daños causados a los particulares, conforme a la cláusula general de “falta de servicio” (art. 38 inc. 1º).
- *Norma 2.* El ciudadano debe probar que el daño que alega fue causado por una acción u omisión, mediando falta de servicio (art. 38 inc. 2º).
- *Norma 3.* La indemnización por daño moral debe ser fijada por el juez, considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas (art. 41 inc. 1º).
- *Norma 4.* El Fondo Nacional de Salud es responsable por falta de servicio –de su obligación de asegurar el otorgamiento de las garantías explícitas de salud contempladas en esta ley–, siempre que tal incumplimiento sea consecuencia directa de su actuar (art. 42 inc. 1º).
- *Norma 5.* Las instituciones de salud previsional son responsables por incumplimiento negligente de su obligación de asegurar el otorgamiento de las garantías explícitas de salud contempladas en esta ley, siempre que tal incumplimiento sea consecuencia directa de su actuar (art. 42 inc. 1º).
- *Norma 6.* Los prestadores inscritos en la Superintendencia de Salud son responsables por el incumplimiento de las Garantías Explícitas de Salud en el caso en que el incumplimiento sea consecuencia de la acción u omisión de dichos prestadores (art. 42 inc. 2º).
- *Norma 7.* No son indemnizables los daños derivados de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente al momento de producirse aquellos (art. 41 inc. 2º).
- *Norma 8.* La acción para perseguir la responsabilidad prescribe en cuatro años contados desde la acción u omisión (art. 40).

4.6.1.4 Ley N° 20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión de personas con discapacidad

Esta ley es una especificación legal del derecho constitucional a la igualdad, de las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la salud y de los tratados internacionales vigentes. En términos generales, la ley establece varios mecanismos para promover la igualdad oportunidades. En su artículo 1 consagra que su objetivo es “... asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, (...) y la eliminación de cualquier forma de discriminación fundada en su discapacidad”.

La ley reafirma su propósito en el artículo 2, señalando que “se dará a conocer masivamente a la comunidad los derechos y principios de participación activa y necesaria en la sociedad de las personas con discapacidad, fomentando la valoración en la diversidad humana, dándole el reconocimiento de persona y ser social y necesario para el progreso y desarrollo del país”. De esta manera, es posible afirmar que las normas de la ley están orientadas por el valor de la autonomía y la autorrealización de las personas con discapacidad. Se busca, entonces, mejorar las oportunidades que tienen las personas con discapacidad para materializar su plan de vida.

En términos técnicos, la ley plasma una especie del modelo social de la OMS en materia de discapacidad. La definición de persona con discapacidad es claramente una expresión del modelo OMS. En cambio, el modelo social se expresa en las nociones de vulnerabilidad e inclusión.

Como ya hemos tratado las nociones de discapacidad y de persona con discapacidad, nos concentraremos en los conceptos de vulnerabilidad, inclusión, barrera, facilitador, accesibilidad, ajuste necesario y conducta de acoso.

El concepto de vulnerabilidad es usado por la ley en el párrafo segundo y refiere a las personas con discapacidad mental y a las mujeres con discapacidad. En este sentido, el texto del artículo 9 puede ser entendido como una expresión parcial (e imperfecta) de la noción de interseccionalidad, ya que acepta que la combinación de los factores

(género y discapacidad en el inciso segundo e infancia y discapacidad en el inciso tercero) genera una mayor desventaja. Este artículo debe entenderse como una obligación reforzada para el Estado en relación con prestaciones de salud sobre sexualidad y salud reproductiva de estas personas. Por lo tanto, es la base para un título de imputación por falta de servicio conforme a la Ley N° 19.966.

La noción de inclusión debe ser clarificada. La ley usa el concepto en cuatro oportunidades: inclusión social (art. 1), inclusión laboral (art. 21 N° 3) e inclusión educacional (art. 21 N° 3) e inclusión escolar (título del párrafo 2°). Debido a que la ley no define el término, es necesario interpretarlo según el campo científico y/o artístico del que proviene. Según Echeíta y Verdugo (2004) este término alude a “la necesidad de cambiar los sistemas de atención y apoyo no sólo en el ámbito individual, sino también en el de las organizaciones y la sociedad en general”²⁰¹. A juicio de Kioko y Mikoelle (2014), es fundamental comprender que la inclusión no es un resultado o estado de cosas, sino un proceso dinámico que va cambiando de acuerdo con las necesidades que van surgiendo, por lo que es trascendental estar atentos permanentemente a qué es lo que necesitan los participantes del proceso.²⁰²

El proceso de inclusión se ve influido por dos tipos de factores: los que impiden o inhiben la participación de las personas se denominan barreras (arts. 5, 6 letra c y 23), mientras que los que hacen exitosa la implementación de la inclusión se llaman facilitadores (arts. 8 inc. 3° y 39).²⁰³

Las barreras pueden ser organizacionales, actitudinales y de conocimiento. Las primeras tratan la forma que adoptan las instituciones. Por ejemplo, en un entorno educativo son barreras el manejo de las clases, la metodología de evaluación y los objetivos de un curso.²⁰⁴ Las barreras actitudinales son creencias, prejuicios y estereotipos,

201 ECHEÍTA y VERDUGO (2004), p. 11.

202 KIOKO y MAKOELLE (2014).

203 MUCCIO (2012).

204 DARROW (2009).

que se consideran relacionadas a las personas con discapacidad. Creer que no serán capaces de resolver una tarea, pensar que necesitan ser tratados como niños o juzgarlos como buenas personas, por el sólo hecho de poseer una discapacidad, son barreras de este tipo. A su turno, las barreras de conocimiento son los saberes, destrezas y competencias que son necesarias al configurar servicios eficaces para las personas con discapacidad.

Los facilitadores son, correlativamente, todos aquellos cambios que se hacen para disminuir o eliminar las barreras. Ellos consideran modificaciones ambientales o de infraestructura, cambios de reglamentación, implementación de capacitaciones o de procesos de formación y adquisición de tecnología.²⁰⁵ Cuál es el facilitador que debe llevarse a cabo en cada caso, es una pregunta que se responde mediante un concepto jurídico indeterminado que incluye la noción de proporcionalidad en su interior, este es, la noción de ajuste necesario.

El inciso tercero del artículo 8 define este concepto diciendo: “Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”. Hay que notar que no todo facilitador es un ajuste necesario. Para que un facilitador se configure en un ajuste necesario debe cumplir con tres condiciones: (i) ser una medida de adecuación que sea eficaz y práctica, (ii) que no suponga una carga desproporcionada, y (iii) que facilite la accesibilidad o la participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones.

Para hacer referencia a las modificaciones del ambiente, de las cosas y/ o de la infraestructura la ley usa un término más preciso: accesibilidad. La definición está en el inciso segundo del artículo 8, que señala: “La accesibilidad es un conjunto de requisitos que deben

205 Conforme al artículo 8 el Estado tiene el deber de establecer medidas (esto es regular) contra la discriminación. Estas medidas son de tres tipos: exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso.

cumplir los bienes, entornos, productos, servicios y procedimientos, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo al principio de accesibilidad universal”.

Finalmente, el último inciso del artículo 8 define conducta de acoso como “toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Un aspecto interesante de esta definición es la palabra “consecuencia”, pues implica disociar el acoso de los motivos o inclinaciones que dieron origen al comportamiento. Para que una conducta sea constitutiva de acoso basta con que tenga como efecto algunas de las circunstancias que el artículo lista.

4.6.2 Normas civiles con posible impacto en la discapacidad

El sólo hecho de poseer una discapacidad no convierte a la persona en incapaz de ejercicio. Un claro ejemplo es la persona discapacitada debido a una condición física (necesidad de usar una silla de ruedas) o comunicativa (sordomudez). Ella no es incapaz por ese sólo hecho. Se exige contar con hechos adicionales: se debe carecer de voluntad o no poder expresarla debidamente (art. 1447 CC). Por esta razón, el legislador exige, además de la condición (sordo o sordomudo), que la persona no pueda darse a entender claramente.

4.6.2.1 Discapacidad e interdicción por demencia

El caso de la persona con discapacidad psíquica o intelectual²⁰⁶ y su eventual incapacidad de ejercicio, es más complejo.²⁰⁷ Aquí hay dos situaciones posibles:

206 La distinción entre discapacidad física, psíquica e intelectual es sólo didáctica. Usamos la expresión “discapacidad psíquica o intelectual” por su fácil comprensión. En derecho, quizá la expresión más idónea es “personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial”. Ver LATHROP (2019).

207 Existen dos procedimientos judiciales para la interdicción de una persona con discapacidad intelectual. El juicio contencioso del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil y el procedimiento voluntario de la Ley N° 18.600. Ver LATHROP (2019).

- 1) *Existe una discapacidad psíquica o intelectual y hay capacidad de ejercicio.* Esta es la situación general y básica conforme a los principios y reglas del ordenamiento jurídico, ya que toda calificación de incapacidad absoluta de ejercicio es fruto de una excepción a esta regla general y debe ser fundada.
- 2) *Existe una discapacidad psíquica o intelectual e incapacidad absoluta de ejercicio.* Aquí hay que subdistinguir dos casos:
 - *La discapacidad psíquica o intelectual es el fundamento de la incapacidad absoluta.* Probada la discapacidad, se acredita la calificación jurídica incapaz. Conforme al concepto de incapacidad del Código Civil, la discapacidad debe tener una entidad tal que impida la formación de voluntad en el sujeto y/o su expresión clara. En este sentido, los puntos de prueba son dos: la discapacidad (el cual se descompone como hemos visto) y la imposibilidad de configurar una voluntad o de comunicarla.
 - *La discapacidad psíquica o intelectual no es el fundamento de la incapacidad absoluta, sino que esta se basa en una enfermedad concurrente.* La prueba de la discapacidad sólo sirve para el contexto o, simplemente, no es relevante para resolver el caso. La discapacidad no se relaciona con la formación de la voluntad o con su expresión clara. Existe otra enfermedad, concurrente con la discapacidad, que es la base de la calificación jurídica como incapaz. Por ejemplo, una persona que padece esquizofrenia y posee la calificación y la certificación del Compin debido a esta condición, podemos considerarla, *prima facie*, como una persona con discapacidad. Luego, ese sólo hecho no la convierte en incapaz absoluto de ejercicio. Un paciente con esquizofrenia en tratamiento puede hacer una vida casi normal.²⁰⁸ Sin embargo, puede ocurrir que padezca de otra enfermedad que afecte su capacidad jurídica, como la

208 Esta afirmación no implica que los pacientes de esquizofrenia tengan un deterioro cognitivo que afecta su calidad de vida y, entonces, que puedan ser entendidas como personas con discapacidad. Sobre la relación entre esquizofrenia y deterioro cognitivo, ver CAVIERES y VALDEBENITO (2005); BARRERA (2006).

demencia frontotemporal (también llamada enfermedad de Pick).²⁰⁹ Entonces, hay que probar la existencia de la enfermedad concurrente como fundamento de la declaración de incapacidad.

Las normas sobre la discapacidad de los tratados y de la legislación especial entran en conflictos axiológicos con las normas de interdicción por demencia que tiene el Código Civil. Las normas civiles vulneran los derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual y, entonces, su constitucionalidad es discutible.²¹⁰ Por esto, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucional puede ser un medio de impugnación relevante en muchos casos.

El razonamiento judicial debe distinguir cuatro preguntas independientes:

- a. *Primera pregunta.* ¿La persona posee (o no) una discapacidad?
- b. *Segunda pregunta.* ¿La persona posee una calificación y certificación del Compin?
- c. *Tercera pregunta.* La persona tiene un diagnóstico médico en relación con una deficiencia o condición de salud que (i) es base de la discapacidad, (ii) es concurrente con la discapacidad, (iii) no genera una discapacidad, ¿pero configura una enfermedad idónea para fundar una interdicción?
- d. *Cuarta pregunta.* ¿La persona tiene la competencia para tomar decisiones autónomas en todos o algunos aspectos de su propia vida?

Conforme al modelo de la OMS que se expresa en los tratados internacionales vigentes, las preguntas a) y c) son fácticas, pudiendo probarse según las reglas generales. La pregunta b), en cambio, exige contar con los actos administrativos respectivos. Finalmente, la pregunta d) es puramente normativa. En ella, el juez debe valorar el grado de autonomía de la persona, es decir, su capacidad para formular y planificar un plan de vida. Si la persona tiene un alto grado de autonomía,

209 DONOSO y SALINAS (2009).

210 LATHROP (2019).

la interdicción no debe ser concedida, porque debe privilegiarse el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Luego, en situaciones de autonomía relativa, el juez debe proporcionar la interdicción de forma explícita, resguardando el derecho fundamental de la persona con una discapacidad o enfermedad que, en alguna medida, no puede ser autónoma. Así, la interdicción completa debe ser una resolución fundada de forma muy robusta.²¹¹

4.6.2.2 Discapacidad e interdicción por disipación

El Código Civil autoriza la interdicción por disipación en el artículo 445, mediante un “juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos”. Es importante considerar que la adicción al juego o ludopatía es una enfermedad según la OMS.²¹² Puede ser una condición de salud base de una discapacidad, pero no es una discapacidad en sí misma. Entonces, hay dos casos básicos:

- 1) Persona con discapacidad y no interdicta por disipación.
- 2) Persona con discapacidad e interdicta por disipación.
 - persona con discapacidad e interdicta a causa de la deficiencia o condición de salud que origina la discapacidad.
 - persona con discapacidad e interdicta a causa de una condición de salud que no se vincula con la discapacidad.

A su turno, la Ley N° 19.995 –de Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego–, en su artículo 9 letra b) prohíbe que “los privados de razón y los interdictos por disipación” ingresen o permanezcan en las salas de juego. La expresión “privado de razón” es problemática, porque ella podría incluir algún tipo de discapacidad psíquica o intelectual. *Prima facie*, la esquizofrenia, el Asperger y/o el síndrome de Down podrían ser considerados “privación de razón”. Pero la cuestión es más compleja, porque esta interpretación “paternalista” y de sentido común, es

211 LATHROP (2019).

212 ECHEBURÚA, SALABERRÍA y CRUZ-SÁEZ (2014).

contraria a disposiciones expresas de la convención y al principio de autonomía de la voluntad. Además, transgrede una máxima de interpretación muy asentada: las prohibiciones deben interpretarse restrictivamente.

Según ordena la legislación civil, la disipación de bienes se prueba por “hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia”. De este modo, una persona discapacitada por esquizofrenia podría no calificar dentro de la categoría de disipador.

4.6.3 Normas penales con posible impacto en la discapacidad

La distinción entre enfermedad y discapacidad es útil cuando pensamos en el contexto penal, porque nos permite sostener ocho ideas básicas:

- 1) *Sobre la inocencia.* La persona con discapacidad se presume inocente como cualquier otra persona. Quien arguye “Pedro es discapacitado, entonces, es (o se sospecha que es) culpable”, comete un error. La culpabilidad debe probarse conforme a las reglas generales.
- 2) *Sobre la peligrosidad.* La persona con discapacidad, por el hecho de vivir con ella, no es más peligrosa que otra (que no tiene la misma discapacidad y enmarcado en una misma situación fáctica). El razonamiento que afirma, a secas, “Pedro es discapacitado, entonces, es peligroso”, es un error. Debe acreditarse una enfermedad diversa o concurrente a la discapacidad, u otro hecho ajeno, para sostener un aumento de la peligrosidad. A la inversa, también comete un error quien señala “Pedro es discapacitado, entonces, es una buena persona (poco peligroso)”. Asociar la discapacidad con la bondad moral o la buena fe es un sesgo en la toma de decisiones que proviene de un estereotipo.
- 3) *Sobre la imputabilidad.* La persona con discapacidad es, *prima facie*, imputable como cualquier otra persona en su misma situación. Una persona que necesita usar una silla de ruedas eléctrica no es inimputable por ese sólo hecho. El razonamiento que sostiene, sin ninguna particularidad, “Pedro es discapacitado, entonces, es inimputable”, incurre en un error. Hay que acreditar una enfermedad diversa o concurrente a la discapacidad para sostener

No hay norma expresa que establezca una eximente de responsabilidad debido a una discapacidad. El caso del inimputable no es idéntico del caso del discapacitado. Hay que recordar: discapacitado no es sinónimo de enfermo.

la inimputabilidad. Como es obvio, el caso de las denominadas “discapacidades intelectuales” es más difícil de resolver. Una discapacidad causada por el trastorno de espectro autista (TEA) o el síndrome de Asperger podrían conducir tanto al escenario de imputabilidad como al de inimputabilidad.

- 4) *Eximente o atenuante de responsabilidad.* No hay norma expresa que establezca una eximente de responsabilidad debido a una discapacidad. El caso del inimputable no es idéntico del caso del discapacitado. Hay que recordar: discapacitado no es sinónimo de enfermo. Tampoco hay norma expresa que establezca una atenuante de responsabilidad penal por discapacidad. Sin embargo, en virtud de las normas penales vigentes, el juez puede construir una atenuante por analogía *in boman partem*.
- 5) *Agravante de discapacidad de la víctima.* No hay norma expresa que establezca una agravante de responsabilidad debido a que la víctima posea una discapacidad. El razonamiento que afirma, sin ninguna prevención, “la víctima posee una discapacidad, entonces, el delito es más grave”, es un error. La discapacidad puede ser un factor que agrave el daño sufrido por la víctima, pero también puede ser completamente irrelevante. Hay que cuidar no infringir el *nem bis in idem* si se ha valorado la discapacidad de la víctima, por ejemplo, como un factor para configurar la alevosía o el engaño en la calificación típica de la conducta. Ahora bien, es posible que la discapacidad de la víctima sea la base de una configuración de la agravante del artículo 12 N° 21.²¹³ Como se sabe, para ello es necesario acreditar que la comisión del delito o la participación en este ha sido motivada por la enfermedad o la discapacidad que posee la víctima. La cuestión que la doctrina no ha pensado es cuál es el parámetro para valorar la existencia de la discapacidad.²¹⁴ ¿Qué personas son las protegidas por la agravante? Hay varias opciones. La más restrictiva exige afirmar que

213 Artículo 12 N° 21: cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.

214 SALINERO (2013).

la agravante es sólo aplicable a aquellas que tengan la calificación y certificación del Compin, conforme a la legislación vigente. En el otro extremo, la interpretación más amplia debe sostener que cualquier persona que posea una discapacidad en el sentido de la OMS está cubierta por la agravante.

- 6) *Prueba de la discapacidad e imputabilidad.* En todos los casos, los medios de prueba recaen sobre un hecho: la existencia de una discapacidad. La imputabilidad no se prueba, ya que es un juicio normativo. La carga de la prueba recae, en principio, sobre quien alega los hechos conforme a las reglas generales. Sin embargo, en virtud del principio de objetividad y de las normas procesales vigentes, el Ministerio Público debería establecer estos hechos.
- 7) *Justificación de la sentencia.* La sentencia penal que resuelve un caso en donde una persona con una discapacidad es imputada, siendo un hecho, es relevante para resolver el caso y debe ser justificada con cuidado. La carga argumental exige distinguir una sentencia absolutoria de una sentencia condenatoria. En este último caso es donde la carga de argumentación es más alta. Asimismo, la carga de argumentación es intensa en los casos en donde la discapacidad relevante es aquella que posee la víctima y se alega la agravante del artículo 12 N° 21. Todo esto no obsta a que la justificación del daño causado en la víctima con discapacidad sea una tarea de argumentación muy sensible.
- 8) *Cumplimiento de la sentencia.* Debe justificarse con cuidado la decisión de condena de una persona con discapacidad. Particularmente, si aquella decisión implica su internación en centros no especializados o que carecen de ajustes razonables para cumplir la sanción con dignidad. Aquí el juez debe operar integrando la legislación nacional con las normas de los tratados vigentes.

4.7 Material complementario sobre el capítulo

ZÚNIGA, Alejandra (2013): “La nueva Ley de Derechos del Paciente: del modelo de la beneficencia al modelo de la autonomía”, en *Revista Médica de Chile*, Vol. 141 N° 1, pp. 123-124.

CORRAL, Hernán (2011): “Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 24 N° 2, pp. 31-64.

VACAREZZA, Ricardo (2000): “De los derechos del paciente”, en *Revista Médica de Chile*, Vol. 128 N° 12, pp. 1380-1384.

ROSSELOT, Eduardo (2000): “Derechos del paciente, en el marco de calidad de la atención médica”, en *Revista Médica de Chile*, Vol. 128 N° 8, pp. 904-910.

Preguntas sobre el capítulo 4

En esta sección hay 12 preguntas sobre los conceptos centrales del capítulo. Las primeras 7 son de opción múltiple y las restantes son de verdadero o falso. Las respuestas correctas están listadas al final del libro.

A. Opción múltiple

- 1) **Para efectos de la convención, ¿qué se entiende por discapacidad?**
 - a. Mal funcionamiento fisiológico que tiene efectos psicológicos.
 - b. Minusvalencia causada por problemas físicos o mentales.
 - c. Deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal.

- 2) **¿Qué se entiende por discriminación para efectos de la convención?**
 - a. Toda distinción, exclusión o restricción sin fundamento alguno.
 - b. Distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad.
 - c. Toda distinción o preferencia basada en una deficiencia física.

- 3) **¿Cuáles son las áreas prioritarias para lograr los objetivos de la convención?**
 - a. Prevención, detección temprana y sensibilización de la población.
 - b. Medidas laborales, judiciales y legales para la no discriminación.
 - c. Medidas para eliminar progresivamente la discriminación.

- 4) **Para obtener los beneficios a que se refiere la Ley N° 20.422 se requiere la certificación de:**
 - a. Un centro asistencial.
 - b. Cualquier funcionario con título.
 - c. Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez.

- 5) **¿Cuál es la ley que se refiere a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad?**
- a. Ley N° 20.422.
 - b. Ley N° 19.966.
 - c. Ley N° 20.580.
- 6) **¿Una persona con discapacidad mental puede ser sometida a terapias que atenten contra su voluntad?**
- a. Sí, puesto que carece de autonomía para decidir.
 - b. No, el Estado debe realizar prestaciones y servicios de apoyo.
 - c. No, porque carece de autonomía para decidir.
- 7) **¿En qué plazo se puede interponer la acción de no discriminación arbitraria?**
- a. En no más de un año.
 - b. En 90 días desde los hechos o el conocimiento de tales sin exceder el año.
 - c. En 90 días desde el conocimiento de los hechos.

B. Verdadero o falso

- 8) **Toda distinción o preferencia es constitutiva de discriminación.**
- 9) **La Ley N° 20.422 define concepto de discapacidad y de persona con discapacidad.**
- 10) **Para obtener los beneficios que otorga la Ley N° 20.422 se requiere evaluación del Compín.**
- 11) **Es correcto sostener que discapacidad e incapacidad son conceptos distintos.**
- 12) **La Ley N° 20.609 se refiere a todo tipo de discriminación, sin ninguna distinción.**



La discapacidad en el razonamiento judicial

5.1 Presentación

El objetivo de este capítulo es doble. La primera parte introduce al lector a una serie de conceptos básicos sobre el razonamiento jurídico. Se inicia elucidando el concepto de “razonamiento” y señalando la especificidad del razonamiento judicial. Luego se abordan los principales problemas para la configuración de la premisa normativa y de la premisa fáctica. Al abordar la construcción de la primera, se estudiará brevemente la interpretación jurídica; mientras que, al tratar la segunda, se sientan las bases del razonamiento probatorio. La segunda parte del capítulo establece un modelo de escrituración de las sentencias conforme a los estándares del lenguaje claro.

5.2 Primera parte. Cómo es el razonamiento de un juez.

En esta sección presentaremos un modo de análisis del caso rol N° 1574-2018. A partir de esto, mostraremos las nociones básicas que dan arquitectura a este capítulo. La sentencia completa se encuentra al final de la sección, como anexo.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso rol N° 1574-2018, la demandante, la srta. Natalia Ravanales, alegó cuatro hechos:

- *Hecho 1.* Que ella es discapacitada visual con 15 por ciento de visión.
- *Hecho 2.* Que ella es empleada a contrata del Senado y su función es ser operadora telefónica.
- *Hecho 3.* Que sus jefaturas administrativas le sugirieron que trabajara a distancia desde su casa, sin que ellos representen a su juicio actos o resoluciones formales del Senado.
- *Hecho 4.* Que la recomendación se produjo en un contexto en donde existía mal ambiente de trabajo entre las funcionarias de la central telefónica.

De acuerdo con su reconstrucción de lo ocurrido, su jefatura directa en la central telefónica del Senado tomó una decisión discriminatoria siguiendo el siguiente razonamiento (simplificado con fines explicativos):

- *Criterio de decisión.* Si una operadora telefónica con discapacidad visual trabaja en un contexto hostil, entonces, ella debe trabajar desde su domicilio.
- *Hecho.* Natalia Ravanales es operadora telefónica que tiene discapacidad visual.

Entonces:

- *Conclusión.* Natalia Ravanales debe trabajar desde su domicilio.

Para fundar esta decisión, la jefatura administrativa de la central telefónica arguyó que la medida “obedeció al sentido común y a una buena gestión acorde con el ordenamiento jurídico”. Aunque la jefatura del Senado no es explícita, se puede suponer razonablemente que la finalidad de la decisión era ahorrar recursos en la gestión de la central telefónica (por ejemplo, reducir el tiempo que se dedica a gestionar la situación) y evitar posibilidades de conflicto entre las funcionarias.

La decisión considera que, entre todas las operadoras de la central telefónica del Senado, sólo Natalia Ravanales debería trabajar desde su domicilio, debido a una propiedad personal (su discapacidad visual) y una propiedad del caso (el mal ambiente laboral).

Frente a esta decisión de la jefatura del Senado, la demandante alegó discriminación en razón de que ella es la única operadora telefónica que debe cumplir labores desde su domicilio. Es importante notar que, a juicio de la demandante, la decisión de la jefatura reparte de forma desigual una oportunidad: el acceso al lugar de trabajo de forma individual. Y, entonces, al carecer de esa oportunidad, la demandante ve afectados sus derechos: por ejemplo, no puede integrarse socialmente.

Para reconstruir el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, es necesario considerar que el tribunal dice que: “Aun si el Senado de la República, corporación llamada en primerísimo lugar a honrar las disposiciones de la Ley 20.422, se hubiera limitado simplemente a recomendar el trabajo a distancia a un funcionario minusválido, igualmente estaría incurso en una práctica discriminatoria, lesiva de su derecho subjetivo a ser incluido socialmente, a que la minusvalía no sea un impedimento para mantener una vida de relación semejante a las personas que disfrutan del pleno goce de sus sentidos, lo que incluye la pretensión de desempeñarse en el lugar oficial de trabajo y no tener que resignarse a una labor en régimen de ostracismo social” (considerando octavo).

Esta argumentación se puede entender como problema de tratamiento de los destinatarios de la decisión distributiva. A juicio del tribunal, está prohibido considerar como individuos o grupos homogéneos a quienes que se encuentran en situaciones sensiblemente diferentes.

El tribunal no razona sobre la legitimidad del objetivo perseguido por el Senado (es decir, nada dice sobre la pretensión de gestionar bien el servicio de la central telefónica, ni de mejorar el ambiente de trabajo). Tampoco razona sobre la proporcionalidad entre ese fin y los medios empleados, es decir, la imposición a Natalia Ravanales en orden a ejercer funciones desde su domicilio. El resultado del razonamiento del tribunal (de forma resumida) forma un silogismo judicial, así:

- *Norma.* El empleador tiene el deber de deber asegurar el derecho del trabajador a ser incluido socialmente y esto significa, en el caso de una persona discapacidad el realizar acciones para que esa discapacidad no sea impedimento para desempeñarse en su lugar de trabajo.
- *Hechos.* A Natalia Ravanales se le sugirió trabajar desde su domicilio.
- *Conclusión.* El empleador incumplió su deber de asegurar el derecho del trabajador a ser incluido socialmente.

A partir de este razonamiento básico, se genera una reacción en cadena. Un efecto dominó. El deber que pesa sobre el empleador le impide dar un trato unilateral y sin fundamento objetivo a Natalia Ravanales, de tal forma que la decisión que tomó –en orden a que sólo ella trabaje desde su domicilio– es incoherente con el sistema jurídico y debe ser declarada discriminatoria.

5.2.1 Observando más de cerca

Para analizar el caso con más detalle, revisaremos el paso que da el tribunal en los considerandos tercero a noveno.

5.2.1.1 Considerando tercero

El juez inicia su razonamiento con la finalidad de la Ley N° 20.609. Usa entonces una interpretación teleológica o finalista. Hace coherente así el mencionado texto legal con el recurso de protección, e interpreta conforme a la Constitución las expresiones de la ley, que son muy similares a la redacción del artículo 20 de la Carta Fundamental. Finaliza el considerando estableciendo las facultades del tribunal bajo esa finalidad legislativa.²¹⁵

5.2.1.2 Considerando cuarto

En este considerando el juez hace dos movimientos argumentativos. En primer lugar, reproduce la lista de ejemplos de casos de discriminación arbitraria. En segundo, distingue estos casos de la hipótesis de agravante consagrada en la misma ley. La función de la distinción es mostrar que hay diversos modos de valorar la conducta. La agravante debe valorar la subjetividad del agente, mientras que en los casos del artículo 2 basta con que objetivamente se use la categoría listada. La objetividad del juicio de desvalor se funda, a juicio del tribunal, en una única razón: su contradicción con las exigencias del principio jurídico de humanidad. A su vez, especifica de forma parcial el principio de humanidad recurriendo a conceptos de filosofía política: reconocimiento, tolerancia y diversidad, y una noción mixta (jurídica y política) de igualdad.²¹⁶

215 TERCERO: Que el sentido regulativo de la Ley N° 20.609 evoca en parte el de la acción de protección de derechos constitucionales, ya que todo su articulado apunta a restablecer judicialmente el imperio del derecho cada vez que una persona sufra un tratamiento discriminatorio carente de justificación razonable, que la prive, perturbe o amenace en el ejercicio de sus derechos fundamentales. De ahí que, si se constata la existencia de una discriminación de tal jaez y con dichas consecuencias, el tribunal tiene el deber de dejar sin efecto el acto impugnado, ordenar que no se reitere, tomar las demás medidas que considere necesarias para proteger al afectado y multar al responsable.

216 CUARTO: Que el artículo 2° de la ley enuncia ejemplarmente como casos de discriminación arbitraria actos fundados en motivos como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación económico-social, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Sin embargo, hay que distinguir la objetividad antijurídica de tales supuestos de hecho, respecto de la agravante de delinquir por motivos discriminatorios, que la misma Ley N° 20.609 agregó al catálogo del artículo 12 del Código Penal. En efecto, para esta última es crucial que el agente haya delinquido espoleado por un motivo así, entendiéndose por motivos las causas psíquicas que producen el querer o la aceptación del resultado típico. La motivación no es –en lo esencial– distinta de la causalidad, sino solamente un tipo de esta; a saber, la causalidad que pasa a través del medio del conocimiento –sólo que se la enjuicia en sede de culpabilidad– en la parte motivadora del juicio personal de reproche.

5.2.1.3 Considerando quinto

Aquí el juez realiza dos movimientos argumentales. En primer lugar, construye el problema como un conflicto del reconocimiento de diferencias. De esta forma, la acción del agente que ejecuta una discriminación queda definida como una acción de subrayado. Discrimina quien –buscando individualizar a la víctima– subraya o selecciona algún rasgo de la víctima que pertenece a una identidad particular de ella, en tanto individuo.

El segundo movimiento del tribunal es establecer un requisito para que la discriminación sea antijurídica: el principio del daño. Debe afectarse un derecho de la víctima en los términos que establece la Ley N° 20.609.²¹⁷

5.2.1.4 Considerando sexto

En este considerando, el tribunal intenta distinguir enfermedad y discapacidad. Como el concepto de discapacidad no ha sido definido en la ley, el tribunal intenta colmar una laguna. La integración del derecho se hace con dos nociones: una idea de no discriminación teleológica o finalista y una noción de autonomía de raigambre liberal. La primera noción no se explica; la segunda, en cambio, queda bastante clara: distinguir a las personas por factores de nacimiento

En cambio, el acto discriminatorio que sirve como hipótesis general en el artículo 1° de la Ley N° 20.609 merece el juicio objetivo de desvalor del Derecho porque, por un lado, contradice las exigencias prácticas del principio jurídico de humanidad, una de las cuales es que los seres humanos nos respetemos y toleremos en nuestras identidades particulares, en las múltiples disimilitudes que nos constituyen radicalmente en miembros de nuestra especie. El hombre, para aperebirse de su humanidad, está obligado a convivir con quienes le son esencialmente dispares y, al mismo tiempo, iguales, tan desemejantes y parecidos entre sí como una gota de agua con otra, y a respetar la igualdad que ata por dentro lo diverso en un racimo de armonía impuesta, asimismo, por el citado principio. En otras palabras, la humanidad, en cuanto principio práctico, postula una igualdad, no para ser idénticos, sino para ser diversos y, en definitiva, humanos.

217 QUINTO: Que, por ende, lo que está en juego en la discriminación arbitraria son diferencias, no la igualdad de las personas, por más que la posibilidad de las diferencias halle su fundamento en una igualdad básica, nativa de la dignidad humana. De esto se sigue que las disparidades menospreciadas de facto por la actuación discriminatoria conciernen, no a la identidad personal, sino a identidades particulares de los individuos. La innoble práctica de la discriminación implica generalizar a la víctima, el realce de alguna identidad particular cuya lograda a merced de la ineptitud individualizadora del victimario. Sin embargo, en sí misma carece de vida antijurídica autónoma. Esta selección excluyente, llamada discriminación, es contraria al Derecho sólo si va unida a acciones que ofenden libertades u otros bienes de las personas, negándoles o impidiéndoles su disfrute, como bien expresa el artículo 2° de la Ley N° 20.609, efecto que en las personas que conllevan alguna discapacidad existirá especialmente si el acto comporta un obstáculo para su inclusión social, según disponen los artículos 1°, 4° y 6° de la Ley N° 20.422, de 10 de febrero de 2010.

implica destacar un rasgo que ellas no han elegido y esto es “más grave” que discriminar por factores que dependen de algún modo de la elección de la víctima.²¹⁸

5.2.1.5 Considerando séptimo

Aquí el tribunal juzga el razonamiento del juez de primera instancia. El considerando es, entonces, una lista de aciertos en el razonamiento judicial que se revisa.²¹⁹

5.2.1.6 Considerando octavo

En este considerando se desechan las alegaciones del apelante. Para esto se construye un contrafáctico. Incluso si la jefatura sólo hubiese sugerido el trabajo a distancia, se hubiese discriminado a la demandante. El contrafáctico impide poner el foco en un punto que es básico: ¿la jefatura impuso un deber a la demandante dando una orden? Ya que este punto no se trata, es posible suponer que ahí hay una debilidad de la teoría del caso de la demandante. El juez salva esa

218 SEXTO: Que de los factores de discriminación enunciados por el artículo 2º de la Ley N° 20.609 interesa aquí una pareja en que predomina el sello biológico: enfermedad y discapacidad. La enfermedad es un proceso patológico, crónico o agudo, difuso o localizado, que produce una mengua de la salud física o psíquica; a su vez, el entorpecimiento o la imposibilidad de valerse por sí mismo, ejecutar funciones naturales o desarrollar actividades cotidianas, propios del estado de discapacidad, obedecen a alguna causa orgánica, sea congénita o adquirida. Mancomunadas biológicamente en su naturaleza, enfermedad y discapacidad difieren en alcance y carácter. Mientras toda discapacidad puede atraer al portador el negro destello de la discriminación, sólo las personas marginadas socialmente debido a una enfermedad son sus víctimas propiciatorias. En otras palabras, si el concepto biológico de enfermedad requiere ser ajustado a la luz de la connotación cultural derivada del sentido teleológico de la prohibición de discriminar, tal no es el caso de la discapacidad, que es en sí misma potencialmente fecunda de formas especialmente odiosas de discriminación. Allende esto, los factores discriminatorios más graves no son aquellos que dependen de algún modo de la elección de la víctima, como la ideología política, sino los que le vienen impuestos por su nacimiento o destino constitucional. El discriminado sentirá más soportable que se tilde de inferior a la persona concreta que a la categoría; estimará más llevadera la desconfianza que inspira el carácter que la que despierta el nacimiento, un hecho de la naturaleza que, para bien o para mal, no tiene arreglo.

219 SÉPTIMO: Que tras una amplísima relación de los antecedentes, la sentencia enfoca correctamente el concepto de discriminación arbitraria, en el considerando décimo cuarto, valora con propiedad la prueba y, en los acápites décimo séptimo y décimo octavo, tiene por establecido que a la denunciante, pese a sobrellevar una discapacidad visual, el 7 de junio de 2016 el Senado de la República, a sabiendas de tal déficit, le impuso el deber de continuar su trabajo de telefonista desde su casa, mientras se tramitaba un sumario administrativo que ella habría promovido la víspera. Tamaña medida, que no se determinó respecto de sus colegas de trabajo, implica una diferencia de trato unilateral y desprovista de fundamento objetivo, que el considerando décimo noveno no trepida en calificar de reñida con las reglas sobre inclusión social de las personas discapacitadas y el vigésimo muestra en sus consecuencias lesivas para la salud psíquica de la actora, hecho que consta y del que hay abundosa prueba en autos.

No es posible dejar de observar aquí que el tribunal usa dos expresiones impropias: funcionario minusválido y minusvalía. Esto es un claro error. El uso del lenguaje inclusivo impone eliminar esas dos expresiones de la redacción judicial.

debilidad presentando un *irrealis*, es decir, un mundo posible. Incluso si pensamos que fue una sugerencia, en esta hipótesis la conducta también es discriminatoria.

El considerando termina rechazando la argumentación del Senado, de acuerdo al trato dado a la demandante, por considerar ese argumento irrelevante para lo que se discute: un acto de discriminación específico.²²⁰

No es posible dejar de observar aquí que el tribunal usa dos expresiones impropias: funcionario minusválido y minusvalía. Esto es un claro error. El uso del lenguaje inclusivo impone eliminar esas dos expresiones de la redacción judicial.

5.2.1.7 Considerando noveno

En este considerando, se desechan alegaciones conexas de los recurrentes.²²¹

220 OCTAVO: Que frente a esta incontestable realidad no son motivos de contraste las alegaciones del apelante. Aun si el Senado de la República, corporación llamada en primerísimo lugar a honrar las disposiciones de la Ley N° 20.422, se hubiera limitado simplemente a recomendar el trabajo a distancia a un funcionario minusválido, igualmente estaría incurso en una práctica discriminatoria, lesiva de su derecho subjetivo a ser incluido socialmente, a que la minusvalía no sea un impedimento para mantener una vida de relación semejante a las personas que disfrutan del pleno goce de sus sentidos, lo que incluye la pretensión de desempeñarse en el lugar oficial de trabajo y no tener que resignarse a una labor en régimen de ostracismo social.

En otro aspecto, de ser efectivas la plétora de acciones de discriminación positiva que el Senado afirma haber cumplido en beneficio de la actora desde su contratación y hasta el cónclave en que se la instó a permanecer por un tiempo en casa, con sobrada razón la sentencia desestima su peso en el considerando décimo noveno, ya que no guardan relación con el acto discriminatorio ni lo justifican. Por lo demás, basta con un sólo hecho de discriminación arbitraria para que pueda prosperar la acción con que el reclamante la objeta, sin que quepa al reclamado aducir exitosamente en su defensa haberle dispensado un tratamiento inveteradamente favorable. Entre lo primero y lo segundo existe el abismo que separa las rústicas relaciones laborales del siglo XIX de las inspiradas por el Derecho público del siglo XXI.

221 NOVENO: Que todos estos razonamientos conducen al rechazo de la apelación presentada por el Senado de Chile, pero también de la adhesión al recurso y la impugnación del auto de prueba formulados por la defensa de Ximena Amigo y Carlos Becerra. Quedó dicho que la adhesión reproduce en lo medular los argumentos del apelante, a los que añade nada más que la excepción de caducidad de la acción, certeramente descartada por la sentencia en su considerando décimo quinto. En cuanto a la apelación del auto de prueba, se la desestimaré porque pretende agregar unos puntos impertinentes para el objeto del juicio, con el que no se relacionan el tiempo que la actora trabajó efectivamente para el Senado ni la positiva acogida que sus superiores aseguran haberle brindado.

5.2.1.8 ¿Qué nos dice esta observación del razonamiento judicial?

Pensamos que hay ocho ideas clave que vale tener en cuenta después de mirar con cuidado este razonamiento judicial.

- *Sobre la integración del derecho.* El juez no usa los tratados para integrar la legislación. Tampoco integra el derecho usando una dogmática estándar sobre el principio de igualdad. En lugar de eso, construye un principio implícito: el principio de humanidad. Principio que no tiene sustento explícito en nuestro ordenamiento jurídico.
- *Sobre el uso de principios.* El principio de humanidad es especificado de forma poco estandarizada. Parece ser la expresión de convicciones personales del juzgador, en lugar de una norma con sustento textual en las fuentes formales del derecho disponibles.
- *Sobre el razonamiento en relación con la igualdad constitucional.* La construcción del problema a resolver es peculiar. Elude recurrir al principio constitucional de igualdad y a la regla liberal de prohibición de uso de categorías del ser y del pertenecer.
- *Sobre la sistematización del ordenamiento jurídico.* El trabajo de sistematización del ordenamiento también está incompleto. Además de no recurrir a los tratados como *lex superior*. El juez no sistematiza la Ley N° 20.422 con la Ley N° 20.609 para entender la diferencia entre enfermedad y discapacidad. De hecho, el juez construye una distinción entre enfermedad y discapacidad, pero esa construcción jurídica (que salva el vacío de una ausencia de definición en la ley) está lejos de fundarse en el modelo OMS.
- *Sobre la interpretación de la ley.* La distinción entre valoración subjetiva y objetiva no tiene sustento en la dogmática del derecho antidiscriminación, como interpretación posible del listado del inciso primero del artículo 1 de la Ley N° 20.609. Como máximo, quien sostiene que la lista de casos del artículo 2 de la Ley N° 20.609 consagra “categorías sospechosas” podrá decir que la carga de la prueba de quien las usa es más pesada que quien no las usa. Pero no parece plausible afirmar que “el sólo uso” de la categoría en cuestión implique un reproche al

agente. Esto es así porque esta interpretación deja un conflicto entre dos normas: el inciso primero y el inciso segundo del mismo artículo.

- *Sobre el uso de técnicas de interpretación.* El tribunal recurre en más de dos oportunidades a técnicas teleológicas de interpretación. Estas técnicas siempre son prácticas que corrigen el significado literal de las palabras del legislador y, entonces, aumentan el poder discrecional de quien resuelve el caso.
- *Sobre el uso de un lenguaje claro.* Hay expresiones arcaizantes y la redacción es difícil para el lego. La sentencia no está escrita pensando en los ideales del lenguaje claro. Abundan las oracionales extensas con subordinaciones y coordinaciones complejas para el lector neófito.
- *Sobre el uso de lenguaje inclusivo.* El uso de las expresiones funcionario minusválido y minusvalía es un desliz fácil de reparar, pero deja en evidencia una práctica de redacción poco inclusiva.

Para evitar incurrir en estos defectos, en el próximo apartado revisaremos los principales conceptos de la teoría del razonamiento judicial que pueden permitir anticiparnos a estos problemas y explicitar mejor el proceso de fundamentación de una sentencia en un caso de discapacidad.

Para determinar la corrección o incorrección de un argumento es necesario que nos centremos en el razonamiento entendido como producto, como un discurso usualmente presentado en una sentencia y susceptible de ser analizado.

5.3 Segunda parte. Conceptos básicos del razonamiento judicial.

5.3.1 ¿Qué es el razonamiento jurídico?

El vocablo “razonamiento” se puede utilizar para denotar cosas diferentes.²²² En ocasiones, se habla de razonamiento como un proceso mental o psicológico que determina la conducta de una persona determinada. En otras, se utiliza para referirnos a un producto lingüístico, cuando un sujeto exterioriza su razonamiento bajo la forma de un discurso: una sucesión de enunciados que apoyan una determinada conclusión.

En tanto proceso psicológico, el razonamiento puede resultar sumamente relevante para quienes se dediquen a estudiar la forma en que factores extrajurídicos impactan en la toma de decisiones por parte de los jueces en el marco de un proceso judicial, pero no resulta del todo relevante si queremos determinar la calidad y corrección de las decisiones judiciales. Para determinar la corrección o incorrección de un argumento es necesario que nos centremos en el razonamiento entendido como producto, como un discurso usualmente presentado en una sentencia y susceptible de ser analizado.

Un razonamiento puede entenderse como un conjunto de premisas articuladas entre sí que sustentan una determinada conclusión.²²³ De esta manera, si sabemos que:

- *Premisa 1.* Quien mate a otro debe ser sancionado a 20 años de presidio.
- *Premisa 2.* Pedro ha matado a Juan.
- *Conclusión.* Resulta obligatorio sancionar a Pedro a 20 años de presidio.²²⁴

222 GUASTINI (2014), p. 225.

223 COPI (2013), p. 7.

224 Para los efectos de este trabajo, entenderemos como (P+Nº) cualquier premisa, mientras que (C) se utilizará para referirnos a la conclusión. Corresponde esta aclaración puesto que, una vez introducidas las premisas junto a la conclusión, se procederá a ejemplificar de esta forma a medida que se avance en el texto.

El ejemplo propuesto resulta ser una sobresimplificación que dista mucho de la complejidad inherente a los procesos judiciales, pero resulta útil a los fines de introducir una estructura básica para el razonamiento judicial. Podemos complejizar el caso agregando premisas que den cuenta de diversos elementos o factores que influirían en la toma de una decisión distinta. Sancionar a Pedro a 20 años podría parecer excesivo si es que no tenía antecedentes penales y que, por ello, operase alguna atenuante que determine bajar la cuantía de la pena. O quizás la misma sanción podría descartarse si es que Pedro mató a Juan mientras este último se preparaba para asestarle una estocada mortal, de tal forma que el primero actuó bajo la norma permisiva de legítima defensa.

Cada una de estas premisas adicionales resulta ser, además, una conclusión de razonamientos previos que son respaldados por múltiples premisas adicionales. Lo que interesa como punto de partida es entender que todos los razonamientos se estructuran en base a una conclusión que se deriva de un conjunto de premisas que, a su vez, pueden ser conclusiones en otros razonamientos. La posición de un enunciado como premisa o conclusión es por tanto relativa.²²⁵

La premisa normativa (P1) de nuestro caso, según la cual es obligatorio sancionar a 20 años de presidio a quien mate a otro, es el resultado o conclusión de una serie de premisas referidas al ámbito interpretativo, razonamiento que gira en torno a determinar qué normas existentes regulan el caso planteado y qué consecuencias normativas le podemos adscribir. Asimismo, la premisa fáctica de nuestro caso (P2), según la cual Pedro ha matado a Juan, es, probablemente, la conclusión de una serie de premisas referidas a la discusión probatoria. Para llegar a sostener este enunciado, debemos argumentar desde el ámbito de la evidencia disponible si es que Pedro ha, efectivamente, dado muerte a Juan y si podemos sostener esto en concordancia con las normas que regulan el estándar probatorio.

225 COPI (2013), pp. 7.

Para pasar de las premisas a una conclusión normativa requerimos que, a lo menos, alguna de nuestras premisas sea una norma y que, a lo menos, una de nuestras premisas sea un caso.

Si el objetivo del derecho es motivar la conducta de las personas mediante la adscripción de consecuencias jurídicas a determinados comportamientos, es necesario que los jueces razonen utilizando tanto premisas fácticas como premisas normativas. Así, la primera nota distintiva del razonamiento judicial es que se ejerce con el objetivo práctico de dirigir la conducta de las personas de tal forma que la conclusión es típicamente una prescripción.²²⁶ Para pasar de las premisas a una conclusión normativa requerimos que, a lo menos, alguna de nuestras premisas sea una norma y que, a lo menos, una de nuestras premisas sea un caso.²²⁷

Tanto las premisas fácticas como las normativas se condicionan mutuamente.²²⁸ Sabemos qué disposición normativa debemos interpretar, precisamente, por los hechos del caso, mientras que estos son seleccionados como hechos relevantes precisamente porque alguna norma les atribuye consecuencias jurídicas. En nuestro ejemplo, la premisa fáctica según la cual (P2) Pedro ha matado a Juan es relevante precisamente porque la premisa normativa (P1) adscribe consecuencias jurídicas a quien mate a otro.

Una segunda nota distintiva del razonamiento judicial es que el sujeto que está razonando no es un sujeto cualquiera, sino que se trata de un órgano que ejerce poderes públicos en un contexto institucional.²²⁹ Toda decisión que se formule tendrá un efecto relevante en las posiciones jurídicas subjetivas de las personas que se ven afectadas por ella. De este hecho surgen tres deberes propios de la labor judicial en el marco de un Estado constitucional de derecho: (i) resolver los conflictos normativos que se sometan al juez y que estén dentro de su esfera de competencia; (ii) motivar su decisión, y (iii) resolver conforme a derecho. La primera de estas exigencias se relaciona íntimamente con el principio de inexcusabilidad (*non liquet*), según el cual se garantiza a toda persona el acceso a una tutela judicial efectiva,

226 GUASTINI (2011b).

227 Esto, dado la conocida “ley de Hume”, según la cual no es posible inferir una consecuencia normativa a partir de un razonamiento conformado únicamente de premisas fácticas. Para lograr inferir válidamente una consecuencia normativa es necesario, a lo menos, una premisa normativa.

228 GUASTINI (2011b).

229 GUASTINI (2011b).

En sentido amplio, usualmente se habla de interpretación para hacer referencia a un conjunto de operaciones que realizan los aplicadores del derecho sobre las fuentes formales y que tiene por resultado una determinada configuración normativa.

de tal forma que los tribunales no puedan inhibirse de conocer un asunto que se encuentre dentro de su esfera de competencia ni aun a falta de una norma jurídica expresa que resuelva el caso. Motivar la decisión consiste en justificar las premisas normativas y fácticas que la fundamentan. Que esta motivación deba efectuarse conforme a derecho quiere decir que estas premisas deben configurarse teniendo en cuenta las fuentes formales del derecho. La justificación no puede radicar en el capricho del juez, en sus deseos ni en su moral, sino que debe afianzarse en un conjunto de materiales jurídicos que actúan como materia prima del razonamiento.

5.3.2 Los materiales jurídicos y la interpretación

Los materiales jurídicos básicos son las disposiciones o textos normativos que generan las fuentes formales del derecho. Una disposición es un enunciado lingüístico presente en algún texto normativo válido o reconocido como fuente formal del derecho.²³⁰ Una norma es, en cambio, el significado o sentido que atribuimos a esta disposición mediante un proceso de interpretación en que aplicamos cánones o criterios compartidos en una determinada comunidad jurídica.²³¹

Interpretar es ciertamente un concepto complejo que requiere una elucidación conceptual. En sentido amplio, usualmente se habla de interpretación para hacer referencia a un conjunto de operaciones que realizan los aplicadores del derecho sobre las fuentes formales y que tiene por resultado una determinada configuración normativa. Bajo este concepto amplio de interpretación se confunden operaciones tan disímiles como la asignación de significado a una disposición, la identificación de lagunas y/o antinomias, la ponderación y especificación de principios, entre otras. Con la finalidad de evitar estas confusiones, bien vale trabajar con un concepto restringido o estricto de interpretación.

Interpretar, en sentido estricto, consiste en adscribir un significado posible a una disposición normativa.²³² Un enunciado interpretativo tiene la estructura según la cual “P significa S”, en donde “P” es el

230 GUASTINI (2011a), p. 136.

231 GUASTINI (2011a), p. 136.

232 GUASTINI (2008), p.79

enunciado a interpretar y “S” es una norma jurídica que se adscribe a “P”. Las normas, bajo este concepto, son el resultado o producto de la interpretación, de tal forma que toda premisa normativa es la conclusión de un razonamiento interpretativo previo. Dentro de las premisas de todo razonamiento interpretativo encontramos criterios interpretativos o hermenéuticos tales como el criterio gramatical, sistemático, evolutivo, originalista, psicológico u otros aceptados por una cultura jurídica determinada. Estos criterios no son otra cosa que argumentos que nos permiten concluir un conjunto finito de significados posibles, potencialmente diversos del significado que podríamos obtener de haber utilizado un criterio alternativo.

En el proceso de interpretación, los jueces toman constantemente decisiones sobre diversos puntos. En un primer momento, se decide qué disposición se va a interpretar, lo que consiste en identificar una serie de propiedades presentes en el caso y adscribirles alguna significancia o relevancia jurídica en razón de una disposición normativa. En un segundo momento, los jueces deciden utilizar algún criterio hermenéutico o interpretativo por sobre otro. En un tercer momento, los jueces eligen adscribir uno de entre diversos significados posibles a la disposición, de tal forma que la norma resultante les posibilite resolver la controversia que están enfrentando.

Esta serie de decisiones no implica que todo proceso esté marcado por problemáticas interpretativas o que el juez deba siempre exteriorizar las razones o fundamentos para concluir la existencia de una determinada norma jurídica. Usualmente, los jueces se enfrentan a situaciones en donde la interpretación de un determinado enunciado es pacífica. Es decir, situaciones en que nadie discute la existencia de una norma, ya sea porque es de uso común entre jueces o juristas, o bien porque las partes no han cuestionado el uso típico de la disposición, subsistiendo en cambio otras discusiones, por ejemplo, fácticas. En nuestro ejemplo, probablemente no sea discutido que existe una norma que sanciona el homicidio con presidio, pero sí puede discutirse si es que Pedro efectivamente mató a Juan, o bien si existen o no las circunstancias necesarias para aplicar una norma permisiva como la legítima defensa. En el primer caso, la discusión no versa sobre la interpretación, sino sobre la calificación jurídica del caso: se trata o no de un homicidio. En el segundo, la discusión

tampoco versa sobre la interpretación, sino sobre la existencia de hechos que permitan la aplicación de una norma adicional: si concurren o no los requisitos para que sea procedente la legítima defensa.

Por último, corresponde distinguir entre aquellos problemas que se relacionan con la interpretación (en tanto asignación de significado) de aquellos que se refieren a la creación normativa. Hasta aquí hemos dicho que la interpretación consiste en asignar un significado posible a una disposición. Pues bien, ¿qué significa esto? Que pueda asignarse a un texto determinado teniendo en consideración: (i) las reglas del lenguaje, (ii) los métodos interpretativos y (iii) la dogmática jurídica.²³³ El primer punto hace referencia a las reglas gramaticales y semánticas que regulan el uso del lenguaje. El segundo se refiere a los criterios hermenéuticos validados en cierta comunidad jurídica. El tercero, a los acuerdos y propuestas de quienes se dedican a precisar los términos técnicos y propios del derecho (tales como jurisprudencia, competencia, proceso, procedimientos, sólo por dar algunos ejemplos). La interpretación es ciertamente una actividad que implica una decisión, pero no cualquier decisión constituye una interpretación.

Junto a la interpretación, jueces y juristas realizan una serie de operaciones que no implican necesariamente una atribución de significado, sino que construyen un significado útil para dar operatividad a ciertas disposiciones. Dentro de estas operaciones encontramos: (i) creación de lagunas normativas y axiológicas, (ii) creación de jerarquías axiológicas entre normas, (iii) concretización o especificación de principios, (iv) creación y solución de antinomias, (v) ponderación de principios, y (vi) elaboración de normas implícitas.²³⁴ Estas operaciones son ampliamente discrecionales, aunque necesarias, para la aplicación de determinados textos normativos. Revisaremos algo más al respecto al tratar la aplicación de reglas y principios.

233 GUASTINI (2008), p. 79

234 GUASTINI (2008), p. 50.

5.3.2.1 Técnicas de interpretación

Conforme a las disposiciones del Código Civil, hay un conjunto de normas que regulan la interpretación de la ley. Aunque buena parte de la doctrina sostiene que estas disposiciones son de alcance general, es importante considerar que sectores importantes del ordenamiento tienen normas de interpretación diferenciadas, como el derecho penal y el derecho laboral. Además, que la constitucionalización del sistema jurídico exige que las disposiciones legales y reglamentarias se interpreten conforme a la Constitución.

Ahora bien, en el Código Civil, las normas de interpretación están contenidas en los artículos 19 al 24. Estas normas no tienen relaciones de preferencia, por lo que el juez tiene discrecionalidad para usarlas en la secuencia que estime pertinentes.

Claro Solar interpreta las disposiciones del Código Civil con la perspectiva de Savigny. Es tradicional que en nuestro medio se usen las expresiones elemento gramatical, elemento lógico, elemento sistemático y elemento histórico para hacer referencia a las normas sobre la interpretación. Por esta razón, seguimos la nomenclatura sin tomar posición sobre la corrección de la interpretación de Claro Solar.

Sobre el elemento gramatical es necesario enfatizar la preferencia de las definiciones legales por sobre las definiciones técnicas, y de estas últimas en relación con las definiciones del sentido natural y obvio. En las normas nacionales sobre discapacidad hay definiciones legales (por ejemplo, persona con discapacidad) y también hay términos que el legislador no define (por ejemplo, discapacidad, deficiencia, entre otros). Por ello, hemos sostenido que la palabra “discapacidad” debe interpretarse usando el modelo de la OMS en la mayoría de los casos. Ahora bien, ya que ese modelo tiene límites es posible que, en algunos casos difíciles, el juez pueda definir la palabra “discapacidad” usando otro modelo.

El elemento histórico unido a la *ratio legis* tiene relevancia en los casos de discapacidad para establecer, por un lado, el contexto de trabajo del legislador y, por otro, las pretensiones que busca lograr la ley. En el caso de todas las normas sobre discapacidad, ambos ele-

mentos nos conducen a la nivelación de la situación de las personas con discapacidad. Entonces, he ahí un buen punto de partida para asignar significados a expresiones cuyo sentido es dudoso.

La especialidad de las normas que son relevantes para los casos de discapacidad permite sostener que el uso de los elementos “lógico” y “sistemático” tendrá mucha importancia al confrontar estas normas con otras del mismo grado de especialidad, pero referidas a otros asuntos. Aquí –ante el posible conflicto de normas– para configurar la coherencia del sistema normativo el juez debe poner cuidado en la justificación de la norma elegida para resolver el caso.

Más allá del Código Civil es importante considerar que las normas relevantes para resolver casos de discapacidad especifican el derecho fundamental a la igualdad. Entonces, la actividad interpretativa no puede perder de vista su contenido “constitucional”, pues –de otro modo– la igualdad resultaría vacía. En palabras simples: todo caso de discapacidad es un caso de igualdad ante la ley.

Para proceder a la interpretación de la legislación en estos casos, recomendamos proceder de arriba hacia abajo. Primero, integrar el texto constitucional con los tratados vigentes fijando un “parámetro constitucional de actuación”. En segundo lugar, interpretar la legislación conforme a ese parámetro constitucional, y estableciendo un “parámetro legal de actuación”. De este modo, la integración de estos dos parámetros fija el derecho que regula el caso.

5.3.3 ¿Qué se espera de las decisiones judiciales?

Las decisiones judiciales deben ser racionales y razonables. La racionalidad depende de la calidad de las razones que las sustentan. Seguimos, en este punto, a Chiassoni para sostener que una decisión judicial es racional, es decir está justificada racionalmente cuando cumple la justificación interna y externa.²³⁵

La justificación interna evalúa la validez lógica de las inferencias que nos permiten derivar en una conclusión a partir de un conjunto de premisas.²³⁶ En nuestro ejemplo, la justificación interna se refiere a la corrección lógica de la conclusión (C) Pedro debe ser condenado a 20 años de presidio dadas las premisas (P1) y (P2). Podemos entender que una decisión se encuentra justificada internamente si la conclusión del razonamiento se puede deducir de las premisas, vale decir, si se trata de un razonamiento que cumple con el patrón del silogismo judicial.

La justificación externa se refiere a la corrección jurídica, tanto de la premisa fáctica como de la premisa normativa. Es decir, a la racionalidad de los fundamentos de las premisas normativas y fácticas que determinan la conclusión del razonamiento judicial.²³⁷ En nuestro ejemplo, la justificación externa se refiere a la solidez de la premisa normativa (P1), quien mate a otro debe ser sancionado con 20 años de presidio, y de la premisa fáctica (P2), Pedro ha matado a Juan. Así, una decisión judicial está justificada racionalmente en sentido externo sólo si cada una de las premisas –normativas y fácticas– alude a una razón suficiente –mas no necesaria– para justificar la decisión.

Cuando existen dudas de si las premisas son adecuadas para fundamentar una decisión judicial, podemos señalar que estamos ante un caso difícil.²³⁸ Estos casos presentan una serie de problemáticas respecto a las premisas normativas y fácticas. Un caso difícil, en relación con las premisas normativas, se produce cuando (i) existen problemas de identificación de la norma aplicable, de tal forma que existen dudas sobre cuáles normas utilizar para resolver un caso, o (ii) cuando existen problemas de interpretación en sentido estricto. Un caso difícil respecto a las premisas fácticas se produce cuando (i) existen problemas relativos a la prueba de un determinado hecho, o bien (ii) cuando existen problemas relativos a su calificación jurídica.

236 CHIASSONI (2011), p. 18.

237 CHIASSONI (2011), p. 18.

238 MORESO (2004), p. 127.

5.3.3.1 ¿Qué se espera de las decisiones judiciales en los casos de discapacidad?

Hoy coexisten al menos dos tipos de procedimientos judiciales en nuestros sistemas jurídicos: los procedimientos orientados por la certificación de hechos –por ejemplo, un juicio penal que busca determinar la responsabilidad de una persona en un delito de robo con fuerza– y los procedimientos orientados por el reconocimiento social del otro, como es el caso del procedimiento establecido en la ley Zamudio o en la Ley N° 20.422.

En los sistemas jurídicos constitucionalizados existe una fuerte presión social por la inclusión de categorías del ser y del pertenecer en el diseño institucional. Esta presión se expresa en el proceso judicial, por ejemplo en los casos de aplicación de costumbre indígena, porque la pertenencia a un pueblo originario permite que los litigantes usen sus normas consuetudinarias.

En este sentido, el proceso judicial de un ordenamiento constitucionalizado no es sólo una maquinaria para certificar hechos ocurridos en el pasado o para dejar constancia del mundo que nos rodea. El proceso tiene una función adicional: el reconocimiento del otro. Dicho de manera distinta, el proceso es una herramienta para reconstruir un vínculo social entre los miembros de la comunidad en constante tensión.

El reconocimiento del otro en su plena dignidad requiere considerar que los intervinientes de un proceso judicial no son figuras carentes de emocionalidad.²³⁹ Así, en los procesos judiciales donde está implicado este reconocimiento, es necesario que un juez considere al menos tres puntos complementarios:

239 NUSSBAUM (1997), pp. 138-163: “Mi enfoque (...) enfatiza la necesidad del dominio técnico tanto como de sentimientos e imaginación, e insiste también en que los segundos deben estar continuamente informados y contenidos en los primeros”. Mucho más adelante, agrega: “En ausencia de esta capacidad (fantasear e imaginar), las voces ‘largamente mudas’ que procuran hablar por medio de esa justicia permanecerán en silencio, y el ‘sol naciente’ del juicio democrático quedará velado”.

- 1) La sentencia debería reconocer los planes de vida de los intervinientes como iguales y dignos de respeto. En este sentido, se espera que la judicatura use la sentencia para subrayar la idea de que todos los ciudadanos tienen igual dignidad.
- 2) La sentencia debería reconocer la autenticidad de cada uno de los intervinientes, esto implica expresar que la identidad de las personas es única (como individuo o como miembro de un grupo) y diferente de todos los demás.
- 3) La sentencia no debe asimilar a las personas con discapacidad a la identidad mayoritaria o dominante en la sociedad.

5.3.4 Razonamiento con principios

Un asunto controvertido, respecto a la configuración de la premisa normativa, consiste en el uso de principios. Como ya hemos dicho, se ha sostenido que en el mundo de las normas podemos hacer una distinción entre reglas y principios.²⁴⁰ Los principios carecen de la estructura condicional típica de las reglas y se les ha sindicado como normas con un supuesto de hecho abierto, vale decir normas respecto de las cuales no se puede señalar con precisión qué casos o qué conductas están regulando.²⁴¹ Cuando utilizamos, por ejemplo, el principio del interés superior del niño, no tenemos ni antecedente ni consecuente que nos permita realizar una operación de subsunción. El principio, *per se*, nada dice sobre cómo sancionar un caso de maltrato a un menor, sobre cómo decidir un caso de custodia o sobre cómo decidir el grado de libertad necesario para el mejor desarrollo del

240 DWORKIN (1986).

241 Sobre este punto existen múltiples discusiones sobre la estructura de los principios y sobre los criterios que nos permitirían distinguirlos de las reglas. Cuando decimos, por ejemplo, que el derecho a la vida, tal como está consagrado en la Constitución, es un principio, podemos estar diciendo varias cosas: (i) que se trata de una norma axiológicamente superior, más valiosa, que otras normas; (ii) que guarda un supuesto de hecho abierto de tal forma que no sabemos con exactitud qué conductas regula; (iii) que sufre de un alto grado de indeterminación en cuanto a las consecuencias normativas que adscribe a las conductas que (supuestamente) regula; (iv) que constituye un parámetro o baremo que posibilita una interpretación conforme a la Constitución de normas infraconstitucionales, y (v) que justifica una serie de normas (reglas) implícitas que pueden extraerse (en un sentido amplio) de este principio, entre otras.

Para usar un principio en el razonamiento judicial debemos realizar un paso previo que se denomina especificación, que consiste en la derivación de reglas implícitas (con estructura condicional) a partir de principios determinados.

menor. Es por ello que se ha sostenido, a nuestro parecer de forma certera, que los principios no son normas idóneas para desempeñar el rol de premisa normativa o mayor en un silogismo judicial.²⁴²

Para usar un principio en el razonamiento judicial debemos realizar un paso previo que se denomina especificación, que consiste en la derivación de reglas implícitas (con estructura condicional) a partir de principios determinados. Estas reglas serían implícitas en un sentido amplio, es decir, no son el resultado de inferencias a partir de normas explícitas, sino que más bien están construidas en base al principio que las justifica. De esta forma, la especificación contempla dentro de sus premisas un principio (el de interés superior del niño) y como conclusión, una regla implícita (la obligación de castigar el maltrato infantil). Adicionalmente, este razonamiento suele incluir otras premisas como definiciones o construcciones dogmáticas, normativa internacional, sentencias de tribunales extranjeros, información aportada por comités expertos, protocolos, entre otros.

Lamentablemente, la dogmática (nacional y extranjera) no ha formulado criterios adecuados que permitan un mejoramiento en la forma en que se especifican los principios y se ha centrado en otras operaciones, como la ponderación.

Con todo, enfrentar esta situación no implica abandonar los principios, mucho menos aquellos que se encuentran positivizados y que son, a lo menos en sentido amplio, normas jurídicas. El desafío judicial es dotar de contenido estas normas, mediante un proceso racional y controlable cuya realización no devenga en arbitraria. Para ello, la recomendación es utilizar pautas previamente constituidas por el conocimiento experto de quienes han desarrollado, desde la dogmática o desde la jurisprudencia, el contenido de alguno de estos principios. Ofrecemos a continuación un pequeño apartado con pasos que pueden guiar al juez en esta tarea de especificación.

242 Esto sería consecuencia directa de su alto grado de indeterminación respecto de las conductas que regula (supuesto de hecho abierto) y de cómo las regula (indeterminación respecto del consecuente). Para más información, ver PINO (2010).

Sostener que una disposición contiene un principio puede ayudar a los jueces a justificar sus decisiones *ex post*. No reduce la indeterminación del derecho *ex ante* de su aplicación judicial, sino a la inversa: cada vez que se afirma que hay un principio que regula el caso, el poder del juez aumenta.

Tipo de norma	Criterio	Ejemplo
Principio explícito	La disposición usa la palabra <i>principio</i>	<ul style="list-style-type: none"> — art. 8 de la Constitución de 1980 (principio de probidad) — art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Principio explícito	La disposición usa un verbo como promover, promocionar, etcétera, o palabras como objetivo, finalidad, propósito, entre otras.	<ul style="list-style-type: none"> — art. 1° inciso 3° de la Constitución de 1980 — art. II de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
Principio implícito	La disposición no usa ninguna palabra generalmente asociada a principios.	<ul style="list-style-type: none"> — art. 706 del Código Civil — art. 2320 inc. 1° Código Civil
Principio implícito	No hay ninguna disposición explícita que haga referencia al principio.	Principio de solidaridad y principio de subsidiariedad en la Constitución de 1980

Sostener que una disposición contiene un principio puede ayudar a los jueces a justificar sus decisiones *ex post*. No reduce la indeterminación del derecho *ex ante* de su aplicación judicial, sino a la inversa: cada vez que se afirma que hay un principio que regula el caso, el poder del juez aumenta. Las razones para sostener este aumento de

la discrecionalidad son tres. En primer lugar, los principios tienen un alto grado de vaguedad conceptual y, al mismo tiempo, un alto grado de ambigüedad. Estas dos propiedades permiten al juez tener un amplio espacio para la asignación de un significado a las palabras que usa la disposición. En segundo lugar, los principios aumentan la discrecionalidad de los jueces, porque no hay una moral común (compartida por todos los jueces) que controle el razonamiento judicial. Cada juez que recurre a principios para fundar su decisión, siempre expresa sus propias preferencias subjetivas sobre lo que es justo en un determinado caso. En tercer lugar, ya que los principios no pueden jerarquizarse a priori (antes de su aplicación a un caso singular), ante la colisión entre dos o más principios la ponderación de ellos es siempre caso a caso, de manera que no es posible anticiparse a su resultado.

5.3.4.1 Pasos para especificar un principio

Hemos visto que la aplicación o utilización de un principio en un razonamiento judicial requiere de la realización de un método previo denominado especificación. Un razonamiento de especificación no es otra cosa que la justificación de la existencia de una regla implícita, utilizando un principio como premisa. Pues bien, usualmente este es un paso que la dogmática nacional ha desatendido, de manera que existen pocos trabajos sobre el tema y las guías existentes que apoyen la labor judicial son escasas.

Ensayaremos aquí un breve ejercicio expositivo de uno de los pocos autores que han tratado la temática, mediante un esquema de cinco pasos para especificar²⁴³:

- *Primer paso.* El juez debe delimitar el problema normativo que presenta el caso sometido a su conocimiento. Ello considera una dimensión fáctica y una normativa, es decir, decidir cuáles son los hechos que se discuten y cuáles son las normas que están en juego *prima facie*. En términos prácticos, aquí

243 AGÜERO, SANDOVAL y ZAMBRANO (2020), p. 183.

es donde el juez debiese identificar que estamos frente a un caso de discapacidad, determinando el universo normativo que utilizará para resolver el caso.

- *Segundo paso.* Consiste en fijar el contenido de las normas que fueron identificadas como, *prima facie*, aplicables en el paso anterior. Este proceso incluye un ejercicio interpretativo e integrador del derecho mediante el uso de todas las fuentes del derecho disponibles (legislación, jurisprudencia, doctrina). Además, se incluyen los criterios de toma de decisiones propios de la cultura jurídica. Siguiendo el ejemplo del paso anterior, el juez debiese determinar el contenido de las normas que regulan la discapacidad y apoyarse en la doctrina y en la jurisprudencia que estime útiles para su trabajo.
- *Tercer paso.* Consiste en modelar “casos paradigmáticos” (reales o ficticios) que permitan ilustrar el problema normativo identificado en el primer paso, con el objeto de restringir el conjunto de reconstrucciones normativas admisibles para el caso. El estudio y análisis de los precedentes, por parte de la doctrina, son de especial relevancia aquí. Es importante notar que, en alguna medida, este paso se encuentra presente en el primero porque la tarea de identificar las normas *prima facie* aplicables considera no sólo un conocimiento de la legislación, sino también de la *ratio decidendi* expresada en precedentes relevantes y un dominio de las teorías y conceptos dogmáticos implicados en la interpretación de las fuentes del derecho.
- *Cuarto paso.* Determinar cuáles son las propiedades relevantes del problema normativo delimitado, de modo tal que sea viable avizorar las posibles soluciones normativas que recibirá el caso, usando las normas construidas a partir de los pasos anteriores. Naturalmente, aquí vuelven a jugar un papel muy importante, por un lado, los precedentes y, por otro, las teorías y/o los conceptos dogmáticos que el juez tiene a la vista.
- *Quinto paso.* Formular la(s) regla(s) que resuelve(n) el caso singular que es juzgado y que también podría(n) resultar idónea(s) para fallar otros casos similares.

5.3.4.2 Conflictos entre principios y ponderación

Como hemos visto, los conflictos o antinomias se producen cuando dos o más normas conducen a resultados incompatibles, de modo que no es posible aplicarlas a un mismo caso. Parece ser un lugar común, en la doctrina constitucional moderna, que los criterios clásicos de solución de antinomias, diseñados para los conflictos entre reglas, no son aplicables a los conflictos entre principios fundamentales.²⁴⁴ Es por esto que, se ha sostenido, la manera de hacer frente a dichos conflictos es mediante un método denominado ponderación.

La ponderación es una técnica argumentativa que nos permite sostener que, a partir de un conjunto de propiedades jurídicas relevantes (p), un principio (x) debe considerarse como superior a otro (y). Sin embargo, nada obsta a que, si se da un conjunto de propiedades jurídicas distintas, el principio (y) pueda considerarse como superior al primero (x).²⁴⁵ Esto ha llevado a comprender que los principios poseen una jerarquía móvil o dinámica, pues la ponderación está sujeta a cambiar si se modifican las circunstancias que justificaron el triunfo del primer principio.

Algunas críticas hacia la ponderación la han sindicado como una técnica particularista, que conduciría a una solución “caso a caso” generando una falta de seguridad jurídica. Sin embargo, estas críticas parecen dirigirse contra una aplicación antojadiza o deformada del método en análisis. Bien entendida, esta técnica argumentativa conduce a la formulación de normas que debiesen ser estables y de aplicación general, siempre que se mantengan las propiedades relevantes (p).²⁴⁶

Con todo, resulta también errado sostener que la aplicación de los principios se realiza mediante la ponderación. Esta técnica no substituye ni la interpretación ni la subsunción.²⁴⁷ Por un lado, no substituye a la interpretación porque el mismo principio, al ser una

244 En este sentido, es posible sostener que la ponderación es un criterio de resolución de antinomias residual aplicable, dado que los criterios habituales no pueden emplearse. Ver CHIASSONI (2011).

245 ALEXY (2002).

246 RUIZ MANERO (2018).

247 PINO (2010).

La ponderación no es un proceso arbitrario, pero sí discrecional. Implica la toma de algunas decisiones valorativas que no se encuentran presentes en la aplicación de reglas.

norma, presupone un razonamiento interpretativo y deriva en una conclusión obtenida a partir de determinadas disposiciones. Por otro, no substituye a la subsunción puesto que el principio vencedor de la ponderación resulta, no obstante, ser inidóneo para servir de premisa normativa en un silogismo. Para utilizar el principio que prima en un caso determinado, debemos proceder a especificarlo para que sea(n) la(s) regla(s) implícita(s) resultante(s) la(s) premisa(s) normativa(s) en el silogismo judicial.

Según lo dicho, la ponderación no es un proceso arbitrario, pero sí discrecional. Implica la toma de algunas decisiones valorativas que no se encuentran presentes en la aplicación de reglas.

Diversos autores han explicado que la ponderación no es arbitraria e incluso parece ser necesaria, siempre que aceptemos algunos presupuestos. Uno de los más importantes es el denominado pluralismo de valores. Según esta tesis, las constituciones modernas contemplan la existencia de un conjunto de normas (principios) que reflejarían los intereses de diversos grupos que conforman la sociedad.²⁴⁸ Estos principios no son uniformes ni coherentes entre sí, sino que son “múltiples, genéricos y contradictorios”²⁴⁹. Si aceptamos el pluralismo de valores como un hecho que se encuentra plasmado en la mayoría de las constituciones modernas, la ponderación aparece como un mecanismo idóneo para considerar todas las razones relevantes y resolver un conflicto sin subordinar, de manera absoluta, un interés por sobre otro.

A mayor abundamiento, si quisiéramos renunciar a la ponderación, pero no a la aplicación directa de las normas constitucionales, nos encontramos con la siguiente pregunta: ¿Cómo resolvemos los conflictos entre principios? No existe una respuesta alternativa que parezca ser satisfactoria. En este sentido, no parece ser posible un retorno a una tesis según la cual los conflictos sólo son aparentes, ni tampoco parece que esta tesis suponga una menor discrecionalidad que la

248 ZAGREBELSKY (2016), pp. 124-125.

249 BARBERIS (2015), p. 479.

ponderación. En relación con esto, tampoco es aceptable sostener que existe una jerarquía estática entre los principios constitucionales, principalmente porque no existen razones normativas para ello.

La ponderación no abarca toda la argumentación constitucional, sino que representa una parte de ella precedida por operaciones interpretativas. De esta forma, la posibilidad de ponderar depende de una serie de decisiones discrecionales, pero no arbitrarias: (i) la interpretación de una disposición como principio y no como regla; (ii) una primera subsunción según la cual el primer principio regule un determinado caso; (iii) la identificación de otro(s) principio(s) que regule(n) el caso de forma diversa; (iv) la formulación de un conflicto mediante la selección de principios en contradicción, y (v) la realización de la ponderación (con todo lo que ella implica).

Las expectativas que tenemos respecto de la ponderación deben ser medidas en atención a la importancia que tiene para solucionar un caso. Muchas veces se culpa a la ponderación de defectos interpretativos o de subsunción que no tienen relación directa con la forma en que se resuelve el conflicto específico entre principios. Otros críticos plantean que se cumpla con parámetros racionales que no se exigen respecto de la subsunción. Compartimos, en este sentido, algunas críticas efectuadas contra la exigencia de hiperracionalidad con la que, a veces, se mide y critica la ponderación.²⁵⁰

Mantener expectativas realistas sobre la ponderación implica también ser realistas respecto de lo que podemos esperar del derecho. La ponderación sufre de la indeterminación del lenguaje, la incoherencia de algunos resultados, la falta de previsibilidad y la discrecionalidad de los operadores jurídicos. Sin embargo, esto no es nada nuevo para el derecho.

250 BERNAL (2015) pp. 413-415.

5.3.4.3 Los principios en los casos de discapacidad

Los tratados vigentes y las leyes relevantes para resolver casos de discapacidad incluyen disposiciones que pueden ser calificadas como principios, conforme a la tipología anterior. *Prima facie*, los principios más importantes son los que se detallan a continuación:

- 1) *Especificación elástica o ad-hoc de la igualdad de oportunidades o igualdad formal.* Que permita asegurar la evitación de discriminación por diferenciación o por ausencia de ella.
- 2) *Especificación elástica o ad-hoc de la igualdad sustantiva.* Que permita asegurar la evitación de discriminación por imposibilidad de distribuir bienes de forma eficiente.
- 3) *Interpretación de la legislación pro-persona con discapacidad.* Este es un principio que opera como regla de preferencia interpretativa. Si una disposición explícita de la ley nacional tiene dos o más interpretaciones posibles, debe preferirse aquella que beneficie a la persona con discapacidad.
- 4) *Integración de la legislación usando las normas en niveles.* Para colmar una laguna normativa, el juez debería operar en capas o niveles normativos. En primer lugar, debería integrarla al usar los tratados vigentes. Esto implica operar siguiendo la tesis que los tratados tienen rango infraconstitucional y supralegal. En segundo lugar, si hay dudas, la integración debe considerar elementos del modelo de la OMS. En tercer lugar, si todavía no se arriba a la respuesta, el juez puede recurrir a otros modelos de integración de la noción de discapacidad.

5.3.5 Razonamiento probatorio

Hasta aquí hemos visto que, para ser válido, un razonamiento judicial debe contener al menos una premisa normativa y, a lo menos, una premisa fáctica que pueda subsumirse bajo el antecedente de la premisa normativa. La justificación de esta premisa exige que realicemos algunas precisiones y presentemos algunos problemas sobre el razonamiento probatorio.

El razonamiento probatorio es el área del conocimiento jurídico que se orienta a explicar el conjunto de formulaciones que se realizan en torno a la evidencia o al material probatorio y que tiene como conclusión un hecho que se considera probado a la luz de un determinado estándar de prueba.

El razonamiento probatorio es el área del conocimiento jurídico que se orienta a explicar el conjunto de formulaciones que se realizan en torno a la evidencia o al material probatorio y que tiene como conclusión un hecho que se considera probado a la luz de un determinado estándar de prueba. En nuestro ejemplo, “Pedro mató a Juan” es una premisa fáctica que a su vez es la conclusión de un razonamiento en torno a la evidencia disponible.

Un problema habitual al momento de construir esta premisa es que las expectativas que tenemos sobre el derecho no parecen coincidir con las posibilidades científicas y técnicas que tenemos a la mano a la hora de decidir sobre los hechos. Sobre la materia, es necesario ser claros: no es posible asegurar certeza al momento de formular una premisa fáctica, de manera que siempre existirán errores. No existe ningún sistema normativo en el mundo, ni ningún desarrollo científico o técnico que nos garantice una certeza absoluta sobre la ocurrencia o no ocurrencia de algún hecho. Esto implica que siempre existirá la posibilidad de que los jueces cometan errores.

Los errores pueden ser de dos tipos: falsos positivos y falsos negativos. Se denominan falsos positivos aquellos errores que implican dar por probado un hecho que no ha acontecido, tal como ocurre cuando se castiga a un inocente por un crimen que no cometió. Un falso negativo consiste, en cambio, en no dar por probado un hecho que ha acontecido, tal como ocurre cuando se declara inocente a quien ha cometido los hechos que se le habían imputado. Entendiendo que estos errores son inevitables, podemos conceptualizar de mejor manera las normas relativas al estándar probatorio.

El estándar probatorio no es otra cosa que un umbral objetivo y valorativo, que es necesario superar mediante la valoración de la evidencia disponible para dar por probado un hecho. Las normas sobre estándar probatorio constituyen una decisión del legislador sobre la valoración de los errores que se cometen en un proceso judicial, de modo que se elige una manera de distribuirlos. Un estándar muy alto nos asegura que tendremos un escaso margen de falsos positivos, pero maximiza los casos falsos negativos. A la inversa, un estándar probatorio muy bajo nos asegura un escaso margen de falsos positivos, pero aumenta los falsos negativos.

Teniendo en cuenta lo dicho, la configuración de la premisa fáctica es doblemente normativa. En primer lugar, porque está configurada por una serie de decisiones del juez sobre las normas que utilizará y las propiedades relevantes que establecen (y que serán objeto de prueba en el procedimiento). En segundo lugar, porque el establecimiento de los hechos en juicio está determinado por una serie de normas relativas a la prueba (cargas, estándares, presunciones) que condicionan los requisitos necesarios para dar por probado un hecho.

De esta forma, tanto las premisas normativas como las premisas fácticas requieren de un rol activo por parte de los jueces en el procedimiento. No existe, en el razonamiento judicial, un ámbito que no requiera de la toma de decisiones ni respecto de las normas, sean reglas o principios, ni respecto de los hechos.

Si tenemos escasa evidencia sobre la ocurrencia de un hecho y el estándar es sumamente exigente, no habrá problemas pues sabemos que no hemos cumplido con la norma y el hecho se debe considerar como no probado, con las consecuencias jurídicas que ello implica. Por ejemplo, en sede penal, si un caso reúne condiciones de certeza tales que no existen dudas razonables de que el hecho aconteció, cumpliendo con el estándar, no existirán problemas pues el hecho ha de considerarse como probado. Los problemas subsisten únicamente cuando las evidencias de las que disponemos y la valoración de estas configuran un margen de dudas sobre si el estándar se ha cumplido o no.²⁵¹

Al enfrentar estos problemas, los jueces se encuentran condicionados por otro tipo de normas, diferentes a las de estándar probatorio, que refieren a la valoración de la prueba. Se denomina valoración de la prueba al ejercicio de asignar un cierto valor a la evidencia disponible, de tal forma que podamos sostener la ocurrencia o no ocurrencia de un determinado hecho. Al igual como ocurre con el estándar probatorio, la valoración es también un tema normativo, en la medida que

251 COLOMA (2009).

está regido por normas jurídicas que determinan la forma en que debe realizarse esta operación, pudiendo llegar incluso a señalar el valor mismo de un conjunto de evidencias.

Se suele hablar de dos sistemas de valoración probatoria. El primero se denomina sana crítica, consistente en la libertad del juez para valorar la prueba de la forma en que estime conveniente, con limitaciones presentes en los conocimientos científicamente afianzados, las máximas de la experiencia y los principios de la lógica. El segundo se denomina prueba tasada y consiste en la predeterminación legal del valor que se debe asignar al material probatorio disponible, de manera que quien realiza el ejercicio valorativo es el legislador y no el juez.

5.3.5.1 La prueba en casos de discapacidad

La discapacidad no es difícil de probar, en la medida en que se trata de una relación entre varios factores. Lo importante es que una persona ve afectada su participación en la vida social debido a poseer una cualidad. Esta consiste en una deficiencia provocada por una condición de salud. Según la Ley N° 20.422, esa cualidad se *califica* y *certifica* por las comisiones de medicina preventiva e invalidez (Compin). Estos son dos actos administrativos que permiten que el solicitante sea admitido en el Registro Nacional de la Discapacidad (RND) y que facilitan el acceso a las políticas públicas.

La prueba de la discapacidad en el procedimiento administrativo ante el Compin se rige por las reglas generales y, al tratarse de una comisión técnica o especializada (compuesta por expertos), debería operar usando los criterios de la CIF. Si el Compin no usa los criterios y estándares de la OMS, se podría impugnar el acto administrativo.

La definición del artículo 5 de la Ley N° 20.422 no hace depender el uso de la categoría “persona con discapacidad” de la calificación y certificación realizada por el Compin, lo que tiene importantes efectos. Es posible que una persona sea calificada como una “persona con discapacidad”, aunque no cuente con la calificación y certificación del Compin.

Es importante notar que el artículo 5 de la Ley N° 20.422 no define “persona con discapacidad” usando palabras como enfermo o paciente. Como se ha mencionado, los elementos de la definición legal son sólo cuatro:

- 1) La persona con discapacidad tiene una o más deficiencias físicas, mentales o sensoriales.
- 2) Las deficiencias mentales tienen una causa psíquica o intelectual.
- 3) Las deficiencias pueden ser temporales o permanentes.
- 4) La interacción entre la persona con discapacidad y las barreras presentes en el entorno genera que esta vea impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Ahora bien, la Ley N° 20.422 establece mecanismos de calificación y certificación de la discapacidad a cargo del Compin y ordena que la certificación de discapacidad se inscriba en el Servicio de Registro Civil e Identificación. Los instrumentos públicos que ambos procedimientos administrativos generan son medios de prueba de algunos de los elementos que configuran la existencia de una discapacidad.

La ausencia de una calificación y/o de la certificación de la discapacidad por el Compin no es impedimento para que una de las partes de un proceso judicial alegue la existencia de una discapacidad y/o que un juez estime que una persona posee una discapacidad.²⁵² Esto es así porque la definición del artículo 5 de la Ley N° 20.422 no exige ningún acto administrativo para considerar a una persona como poseedora de una discapacidad.

A la inversa, la existencia de una calificación y/o de la certificación de la discapacidad por el Compin no implica probar el hecho de la discapacidad de forma irrefutable o indiscutible. Puede alegarse la

252 La calificación y la certificación son actos administrativos y no actos médicos. Por esto, no constituyen un diagnóstico médico.

La existencia de una discapacidad puede probarse por todos los medios que franquea la ley, de acuerdo a las reglas generales de la sana crítica en sede penal, laboral y de familia, junto a las reglas del CPC en sede civil patrimonial.

inexistencia de la discapacidad o su irrelevancia en el caso que juzga. No hay que olvidar que la discapacidad es un hecho complejo que exige mucho más que la sola presencia de una condición de salud y de una deficiencia asociada a ella.

Conforme a estos elementos de interpretación de la ley, la existencia de una discapacidad puede probarse por todos los medios que franquea la ley, de acuerdo a las reglas generales de la sana crítica en sede penal, laboral y de familia, junto a las reglas del CPC en sede civil patrimonial.

El estándar de prueba varía acorde al procedimiento que se trate. Si es un procedimiento civil o administrativo, deberá usarse el estándar de prueba preponderante. En cambio, si el caso es penal, debe usarse el estándar de más allá de toda duda razonable, en caso de ser una sentencia condenatoria conforme a las reglas generales.

En relación con los puntos de prueba de la discapacidad, si se interpreta la Ley N° 20.422 conforme al modelo de la OMS, el punto de prueba sobre la existencia de una discapacidad debe descomponerse en siete elementos:

- 1) *Existencia de una condición de salud.* Son las enfermedades, lesiones y/o trastornos que sufre una persona.
- 2) *Existencia de una deficiencia.* Es la disminución específica en las funciones o estructuras corporales y/o psicológicas o intelectuales.
- 3) *Existencia de una limitación de una actividad.* Las dificultades que existen al realizar actividades o acciones.
- 4) *Existencia de una restricción de participación.* Los problemas o costos al intervenir en cualquier ámbito de la vida.
- 5) *Nexo causal entre los elementos 1), 2), 3) y 4).* Los problemas de participación deben ser causados por la limitación de la actividad y a su vez, esta debe tener su origen en la deficiencia que es consecuencia de la condición de salud.

- 6) *La temporalidad de la restricción.* Es la determinación de si la discapacidad es temporal o permanente y de su existencia en el momento en que ocurren los hechos.
- 7) *El impacto de la restricción.* La cuantificación aproximada de las limitaciones a la intervención en uno o más ámbitos de la vida.

Todos los puntos de prueba pueden acreditarse usando medios de todo tipo. Naturalmente, las pruebas periciales (médicas, psicológicas, kinesiológicas, etcétera) parecen ser más relevantes que otros. Sin embargo, es importante considerar que la prueba testimonial y la documental —compuesta por videos, fotografías u otro tipo de materiales— también pueden ser muy útiles en relación con puntos 3) y 4).

Finalmente, hay que recordar que pueden existir enfermedades conexas o concurrentes a la discapacidad, los que deben probarse de forma independiente en caso de ser relevantes para resolver el conflicto del que se conoce.

5.4 Tercera parte. La redacción de las sentencias y el lenguaje claro.

Las sentencias deben ser comprensibles por el ciudadano. Esto implica que su organización, estructura y estilo de escritura deben priorizar que los ciudadanos (legos en materias jurídicas) puedan comprender el mensaje que se les comunica. Un lenguaje claro es, entonces, un lenguaje cuidado, sencillo y comprensible.

La claridad es un objetivo que puede perseguirse de forma graduable. Por un lado, hay casos en donde una total claridad es muy costosa debido a su complejidad normativa o fáctica; por otro lado, hay partes del razonamiento judicial que resultan más dificultosas de clarificar que otras. Por ejemplo, parece más difícil hacer claro el proceso de interpretación de normas que la narración de los hechos. Usando estos criterios, proponemos que las sentencias de discapacidad debiesen usar altos estándares de lenguaje claro por tres razones.

En primer lugar, porque estas sentencias implican el reconocimiento del otro y no sólo la certificación de hechos. En este sentido, la parte del proceso que posee una discapacidad no espera solamente la resolución de un conflicto, sino que tiene la legítima expectativa de que el tribunal reafirme su igualdad dignidad como miembro de la comunidad.

En segundo lugar, porque las sentencias son textos que comunican una decisión a la comunidad y mientras mayor sea eficacia de esa comunicación, más profundo será su impacto político-cultural. Las sentencias tienen un rol en la política cultural de una comunidad. Ellas definen lo bueno y lo malo, no sólo en términos jurídicos, sino que en términos culturales. En términos metafóricos, una sentencia es como una pieza de museo. Cuenta una historia sobre el pasado y legitima un modo de contar ese pasado, una versión de los hechos. No se trata solamente (ni exclusivamente) de conocer la verdad. Se trata de contarla con el propósito de (re)instalar en la comunidad ese conjunto de normas de organización social que llamamos derecho.

Finalmente, porque las sentencias que resuelven casos de discapacidad, de forma ineludible, deben especificar múltiples conceptos jurídicos indeterminados y principios jurídicos que están desperdigados en legislación sectorial. Entonces, el único modo de controlar la racionalidad y la razonabilidad de la decisión judicial es mediante el control de las razones que motivan la sentencia.

A continuación revisaremos de forma breve y sintética algunas ideas asociadas al uso de un lenguaje claro en las sentencias judiciales. Asimismo, daremos algunos patrones de uso de lenguaje inclusivo para evitar usos impropios.

5.4.1 El lenguaje claro como propósito de la sentencia judicial

La sentencia judicial no es sólo la expresión de un razonamiento tecnificado por el lenguaje legal. Se trata de un documento que deja constancia pública de las razones que justifican una decisión. Esas razones deben ser fundadas en normas del derecho vigente y, para asegurar el control ciudadano sobre la racionalidad de la decisión, ellas deben estar escritas en un lenguaje jurídico claro.

Habitualmente se sostiene que la decisión judicial es un silogismo y que, por esta razón, las sentencias se escriben tal y como se hace. La sentencia, entonces, es una suerte de silogismo extendido. Este modo de pensar incurre en un error: confunde la decisión judicial con la sentencia. La decisión es un proceso epistémico y volitivo que el juez realiza pensando sobre la solución del caso. Ese proceso tiene estructura de silogismo. La sentencia, en cambio, es sólo un medio de comunicación de la decisión.

No es necesario que la sentencia sea un espejo del modo de razonar del juez. De esta forma, no todo el razonamiento que hizo el juez para resolver el caso debe ser expuesto en la sentencia. El juez debe filtrar el razonamiento y comunicar sólo aquello que es necesario y suficiente para fundar la decisión que ha tomado. Ese proceso de filtrado implica modificar el lenguaje con que se comunica la decisión. Desde el lenguaje jurídico técnico se debe transitar al lenguaje formal, reducido en tecnicismos. En pocas palabras: la sentencia no debe escribirse para los abogados.

Naturalmente, la noción de un lenguaje jurídico claro expresa un horizonte, un mandato de optimización. Es una meta a la cual hay que acercarse, pero sabemos que siempre se moverá más adelante y nunca la alcanzaremos plenamente.

La sentencia debe conseguir comunicar un mensaje a un destinatario ajeno a la comunidad jurídica. Ese es el objetivo. El destinatario tiene que encontrar respuestas y soluciones a lo que necesita saber. El problema es que una sentencia no tiene un sólo destinatario, sino que varios: los abogados, la víctima, el acusado, el tribunal superior, los medios de comunicación, la opinión pública. De todos estos destinatarios, el juez debe intentar escribir de una forma tal que su decisión pueda ser comprendida (al menos por partes) por personas que no pertenecen a la comunidad jurídica.

El conjunto de destinatarios o lectores de una sentencia es muy heterogéneo. Por ello, establecer que todas las sentencias deben ser claras para todos los destinatarios posibles es demasiado costoso. Por la misma razón, también es muy costoso ordenar que todas las partes de una sentencia deben ser claras para todos los destinatarios posibles. Para salvar estas objeciones sobre los costos de una escritura judicial clara, creemos que es razonable por un lado distinguir tipos de casos y, por otro lado, dividir la sentencia.

Entonces, según la parte de la sentencia de la que se trate, presentar diversos destinatarios como mínimos de claridad. Explicamos esta idea en el cuadro siguiente.

Parte de la sentencia	Destinatario preferente en virtud de un lenguaje claro
Formalidades iniciales y finales (RUC, RIT, redacción, integración, etcétera)	Miembros del poder judicial y abogados
Narración de los hechos	Las partes del proceso y los ciudadanos comunes y corrientes, legos en derecho
Descripción de los medios de prueba	Las partes del proceso y los ciudadanos comunes y corrientes, legos en derecho
Valoración de la prueba	Abogados y miembros del poder judicial
Argumentación sobre dogmática y jurisprudencia	Abogados y miembros del poder judicial
Resolución	Las partes del proceso y los ciudadanos comunes y corrientes, legos en derecho

Enfatizamos que la tabla anterior es un mínimo de claridad lingüística y no un máximo. Casos complejos en términos del análisis de la prueba y/o en la argumentación dogmática o jurisprudencial –que son necesarios desplegar para justificar la decisión– pueden requerir algo más de claridad si, por ejemplo, tienen alto impacto en la opinión pública.

Ahora bien, para conseguir un lenguaje jurídico claro es necesario considerar las siguientes pautas de escritura:

- Pertinencia, es decir, sólo tratar de aquello que es relevante.²⁵³
- Escribir de forma precisa, breve y concisa. Esto implica usar oraciones cortas (menos de 25 palabras), usar puntos seguidos y formar párrafos breves, de 3 a 5 oraciones, sin incluir paréntesis u oraciones subordinadas.
- Escribir con un lenguaje llano, evitar los tecnicismos, los adornos, las argumentaciones con arcaísmos y expresiones ampulosas.
- Ordenar los argumentos en considerandos temáticos y con subtítulos.
- Fijar un criterio uniforme de organización para todas las enumeraciones y listas.
- No usar prosa coloquial u oral. Mantener la formalidad, pero escribir de forma simple. Como un buen reportaje escrito en un periódico de calidad.

253 Tradicionalmente, se estima irrelevante todo aquello que no es sustancial, pertinente y controvertido. Este modo de entender la relevancia es útil en procesos que buscan certificar hechos, porque la relevancia es entendida como una cuestión probatoria. Ya que los casos de discapacidad tienen un fuerte componente de reconocimiento, pensamos que la relevancia debe entenderse de un modo más complejo. Para estos casos, son hechos relevantes en la escritura de la sentencia todos aquellos que permiten restaurar la igualdad dignidad de la persona con discapacidad, aunque sobre ellos no se discuta y no recaiga prueba alguna. Entonces, aunque no permita decidir el asunto en términos probatorios, el tribunal en la sentencia debería exponer un hecho probatoriamente irrelevante (por ejemplo, un episodio del pasado lejano) sólo con el fin de reconocer las dificultades biográficas que ha tenido la parte que posee discapacidad.

En los próximos apartados, revisaremos cómo se aplican estos criterios a la escritura del auto de prueba y a la escritura de una sentencia definitiva.

5.4.2 ¿Cómo escribir un auto de prueba?

En el marco de la Ley N° 20.422, la discapacidad del afectado por una conducta de discriminación puede ser la cuestión central de caso. Dejando de lado el modelo tradicional de escritura de una resolución que recibe la causa a prueba, proponemos un nuevo modelo de escritura de esta resolución.

Una ventaja del modelo propuesto es su analiticidad. Es fácil determinar qué debe probarse y entonces, al valorar la prueba, se puede saber rápidamente si se lograron acreditar todos los puntos de prueba o no. El modelo propuesto es el siguiente:

Vistos

Atendiendo el mérito de los antecedentes, se recibe la causa a prueba por término legal y se fijan los siguientes hechos sustanciales pertinentes y controvertidos sobre los cuales deberá ella recaer:

1. Efectividad que (...) fue objeto de hechos constitutivos de discriminación arbitraria, al ser tratada del modo (...) Hechos, circunstancias que lo acreditan y derechos conculcados y afectación producida.
2. Efectividad de haber vulnerado los denunciados respecto de la denunciante, el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Política de la República, causando privación perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos consagrados en el artículo 19 numerales 1, 2, 3, 4, 16 y 24 de la Carta Fundamental y de los tratados internacionales ratificados por nuestro país.
3. Existencia de un protocolo en el lugar de trabajo (...) Antecedentes, resultado de este y medidas adoptadas.
4. Efectividad de ser extemporánea la acción interpuesta en autos. Antecedentes que dan cuenta de ello.

5. Efectividad de encontrarse justificada la actuación de los demandados. Hechos, normativa y antecedentes que dan cuenta de ello.
6. Efectividad de que el/la demandante posee una discapacidad, esto es: la existencia de una condición de salud, su temporalidad y su existencia en el momento en que ocurrieron los hechos. Existencia de una deficiencia que es consecuencia de esa condición de salud y que genera limitaciones a la actividad y restricciones a la participación social de la demandante.

Cumplan las partes con señalar sus medios de prueba dentro del tercer día, conforme lo dispuesto por el inciso tercero de artículo 9º de la Ley N° 20.609.

Es necesario observar que la discapacidad, en tanto hecho, es considerada como un punto de prueba y, a su vez, este punto de prueba se subdivide. Esta subdivisión analítica responde al modelo de la OMS, como ya lo hemos visto.

5.4.3 Estructura de las sentencias

Una pauta útil es seguir las recomendaciones del *Protocolo para la estructura y redacción de sentencias y otras recomendaciones sobre lenguaje y comprensión de las actuaciones judiciales*, de la Cumbre Judicial Iberoamericana. El texto está disponible en www.cumbrejudicial.org.

En lo que sigue, usamos ese texto como referencia y sólo ajustamos algunos parámetros para que las recomendaciones sean útiles en casos de discapacidad. Dividiremos las recomendaciones en cinco partes.

- 1) *Sobre la narración de los hechos*
 - a. La narración de acciones debe responder preguntas básicas: ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿quién?, ¿qué?, ¿cómo?, ¿por qué? Y, en algunos casos, ¿para qué? Una forma sencilla de hacerlo es pensar en la estructura de un cuento de hadas. Siempre inician con: “Érase una vez en un lugar muy lejano, vivía un animalito que (acción)”. Con esta estructura sencilla, es más fácil para el lector saber

qué se está contando. No hay que olvidar que la narración debe ajustarse a lo acontecido, ha de ser completa en la enumeración de personas y circunstancias, ordenada, clara y concisa.

- b. La descripción de una cosa, elemento, o fenómeno debe ser ordenada, precisa, exacta y clara. Debe seguir un orden, ya sea espacial, de importancia o de tamaño. Ha de utilizar un léxico apropiado, debe ser lo más concisa posible y nunca insertarse en el medio de una narración de una acción.

2) *Valoración de los hechos*

- a. La exposición de los medios de prueba, como la reproducción de fragmentos de las declaraciones de los testigos, debe ir separada de la narración y de las descripciones de objetos.
- b. La valoración de los medios de prueba debe ir separada de la narración y de las descripciones de objetos.
- c. La argumentación sobre los medios de prueba debe ser explícita, clara y se recomienda que se utilice un lenguaje inteligible. Una correcta comprensión de la argumentación escrita y oral requiere diferenciar los argumentos de las conclusiones de forma expresa, para eso es bueno hacer listas o enumeraciones.

3) *Argumentación jurídica*

- a. Se deben iniciar por la exposición de la conclusión a la que se llega con el razonamiento. La sentencia es un texto que comunica un razonamiento, no es la reproducción fiel del proceso de pensamiento del juez. Adelantar la conclusión permite al lector hacerse una idea clara de “a dónde va” el razonamiento que se expondrá.
- b. Los argumentos deben estar individualizados, idealmente, separados en párrafos diferentes.
- c. En el caso de especificar un principio o integrar el derecho, el juez debe ser explícito en todos los pasos del razonamiento que ha usado para completar el vacío. Esto puede requerir secuenciar la argumentación en pasos para ordenar las ideas.

d. Cada argumento debe estar fundado. Si es necesario debe recurrirse a doctrina y jurisprudencia para apoyar la argumentación. En el caso de usarse estas fuentes del derecho, es necesario hacer una cita textual para apoyar el argumento.

4) *Resolución*

- a. Debe ser clara y rotunda. No puede dejar espacio a dudas.
- b. Debe ser breve y hacer referencia a las normas que usaron para su determinación.

5) *Pautas lingüísticas generales*

- a. Cada párrafo debe contener una sola unidad temática.
- b. La sucesión de párrafos debería de seguir un hilo discursivo lógico.
- c. Es recomendable evitar los párrafos unioracionales, sin uso de punto seguido.
- d. En los párrafos que incluyan enumeraciones relativamente largas, deberían destacarse estas tipográficamente en líneas distintas, ordenadas en lista, con el fin de facilitar la comprensión.
- e. Es importante cuidar la estructura de las oraciones. Use oraciones simples de menos de 30 palabras. Evite las oraciones formadas por frases largas, coordinadas o subordinadas.
- f. Se debe evitar, dentro de lo posible, el uso de pronombres y de otras expresiones utilizadas en los párrafos largos, porque presentan ambigüedades.
- g. El uso correcto de los signos de puntuación es indispensable para hacer posible la comprensión de un texto jurídico. No evite el punto seguido, ayuda mucho a ordenar la información.
- h. Con el fin de mejorar la claridad de los términos y expresiones empleadas, se recomienda evitar arcaísmos y el excesivo uso de locuciones latinas.

5.4.4 Recomendaciones de uso de lenguaje inclusivo en las sentencias

El Servicio Nacional de la Discapacidad (Senadis), en un documento titulado *Recomendaciones para el uso del lenguaje en discapacidad*, usa la siguiente tabla para ilustrar usos incorrectos del lenguaje y un uso inclusivo del mismo.²⁵⁴



- Lenguaje de señas
- Sufre discapacidad
- Padece discapacidad
- Es víctima de una discapacidad
- Está afectado por una discapacidad
- Anormal
- Postrado
- Relegado a una silla de ruedas
- Confinado a una silla de rueda
- Persona en silla de ruedas
- Discapacitado
- Deficiente
- Enfermito
- Incapacitado
- Personas diferentes
- Personas con capacidades diferentes
- Personas con necesidades especiales



- Lengua de señas
- Vive en situación de discapacidad
- Se encuentra en situación de discapacidad
- Persona en situación de discapacidad
- Persona con discapacidad
- Persona en situación de dependencia
- Persona usuaria de silla de ruedas
- Persona que se traslada en silla de ruedas
- Persona en situación de discapacidad
- Persona con discapacidad

254 El documento está disponible en: <https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/2989/documento>

Uso incorrecto

- Lisiado
- Minusválido
- Inválido
- Paralítico
- Mutilado
- Cojo
- Tullido

- Mongolito
- Mongólico
- Retardado
- Retardado mental
- Retrasado mental

- Insano
- Demente
- Loco
- Trastornado
- Esquizofrénico
- Maníaco, depresivo o bipolar

- “el” ciego
- Invidente
- Cieguito
- No vidente
- Corto de vista

- “el” sordo
- Sordito
- Sordomudo

- Defecto de nacimiento

Uso correcto

- Persona en situación de discapacidad de origen físico
- Persona con discapacidad física

- Persona en situación de discapacidad de origen intelectual
- Persona con discapacidad intelectual

- Persona en situación de discapacidad psiquiátrica
- Persona en situación de discapacidad de causa psíquica
- Persona con discapacidad psíquica
- Persona con discapacidad psiquiátrica

- Persona ciega
- Persona en situación de discapacidad de origen visual
- Persona con baja visión
- Persona con discapacidad visual

- Persona sorda
- Persona en situación de discapacidad de origen auditivo.
- Persona con discapacidad auditiva

- Situación de discapacidad congénita

5.5 Material complementario sobre el capítulo

POBLETE, Claudia; FUENZALIDA, Pablo (2018): “Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano”, en *Revista de Llengua i Dret/Journal of Language and Law* N° 69, pp. 119-138.

CARRETERO, Cristina (2015): “La claridad y el orden en la narración del discurso jurídico”, en *Revista de Llengua i Dret* N° 64, pp. 63-85.

Preguntas sobre el capítulo 5

En esta sección hay 12 preguntas sobre los conceptos centrales del capítulo. Las primeras 7 son de opción múltiple y las restantes son de verdadero o falso. Las respuestas correctas están listadas al final del libro.

A. Opción múltiple

- 1) **¿Qué puede denotar el vocablo razonamiento?**
 - a. Un proceso mental y un discurso.
 - b. Una motivación y una justificación.
 - c. Un discurso y una justificación.

- 2) **La justificación externa son las premisas:**
 - a. Necesarias para fundamentar la justificación interna.
 - b. Necesarias y suficientes para fundar la decisión.
 - c. Exigidas para fundamentar la justificación interna.

- 3) **¿Cómo se solucionan las lagunas?**
 - a. Interpretando con normas diferentes.
 - b. A través de normas implícitas derivadas de principios.
 - c. Colmándolas, es decir al crear derecho (integrar).

- 4) **Las lagunas y las antinomias nacen:**
 - a. Después de la interpretación.
 - b. Después de la especificación.
 - c. Antes de la interpretación.

5) ¿Cómo se solucionan los conflictos normativos?

- a. Ponderación.
- b. Criterios como *lex posterior*, *lex specialis*, *lex superior*, entre otros.
- c. Concreción.

6) El lenguaje claro es:

- a. Un lenguaje técnico y preciso.
- b. Un lenguaje cuidado, sencillo y comprensible.
- c. Un lenguaje lógico y coherente.

7) El error judicial consiste en:

- a. Dolo del juez.
- b. Culpa del juez.
- c. Arbitrariedad del juez.

B. Verdadero o falso

8) Una premisa puede ser el resultado de una conclusión de un razonamiento previo.

9) Una disposición y una norma son lo mismo.

10) Una norma es el resultado de la interpretación.

11) La justificación interna son las premisas que sirven para justificarse a sí mismas.

12) Siempre puede haber errores judiciales, pero no todos son indemnizables.

Anexo capítulo 5: sentencia CA rol 1574-2018

C.A. de Valparaíso

Valparaíso, quince de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos:

Que en estos autos sobre acción de discriminación arbitraria caratulados “RAVANALES CON SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE Y OTROS” comparece a fojas 1968 el abogado procurador fiscal de Valparaíso, don Luis Eduardo Díaz Aracena, quien deduce recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia dictada por el Quinto Juzgado civil de Valparaíso el día 6 de agosto de 2018, escrita a fojas 1843 y siguientes, que acogió la denuncia por discriminación arbitraria presentada por Natalia Ivette Ravanales Toro, dejó sin efecto la decisión adoptada por el Senado el día 7 de junio de 2016 y condenó a esta corporación pública al pago de una multa de 10 unidades tributarias mensuales y las costas de la causa, en que el recurrente solicita que se revoque el fallo, rechace la denuncia y condene en costas a la denunciante.

A fojas 1996 la abogada doña Rocío Godoy Cabello, en representación de la Directora de administración del Senado, señora Ximena Amigo López, y del Jefe de personal, señor Carlos Becerra Farías, adhiere al recurso de apelación del Senado.

A fojas 1512 la misma abogada había apelado en subsidio de la resolución que recibió la causa a prueba el 25 de mayo de 2018, pidiendo que se agregasen dos hechos nuevos, recurso concedido mediante decreto de 5 de junio de 2018, escrito a fojas 1560.

A fojas 2080 se trajo los autos en relación.

A fojas 2132 se tuvo por acompañados unos documentos presentados por la parte denunciante.

La audiencia pública de 24 de octubre de 2018, en que se oyó los alegatos de los abogados Rodrigo López Alvarado y Rocío Godoy Cabello, por los recurrentes, y Neftalí Medina Reyes, por la parte recurrida.

La medida para mejor resolver solicitada el 2 de noviembre de 2018, consistente en la solicitud de traer a la vista urgentemente un sumario administrativo del Senado.

Considerando:

PRIMERO: Que la apelación se funda en que la denunciante no sufrió discriminación arbitraria al recibir la sugerencia, que le fue formulada verbalmente en una reunión el día 7 de junio de 2016, de continuar realizando sus labores de operadora telefónica desde su domicilio, esto es, en la modalidad de trabajo a distancia. En aquella oportunidad, en que estuvieron presentes algunas jefaturas administrativas de la institución, la Directora de administración le indicó que, atendidas las circunstancias, era recomendable que trabajase en dicha modalidad laboral, sin que ello, empero, represente a juicio del recurrente un acto o una resolución formales del Senado.

Por otra parte, la recomendación era razonable, considerando el muy mal ambiente de trabajo que se había creado entre las funcionarias de la central telefónica, con denuncias recíprocas, investigaciones sumarias y otros inconvenientes que, al cabo, aconsejaban adoptar una medida provisional que, al decir del apelante, “obedeció al sentido común y a una buena gestión acorde con el ordenamiento jurídico”.

Sin perjuicio de ello, la medida tampoco ha vulnerado derechos fundamentales de la denunciante y, muy por el contrario, en todo momento, desde la asunción de la mujer en el cargo, el Senado desplegó un conjunto de medidas de discriminación positiva en su favor, siempre con el objeto de permitirle trabajar pese a su discapacidad visual.

SEGUNDO: Que, a su turno, la parte adherente a la apelación insiste en la caducidad de la denuncia de la señora Ravanales, la que reconoce haber sido discriminada desde mucho antes del 7 de junio de 2016, por lo cual debió de interponer la acción regulada en los artículos 3° y siguientes de la Ley número 20.609, de 25 de julio de 2012, también con anterioridad, en lugar de presentarla tras holgada expiración del plazo de noventa días establecido en su artículo 5°.

En cuanto al fondo, se suma a los argumentos del apelante principal, haciendo hincapié en que la funcionaria en palabra pasó casi todo el tiempo de su contrata haciendo uso de licencias médicas, en su mayoría por enfermedades comunes que no tienen que ver con la discriminación de que se queja.

TERCERO: Que el sentido regulativo de la Ley 20.609 evoca en parte el de la acción de protección de derechos constitucionales, ya que todo su articulado apunta a restablecer judicialmente el imperio del Derecho cada vez que una persona sufra un tratamiento discriminatorio carente de justificación razonable, que la prive, perturbe o amenace en el ejercicio de sus derechos fundamentales. De ahí que si se constata la existencia de una discriminación de tal jaez y con dichas consecuencias, el tribunal tiene el deber de dejar sin efecto el acto impugnado, ordenar que no se reitere, tomar las demás medidas que considere necesarias para proteger al afectado y multar al responsable.

CUARTO: Que el artículo 2° de la ley enuncia ejemplarmente, como casos de discriminación arbitraria, actos fundados en motivos como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación económico-social, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Sin embargo, hay que distinguir la objetividad antijurídica de tales supuestos de hecho respecto de la agravante de delinquir por motivos discriminatorios, que la misma Ley 20.609 agregó al catálogo del artículo 12 del Código penal. En efecto, para esta última es crucial que el agente haya delinquido espoleado por un motivo así, entendiendo por motivos las causas psíquicas que producen el querer o la aceptación del resultado típico. La motivación no es, en lo esencial, distinta de la causalidad, sino solamente un tipo de ella, a saber, la causalidad que pasa a través del medio del conocimiento, sólo que se la enjuicia en sede de culpabilidad, en la parte motivadora del juicio personal de reproche.

En cambio, el acto discriminatorio que sirve como hipótesis general en el artículo 1° de la Ley 20.609 merece el juicio objetivo de desvalor del Derecho porque, por un lado, contradice las exigencias prácticas del principio jurídico de humanidad, una de las cuales es que los seres humanos nos respetemos y toleremos en nuestras identidades particulares, en las múltiples disimilitudes que nos constituyen radicalmente en miembros de nuestra especie. El hombre, para apercibirse de su humanidad, está obligado a convivir con quienes le son esencialmente dispares y, al mismo tiempo, iguales, tan desemejantes y parecidos entre sí como una gota de agua con otra, y a respetar la igualdad que ata por dentro lo diverso en un racimo de armonía impuesta asimismo por el citado principio. En otras palabras, la humanidad, en cuanto principio práctico, postula una igualdad, no para ser idénticos, sino para ser diversos y, en definitiva, humanos.

QUINTO: Que, por ende, lo que está en juego en la discriminación arbitraria son diferencias, no la igualdad de las personas, por más que la posibilidad de las diferencias halle su fundamento en una igualdad básica, nativa de la dignidad humana. De esto se sigue que las disparidades menospreciadas de facto por la actuación discriminatoria conciernen, no a la identidad personal, sino a identidades particulares de los individuos. La innoble práctica de la discriminación implica generalizar a la víctima, el realce de alguna identidad particular suya logrado merced a la ineptitud individualizadora del victimario. Sin embargo, en sí misma carece de vida antijurídica autónoma. Esta selección excluyente llamada discriminación es contraria a Derecho sólo si va unida a acciones que ofenden libertades u otros bienes de las personas, negándoles o impidiéndoles su disfrute, como bien expresa el artículo 2° de la Ley 20.609, efecto que en las personas que conllevan alguna discapacidad existirá especialmente si el acto comporta un obstáculo para su inclusión social, según disponen los artículos 1°, 4° y 6° de la Ley número 20.422, de 10 de febrero de 2010.

SEXTO: Que de los factores de discriminación enunciados por el artículo 2° de la Ley 20.609 interesa aquí una pareja en que predomina el sello biológico: enfermedad y discapacidad. La enfermedad es un proceso patológico, crónico o agudo, difuso o localizado, que produce una mengua de la salud física o psíquica; a su vez, el entorpecimiento o la imposibilidad de valerse por sí mismo, ejecutar funciones naturales o desarrollar actividades cotidianas, propios del estado de discapacidad, obedecen a alguna causa orgánica, sea congénita o adquirida. Mancomunadas biológicamente en su naturaleza, enfermedad y discapacidad difieren en alcance y carácter. Mientras toda discapacidad puede atraer al portador el negro destello de la discriminación, sólo las personas marginadas socialmente debido a una enfermedad son sus víctimas propiciatorias. En otras palabras, si el concepto biológico de enfermedad requiere ser ajustado a la luz de la connotación cultural derivada del sentido teleológico de la prohibición de discriminar, tal no es el caso de la discapacidad, que es en sí misma potencialmente fecunda de formas especialmente odiosas de discriminación. Allende esto, los factores discriminatorios más graves no son aquellos que dependen de algún modo de la elección de la víctima, como la ideología política, sino los que le vienen impuestos por su nacimiento o destino constitucional. El discriminado sentirá más soportable que se tilde de inferior a la persona concreta que a la categoría; estimará más llevadera la desconfianza que inspira el carácter que la que despierta el nacimiento, un hecho de la naturaleza que, para bien o para mal, no tiene arreglo.

SÉPTIMO: Que tras una amplísima relación de los antecedentes, la sentencia enfoca correctamente el concepto de discriminación arbitraria, en el considerando décimo cuarto, valora con propiedad la prueba y, en los acápites décimo séptimo y décimo octavo, tiene por establecido que a la denunciante, pese a sobrellevar una discapacidad visual, el 7 de junio de 2016 el Senado de la República, a sabiendas de tal déficit, le impuso el deber de

continuar su trabajo de telefonista desde su casa, mientras se tramitaba un sumario administrativo que ella habría promovido la víspera. Tamaña medida, que no se determinó respecto de sus colegas de trabajo, implica una diferencia de trato unilateral y desprovista de fundamento objetivo, que el considerando décimo noveno no trepida en calificar de reñida con las reglas sobre inclusión social de las personas discapacitadas y el vigésimo muestra en su consecuencias lesivas para la salud psíquica de la actora, hecho que consta y del que hay abundosa prueba en autos.

OCTAVO: Que frente a esta incontestable realidad no son motivos de contraste las alegaciones del apelante. Aun si el Senado de la República, corporación llamada en primerísimo lugar a honrar las disposiciones de la Ley 20.422, se hubiera limitado simplemente a recomendar el trabajo a distancia a un funcionario minusválido, igualmente estaría incurso en una práctica discriminatoria, lesiva de su derecho subjetivo a ser incluido socialmente, a que la minusvalía no sea un impedimento para mantener una vida de relación semejante a las personas que disfrutaban del pleno goce de sus sentidos, lo que incluye la pretensión de desempeñarse en el lugar oficial de trabajo y no tener que resignarse a una labor en régimen de ostracismo social.

En otro aspecto, de ser efectivas la plétora de acciones de discriminación positiva que el Senado afirma haber cumplido en beneficio de la actora desde su contratación y hasta el cónclave en que se la instó a permanecer por un tiempo en casa, con sobrada razón la sentencia desestima su peso en el considerando décimo noveno, ya que no guardan relación con el acto discriminatorio ni lo justifican. Por lo demás, basta con un sólo hecho de discriminación arbitraria para que pueda prosperar la acción con que el reclamante la objeta, sin que quepa al reclamado aducir exitosamente en su defensa haberle dispensado un tratamiento inveteradamente favorable. Entre lo primero y lo segundo existe el abismo que separa las rústicas relaciones laborales del siglo XIX de las inspiradas por el Derecho público del siglo XXI.

NOVENO: Que todos estos razonamientos conducen al rechazo de la apelación presentada por el Senado de Chile, pero también de la adhesión al recurso y la impugnación del auto de prueba formulados por la defensa de Ximena Amigo y Carlos Becerra. Quedó dicho que la adhesión reproduce en lo medular los argumentos del apelante, a los que añade nada más que la excepción de caducidad de la acción, certeramente descartada por la sentencia en su considerando décimo quinto. En cuanto a la apelación del auto de prueba, se la desestimaré porque pretende agregar unos puntos impertinentes para el objeto del juicio, con el que no se relacionan el tiempo que la actora trabajó efectivamente para el Senado ni la positiva acogida que sus superiores aseguran haberle brindado.

DÉCIMO: Que, por último, los documentos agregados por la actora tras el decreto de autos en relación, que no fueron objetados por las recurridas, lo mismo que la medida para mejor resolver que ella solicitó concluida la vista de la causa, en nada afectan lo razonado con anterioridad, por lo que tampoco las presentaciones respectivas requieren un pronunciamiento especial, a este punto inoficioso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de procedimiento civil, y 13 de la Ley 20.609, se declara:

- I. Que se rechaza el recurso de apelación escrito a fojas 1512 y, en consecuencia, SE CONFIRMA el auto de prueba dictado por el Quinto Juzgado civil de Valparaíso en la audiencia de 25 de mayo de 2018, escrito a fojas 1502.
- II. Que se rechazan el recurso de apelación deducido por abogado procurador fiscal de Valparaíso don Luis Eduardo Díaz Aracena, y la adhesión presentada por la abogada señora Rocío Godoy Cabello, y, en consecuencia, SE CONFIRMA en todas sus decisiones la sentencia definitiva dictada por el mismo tribunal el día 6 de agosto de 2018, escrita a fojas 1843 y siguientes, que acogió la denuncia por discriminación arbitraria presentada por Natalia Ivette Ravanales.

Regístrese y, en su momento, devuélvanse. N° Civil-1574-2018.

Redacción del abogado integrante José Luis Guzmán Dalbora, quien no firma, por no haber integrado sala el día de hoy.

Alejandro Germán García Silva Ministro

Fecha: 15/11/2018 12:34:05

María del Pilar Labarca Rocco Ministro(S)

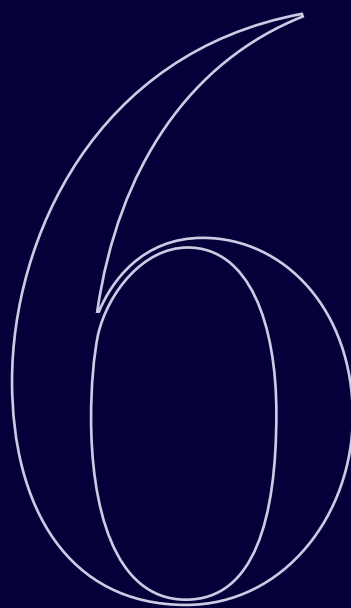
Fecha: 15/11/2018 12:23:51

Juana Verónica Barrera Aranda MINISTRO DE FE

Fecha: 15/11/2018 12:40:24

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por Ministro Alejandro Germán García S. y Ministra Suplente María Del Pilar Labarca R. Valparaíso, quince de noviembre de dos mil dieciocho.

En Valparaíso, a quince de noviembre de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Anexos finales

6.1 Casos resueltos

A continuación se presentan cuatro casos resueltos, para que el lector tenga a la vista modelos de desempeño útiles para el curso en línea de la Academia Judicial. Naturalmente, por razones de brevedad no se reproduce la respuesta correcta en su total extensión, sino una síntesis que da luces sobre los tópicos que deben tratarse al responder preguntas semejantes.

Caso N° 1

Pedro vive con una discapacidad mental que lo califica jurídicamente como demente y, por lo tanto, no puede manifestar su voluntad en términos legales. Posee calificación y certificación del Compin y, además, está interdicto conforme al Código Civil. Pedro vive con su madre, quien es su cuidadora. Ella trabaja todo el día. Como su lugar de trabajo no está cerca de su hogar, ella debe trasladarse dos horas para llegar a su lugar de trabajo. Una mañana, Pedro se levanta con un dolor de cabeza bastante fuerte y su madre, por motivos de trabajo, no pudo acompañarlo al consultorio más cercano. Dado el fuerte dolor de cabeza y constantes llamados a su madre, esta le señala que terminará antes su jornada laboral y que, por mientras, concurra al centro asistencial por su cuenta para ser atendido.

Una vez en el consultorio, y luego de muchos intentos, Pedro da a entender que desea ser atendido por el malestar que padece. El funcionario del servicio de salud le señala que, como no puede manifestar su voluntad claramente, no puede ser inscrito en el centro médico, debiendo concurrir con un representante para su atención.

Frente a lo anterior, Pedro decide soportar su malestar y esperar a su madre hasta que llegue al centro médico. Luego de una hora, el padecer de Pedro empeora y decide nuevamente insistir en ser atendido. Sin embargo, la respuesta por parte del funcionario es la misma. Pedro se devuelve el lugar donde estaba sentado, pero, antes de llegar, se desmaya y cae al piso del centro asistencial.

Su madre, al llegar, ve a Pedro en el piso y ordena que sea atendido. Dada la gravedad del malestar, derivan a Pedro al hospital más cercano, donde se le diagnostica un accidente cerebro vascular cuyas secuelas constan en la paralización total de sus extremidades inferiores. El médico tratante en el hospital señala en la ficha clínica que la demora en la atención significó que las secuelas podrían haber sido de una intensidad menor.

- 1) **El funcionario del consultorio infringió algún deber legal explícito. Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**

- En el caso expuesto, el funcionario del consultorio que se negó a prestarle atención a Pedro debido a que no puede manifestar su voluntad, claramente, ha infringido el deber de prestar atención médica de acuerdo a lo que se indica en la Ley N° 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud; en su artículo 2 establece: “Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de los prescrito en los artículos 16 y 28”. Podemos observar que la norma establece una obligación de atender a todos los pacientes que lo requieran cuando el prestador de servicios sea una institución de aquellas que pertenecen al Sistema Nacional de Servicios de Salud. Dentro de este sistema encontramos a los consultorios, por lo que carece de todo fundamento la negativa del funcionario del consultorio.

2) **¿Existe discriminación en este caso conforme a la ley Zamudio? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**

- El artículo 2 de la ley Zamudio define la discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la Republica o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como (...) la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”. En el caso, parece claro señalar que se trata de una discriminación al privar a Pedro del acceso a un servicio público, poniendo en riesgo su salud, integridad física y psíquica, y su vida. En tal sentido, podemos sostener que la discriminación presenta dotes de arbitrariedad.

3) **¿Existe conducta de acoso conforme a la Ley N° 20.422? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**

- La Ley N° 20.422 en su artículo 8 define el acoso como “toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Teniendo a la vista este precepto, podemos concluir que la conducta del funcionario resulta constitutiva de acoso en tanto contribuye a crear un entorno hostil donde el afectado no logra comunicarse efectivamente y, una vez que da a entender su voluntad, el funcionario decide ignorarla.

4) **¿Hay infracción a las normas de la Ley N° 20.584 en la conducta del funcionario del consultorio? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**

- El artículo 5 bis de la Ley N° 20.584 dispone que: “Toda persona mayor de 60 años, como también toda persona en situación de discapacidad, tendrá derecho a ser atendida preferente y oportunamente por cualquier prestador de acciones de salud, con el fin de facilitar su

acceso a dichas acciones, sin perjuicio de la priorización que corresponda aplicar según la condición de salud de emergencia o urgencia de los pacientes, de acuerdo al protocolo respectivo”. Esta disposición consagra un derecho de atención preferente, toda vez que manda priorizar la atención de quienes están dentro de los grupos indicados. Al no existir atención, tampoco existe atención prioritaria, ni se observa ninguna conducta en que el funcionario priorice la atención de Pedro. Por tanto, podemos concluir que ha existido una infracción por parte del funcionario.

Con todo, podría responderse alternativamente que no existe infracción, dado que la norma no resulta aplicable. Al ser una norma de prioridad, se infringe cuando, existiendo dos pacientes en igualdad de condiciones, no se prioriza la atención de aquel que se encuentra en la situación descrita por la norma. En el caso de Pedro, no existe “otro paciente” que sea atendido en su desmedro, por lo que la norma no resulta aplicable.

- 6) **Redacte dos considerandos de una sentencia civil por falta de servicio, en donde se condene al Estado por el título de imputación de la Ley N° 19.966. Los considerandos deben hacerse cargo a las obligaciones legales que se han infringido y de los elementos de la falta de servicio conforme a dicha ley.**

— *Considerando*

PRIMERO: Que habiéndose acreditado en el procedimiento la falta de servicio por parte de funcionarios del Consultorio X, en circunstancias que se le ha negado la atención sanitaria a don Pedro fundándose en que este no podría manifestar su voluntad claramente, cuestión que impediría su inscripción en el centro asistencial, dicha conducta es totalmente contraria a la obligación legal establecida por el artículo 2 de la Ley N° 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, disposición que establece: “Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28”. En el caso de autos, no existe justificación alguna para negar la atención sanitaria.

SEGUNDO: Que, además de haberse negado la atención al paciente en un primer momento, tampoco se verificó una adecuación del servicio para su óptima atención debido a su discapacidad, habiéndose probado tratos discriminatorios en contra de don Pedro y habiéndose acreditado que la atención médica tardía ha tenido como consecuencia la paralización completa de sus extremidades, es que se condena al Consultorio X en virtud del artículo 38 de la Ley N° 19.966 que establece que “los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”.

Caso N° 2

Carlos es de nacionalidad colombiana y se encuentra en situación migratoria irregular, dado que ingresó a Chile por un paso fronterizo no habilitado. En su viaje, atravesó diversos países como Ecuador y Perú, donde se contagió de una fuerte gripe, la que no fue tratada oportunamente. Ahora, en Chile esa gripe se encuentra en un estado bastante avanzado y por ello, decide acudir al Hospital Sótero del Río.

Carlos padece de una notoria cojera. Cuando niño sufrió poliomielitis y siempre ha usado un bastón. Estando en el hospital, la funcionaria de salud le señala que él no debe asistir a servicios asistenciales dado que se encuentra en una situación migratoria irregular, pudiendo negarse su atención. Carlos es un entendido en derechos humanos y le señala que una situación migratoria irregular no obsta a una atención médica de cualquier clase. La funcionaria le comenta que las cosas no son así, y que ella está facultada para negar la atención de salud a cualquier persona, sobre todo a migrantes irregulares. Además, le señala que, como Carlos es colombiano, no debiera preocuparse de una gripe porque tienen un organismo más resistente que las personas chilenas, de modo que ella debe priorizar la atención de personas nacionales.

- 1) **¿Carlos es una persona con discapacidad conforme al modelo de la OMS? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
 - A partir del modelo propuesto por la OMS, la discapacidad se puede caracterizar como una deficiencia de las actividades normales de un sujeto, la cual tiene como origen el padecimiento de alguna enfermedad. Considerando esto, Carlos es discapacitado en tanto padece un problema (cojera) causado por una enfermedad (poliomielitis) y que requiere cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales (uso de artefactos ortopédicos como el bastón).

- 2) **¿Carlos es una persona con discapacidad conforme a los tratados vigentes? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
 - Resultan aplicables dos instrumentos internacionales: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (y su protocolo facultativo), y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación. Ambas definiciones pueden enmarcarse en lo que se ha denominado el modelo social de la discapacidad, según el cual este fenómeno surge a partir de la interacción entre la persona y la sociedad, cuando existen factores que impiden o dificultan su plena integración. Teniendo esto en consideración, la caracterización de Carlos como una persona con discapacidad dependerá de la existencia de barreras o dificultades que hagan de su cojera un elemento de exclusión que impida su plena participación. En este sentido, teniendo en cuenta que las circunstancias actuales de la sociedad dificultan la plena integración de las personas con movilidad reducida, entonces Carlos estaría en situación de discapacidad, toda vez que subsisten obstáculos que dificultan su plena integración.

- 3) **¿Carlos es una persona con discapacidad conforme a la ley chilena? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
- La Ley N° 20.422, en su artículo 5, define a las personas discapacitadas: “Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Atendida esta definición, podemos considerar que Carlos es una persona discapacitada en cuanto padece una deficiencia física (cojera) que restringe su participación plena y efectiva en la sociedad.
- 4) **¿La funcionaria de salud incumplió algún deber legal en su actuación? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
- En efecto, la funcionaria que ha negado la prestación de atención sanitaria ha infringido el deber legal establecido en el artículo 2 de la Ley N° 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, norma que indica “los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28”. La infracción al deber legal se configura por el incumplimiento de la obligación de prestar atención sanitaria a los pacientes que la requieran, sin establecer más excepciones que las de los artículos 16 y 28, que no son aplicables a este caso. Resulta conveniente mencionar que esta pregunta se ha respondido considerando que la Ley N° 18.469 es aplicable, considerándolo beneficiario en virtud del artículo 6 letra e) que indica que son beneficiarios del régimen “las personas carentes de recursos o indigentes...”.
- 5) **¿Carlos tiene derecho de atención preferente conforme a la ley chilena? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
- Si consideramos que Carlos es una persona discapacitada en virtud de su cojera, efectivamente tiene derecho a una atención preferente, esto en virtud de la Ley N° 20.584 sobre los derechos y deberes del paciente. En su artículo 5 bis, establece el derecho de atención preferente a personas discapacitadas indicando que “toda persona mayor de 60 años, como también toda persona en situación de discapacidad, tendrá derecho a ser atendida preferente y oportunamente por cualquier prestador de acciones de salud, con el fin de facilitar su acceso a dichas acciones, sin perjuicio de la priorización que corresponda aplicar según la condición de salud de emergencia o urgencia de los pacientes, de acuerdo al protocolo respectivo”.
- 6) **¿Carlos fue discriminado por la funcionaria de salud? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**

- Sí. Teniendo en consideración la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, y que en su artículo 2 señala que “(...) para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”. En el caso, la funcionaria de salud discriminó arbitrariamente a Carlos por su situación migratoria, impidiéndole el acceso a prestaciones sanitarias. Esto claramente puede ser considerado como una perturbación o privación del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la igualdad y el derecho a la protección de la salud, respectivamente en los artículos 19 N° 2 y N° 9 de la Constitución Política de la República.

Caso N° 3

El Presidente de la República ha dictado una norma en virtud de la cual se incluye la osteoporosis en el listado GES. Se sabe, como hecho científico no discutido, que es una enfermedad que afecta mayoritariamente a las mujeres. Además, que afecta con mayor gravedad a las mujeres más pobres. Se ha estimado que las personas afectadas por la medida ronda los 3 millones, porque Chile es un país que envejece. Dentro de la nueva normativa se ha establecido que la finalidad de la regulación es mejorar la igualdad de las mujeres de tercera y cuarta edad. Frente a esto, una organización no gubernamental libertarista, que defiende un Estado mínimo, ha reclamado por redes sociales que se trata de una medida que genera un enorme gasto público de una enfermedad crónica que no tiene cura. Esta ONG argumenta que ese dinero debería gastarse en educación pública, porque las mujeres saben que corren el riesgo de sufrir osteoporosis y, entonces, ellas deberían hacerse responsables de no haber tomado prevenciones necesarias.

- 1) **¿Podría discutirse la constitucionalidad de la regulación? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
 - Sí. Los decretos con fuerza de ley no pueden regular materias comprendidas en las garantías constitucionales. Si somos estrictos, lo que las Garantías Explícitas en Salud hacen es regular la garantía constitucional de protección de la salud contemplada en el artículo 19 N° 9 de la Constitución. Por otro lado, también podría discutirse si se vulnera el derecho a la protección de la salud de pacientes que padecen de otras enfermedades, distintas de la

osteoporosis, ya que no se les garantiza un acceso al tratamiento que requieran. La normativa planteada establece una distinción en razón del sexo de las personas, de tal forma que sólo las mujeres, y no los hombres, obtendrán un determinado beneficio. Esta distinción se basa, por tanto, en una categoría sospechosa, elemento que produce una apariencia de inconstitucionalidad de suerte que es el Presidente de la República quien debe demostrar la constitucionalidad de su medida. Por ejemplo, debiera sostener que la distinción tiene por objeto el beneficio de un grupo históricamente discriminado.

2) ¿Qué concepciones de igualdad están detrás de la medida del Presidente de la República? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.

- Igualdad material o sustantiva, dado que se refiere a la realización de una distinción cuyo objetivo es favorecer a un grupo en una situación de desventaja, discriminación o exclusión, como lo son las mujeres en relación a los hombres. Asimismo, en este caso puntual, no sólo se justifica en razones de índole social, sino también médicas. La priorización de recursos para las mujeres se otorga debido a que son un grupo de riesgo respecto de una enfermedad determinada (osteoporosis) que no afecta, en la misma proporción, a los hombres.

3) ¿Se trata de una medida inspirada en el paradigma de la interseccionalidad? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.

- El paradigma de la interseccionalidad establece que existen relaciones de privilegio y dominación entre diversos grupos en la sociedad, pudiendo estar un mismo individuo en múltiples grupos. De esta forma, la priorización de recursos puede determinarse en atención a aquellas personas que comparten grupos dominados o discriminados. En el caso propuesto, se prioriza a las mujeres (grupo desventajado en relación a los hombres) que sufren una enfermedad (grupo desventajado respecto de aquellos que no sufren enfermedades), cumpliendo con el paradigma.

4) ¿La regulación es una medida de discriminación positiva o una acción afirmativa? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.

- Sí, puesto que se busca asegurar un grupo de personas que, de no existir la medida, se considerarían desventajadas.

Caso N° 4

Clara es una contadora especializada en importaciones y exportaciones. Tiene 39 años, tres hijos de 8, 10 y 13 años y un divorcio a costas. Hace tres años comenzó a sufrir migrañas e insomnio. Sus problemas para dormir son graves. Generalmente no puede dormir más de una hora cada noche. Sólo si se duerme después de almorzar puede conciliar cuatro horas de sueño continuo.

Juan, su exmarido, alega que ella no puede cuidar a los niños y que por eso quiere quitárselos. Alega que los niños están solos mientras ella duerme. Ella contraargumenta que ha contratado a una asesora del hogar para cuidar a los niños en las tardes y que sus vecinas también están atentas a ellos. De hecho, dos vecinas tienen pantallas con acceso a cámaras instaladas en la casa de Clara y pueden ver lo que ocurre en tiempo real.

Clara ha intentado conseguir una declaración del Compin como discapacitada en razón de su insomnio, pero el organismo le ha negado la solicitud dos veces. Las resoluciones no expresan causa de forma precisa y bien fundada.

Clara cuenta con varios exámenes médicos, informes de cuatro psiquiatras de amplio prestigio e informes de tres neurólogos, sobre sus migrañas e insomnio. En resumen, no hay una causa específica, la enfermedad no se ha visto influida por la terapia farmacológica y parece ser una condición crónica que ella padecerá por largo tiempo.

Clara quiere que su empleador, una multinacional China de comercio con sede en Las Condes, haga ajustes para cumplir con su trabajo desde su casa por las noches. Argumenta que, al fin y al cabo, ella está despierta cuando se está trabajando en China. Su jefe está evaluando la situación y se ha comprometido en darle una respuesta. Los colegas de Clara están de acuerdo con el cambio, pues saben que ella es una buena profesional.

Contemporáneamente, en el juicio de familia con su exmarido, ella quiere argumentar que es una persona con discapacidad. Fue a la Municipalidad de la Florida, en Santiago, y tiene informes sociales sobre su situación hogareña, además de contar con el informe del psicólogo que la atiende desde hace seis años, quien indica que ella es una mujer, trabajadora y madre normal. Sólo la afectan sus enfermedades: las migrañas y el insomnio.

1) ¿Clara es una persona con discapacidad conforme a la legislación chilena? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.

- Según la Ley N° 20.422, artículo 5, una persona con discapacidad es “aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. A partir de esta definición podemos sostener que Clara es una persona discapacitada, toda vez que ella padece una deficiencia física o mental (migraña e insomnio), la cual le restringe su participación plena y efectiva en la sociedad, en particular en el ámbito laboral, en igualdad de condiciones que los demás.

- 2) **¿Cómo podría impugnarse la decisión del Compín en razón de la falta de justificación de los actos administrativos? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
- Existen a lo menos dos posibilidades: (i) interponer una acción de protección, según el artículo 20 de la Constitución, o bien (ii) una acción de no discriminación arbitraria, según el artículo 3° de la Ley N° 20.609. En ambos casos la acción se basa en una discriminación arbitraria, entendiendo por tal aquella que carece de fundamentos.
- 3) **¿Cómo podría litigar Clara en contra de su empleador en caso de que él se niegue a modificar su modalidad de trabajo? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
- Para litigar contra su empleador, en caso de que sea él quien se niegue a realizar los ajustes necesarios de forma ilegal o arbitraria, disponemos de tres mecanismos: (1) interponer una acción de protección según el artículo 20 de la Constitución; (2) una acción de no discriminación arbitraria según el artículo 3° de la Ley N° 20.609, o bien (3) una tutela de derechos fundamentales según el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo, en relación con los “actos discriminatorios” señalados en su artículo 2°: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.
- 4) **¿Clara podría ser considerada como una persona con una discapacidad por el juez laboral o por un juez de familia? Justifique su respuesta en un párrafo de una extensión máxima de 15 líneas.**
- Sí. Sin embargo debemos precisar que, en ambos casos, considerarla dentro de la instancia jurisdiccional como una persona que padece discapacidad, no tendrá ninguna consecuencia fuera del juicio puesto que de acuerdo a la Ley N° 20.422 en su artículo 13, se establece que “corresponderá a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (Compín), dependientes del Ministerio de Salud y a las instituciones públicas o privadas, reconocidas para estos efectos por ese Ministerio, calificar la discapacidad (...)”. Aclarado el punto, es necesario establecer que, para que Clara sea considerada como una persona discapacitada, esto debería ser debidamente acreditado en juicio.
- 5) **Escriba un auto de prueba para un hipotético juicio laboral basado en el caso.**

- Se recibe la causa a prueba por el término legal, señalándose como punto sustancial, pertinente y controvertido sobre el cual ha de recaer, el siguiente:
 - Existencia de la relación laboral entre doña Clara y Comercio xxx
 - Funciones de doña Clara en Comercio xxx
 - Existencia de patologías que padece doña Clara.

6) Luego, asocie a cada punto de prueba un listado de medios de prueba que podrían ser útiles para acreditar cada punto de prueba.

Puntos de prueba	Medios de prueba relevantes y útiles
Existencia de la relación laboral.	<ul style="list-style-type: none"> — Contrato de trabajo — Certificado de cotizaciones
Funciones de doña Clara en Comercio xxx	<ul style="list-style-type: none"> — Contrato de trabajo — Testigos
Existencia de patologías que padece doña Clara	<ul style="list-style-type: none"> — Informes médicos (psiquiátricos, neurológicos, psicológicos, testigos)

7) Imagine que Clara acciona en contra del empleador en virtud de la ley Zamudio, alegando discriminación en razón de discapacidad y/o enfermedad. Redacte dos considerandos aplicando la norma en cuestión al caso (invente los hechos que sean necesario y que estén ausentes en la narración del caso).

— *Considerando*

PRIMERO: Que, habiéndose presentado informes psicológicos, psiquiátricos y neurológicos, además de la exhibición de testigos ante este tribunal, se da por acreditada la existencia del padecimiento de migraña e insomnio crónico por parte de doña Clara. También se da por acreditada la relación laboral entre doña Clara y Comercio xxx por la exhibición del contrato laboral vigente entre las partes. Por último, se tienen por acreditadas las funciones que desempeña doña Clara en la empresa Comercio xxx a partir del contrato de trabajo y el relato de los testigos presentados.

SEGUNDO: Que, teniendo presente la definición de discriminación de la Ley N° 20.609 es que este tribunal estima que negar la modificación de la modalidad de trabajo a doña Clara constituye una discriminación arbitraria por parte del empleador Comercio xxx por la situación de discapacidad que padece, la cual ha sido debidamente acreditada ante este tribunal.

6.2 Respuestas a las preguntas de cada capítulo

6.2.1 Respuestas capítulo 1

Pregunta 1)

Respuesta correcta: a.

La CIF pertenece a la “familia” de clasificaciones internacionales desarrolladas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que pueden ser aplicadas a varios aspectos de la salud. Esta familia de clasificaciones de la OMS proporciona el marco conceptual para codificar un amplio rango de información relacionada con la salud (por ej. el diagnóstico, el funcionamiento y la discapacidad, los motivos para contactar con los servicios de salud) y emplea un lenguaje estandarizado y unificado que posibilita la comunicación sobre la salud y la atención sanitaria entre diferentes disciplinas y ciencias en todo el mundo.²⁵⁵

Pregunta 2)

Respuesta correcta: c.

“El concepto de funcionamiento se puede considerar como un término global, que hace referencia a todas las funciones corporales, actividades y participación.”²⁵⁶

Pregunta 3)

Respuesta correcta: b.

“De manera similar, discapacidad, engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad, o restricción en la participación.”²⁵⁷

Pregunta 4)

Respuesta correcta: a.

“Son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida.”²⁵⁸

255 CIF (2002), p. 4.
256 CIF (2002), p. 3.
257 CIF (2002), p. 3.
258 CIF (2002), p. 11.

Pregunta 5)

Respuesta correcta: c.

“Limitaciones a la actividad: son dificultades que un individuo puede tener en el desempeño/realización de actividades.”²⁵⁹

Pregunta 6)

Respuesta correcta: b.

“Restricciones en la participación: son problemas que un individuo puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales.”²⁶⁰

Pregunta 7)

Respuesta correcta: c.

“El objetivo principal de esta clasificación es brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados ‘relacionados con la salud’.”²⁶¹

Pregunta 8)

Respuesta correcta: b.

Los componentes del funcionamiento y discapacidad de la parte 1 de la CIF se pueden emplear de dos maneras. Por un lado, pueden utilizarse para indicar problemas (por ej. deficiencias, limitación en la actividad o restricción en la participación: todos ellos incluidos bajo el concepto global de discapacidad). Por el contrario, también pueden indicar aspectos no problemáticos (por ej. neutrales) de la salud y aspectos “relacionados con la salud” (todos ellos incluidos en el concepto genérico de funcionamiento).²⁶²

Pregunta 9)

Respuesta correcta: a.

“Las limitaciones o restricciones se evalúan contratándolas con los estándares comúnmente aceptados en la población. Los estándares o normas frente a los que valoramos la capacidad y el desempeño/realización de un individuo son los de las personas que no padecen

259 CIF (2002), p. 11.

260 CIF (2002). p. 11.

261 CIF (2002), p. 3.

262 CIF /2002), p. 9.

un estado de salud similar (enfermedad, trastorno, daño, etcétera). La limitación o restricción mide la discordancia entre el desempeño/realización esperado y observado. El desempeño/realización esperado es la norma de la población, que representa la experiencia de personas sin la condición de salud específica.”²⁶³

Pregunta 10)

Respuesta correcta: b.

“Muchas personas consideran, erróneamente, que la CIF versa únicamente sobre personas con discapacidades; sin embargo, es válida para todas las personas. La salud y los estados ‘relacionados con la salud’ asociados con cualquier condición de la misma se pueden describir utilizando la CIF. En otras palabras, la CIF tiene una aplicación universal.”²⁶⁴

Pregunta 11)

Respuesta correcta: falso

“Dentro de las clasificaciones internacionales de la OMS, los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, etcétera) se clasifican en la CIE-10 (abreviatura de Clasificación Internacional de Enfermedades, décima revisión), que brinda un marco conceptual basado en etiología. El funcionamiento y la discapacidad asociados con las condiciones de salud se clasifican en la CIF.”²⁶⁵

Pregunta 12)

Respuesta correcta: falso

“La CIF no clasifica personas, sino que describe la situación de cada persona dentro de un conjunto de dominios de la salud o dominios ‘relacionados con la salud’.”²⁶⁶

Pregunta 13)

Respuesta correcta: falso

263 CIF (2002), p. 17.

264 CIF (2002), p. 2.

265 CIF (2002), p. 4.

266 CIF (2002), p. 10.

“La clasificación se mantiene en un concepto amplio de la salud y no cubre circunstancias que no están relacionadas con ella, tales como las originadas por factores socioeconómicos.”²⁶⁷

Pregunta 14)

Respuesta correcta: verdadero

“Las deficiencias representan una desviación de la ‘norma’ generalmente aceptada en relación al estado biomédico del cuerpo y sus funciones. La definición de sus componentes la llevan a cabo personas capacitada para juzgar el funcionamiento físico o mental de acuerdo con normas generalmente aceptadas.”²⁶⁸

Pregunta 15)

Respuesta correcta: verdadero

La discapacidad está definida como el resultado de una compleja relación entre la condición de la salud de una persona y sus factores personales, y los factores externos que representan las circunstancias en las que vive esa persona.²⁶⁹

6.2.2 Respuestas capítulo 2

Pregunta 1)

Respuesta correcta: b.

Esta frase es trivial o es errada. Si cuando usan la palabra *vida* se refieren a la *calidad de vida* de la persona, es evidente que cuando se tortura o mutila a alguien, se atenta contra su calidad de vida, pero eso es trivial. Pero si se refieren al *derecho a la vida* esa frase es errada, pues es físicamente posible torturar o mutilar a alguien sin matarlo.

El objeto del derecho a la integridad física y psíquica es la obligación de no conculcar la integridad física o psíquica de alguien. Se vulnera la integridad física cuando se mutila a alguien, y se vulnera su integridad psíquica cuando se la somete a tormentos, amenazas, etcétera. Es posible mutilar a alguien sin matarlo, con lo cual se transgrede

267 CIF (2002), p. 8.

268 CIF (2002), p. 14.

269 CIF (2002), p. 18.

el derecho a la integridad física pero no el derecho a la vida, y si se atormenta a alguien se infringe su derecho a la integridad psíquica, sin con ello violar su derecho a la vida.²⁷⁰

Pregunta 2)

Respuesta correcta: a.

Obligación secundaria de proteger: significa que el Estado y sus agentes deben adoptar medidas concretas para impedir que terceros priven al titular de su derecho. Este concepto comprende muchas obligaciones de carácter positivo, necesarias para impedir que terceros trasgredan el derecho del titular.²⁷¹

Pregunta 3)

Respuesta correcta: c.

Obligación primaria de respetar significa que el Estado y sus agentes deben abstenerse de lesionar un derecho. Esta es una obligación de carácter negativo.²⁷²

Pregunta 4)

Respuesta correcta: b.

Obligación terciaria de satisfacer-cumplir: significa que el Estado debe realizar acciones concretas para lograr el goce efectivo y pleno del derecho. Esta categoría también comprende obligaciones de carácter positivo, y probablemente son muchas.²⁷³

Pregunta 5)

Respuesta correcta: b.

Más bien podemos entender que el derecho a la salud consiste en el derecho a recibir prestaciones médico-sanitarias, aunque no podamos precisar por ahora cuáles, bajo qué condiciones y, sobre todo, quién tendría la obligación de proporcionarlas.²⁷⁴

270 FIGUEROA (2008), p. 296.

271 FIGUEROA (2008), p. 296.

272 FIGUEROA (2008), p. 296.

273 FIGUEROA (2008), p. 296.

274 FIGUEROA (2008), p. 295.

Pregunta 6)

Respuesta correcta: c.

Como se anunció, en este trabajo se sostiene la opinión de que el derecho a la vida consiste en el derecho a que no nos maten arbitrariamente. Esta concepción parte de la base que el objeto del derecho a la vida no es la *vida* como una realidad fenoménica, sino una conducta de terceros, la de matar arbitrariamente a otro. En consecuencia, esta concepción del derecho a la vida distingue el *derecho a la vida* de la *vida*. Esta distinción no es frecuente en la literatura jurídica nacional, la que asume que el derecho a la vida tiene por objeto *la vida* como realidad fenoménica, salvo un caso.²⁷⁵

Pregunta 7)

Respuesta correcta: b.

Este argumento sostiene que la vida le pertenece al Creador. El individuo no puede disponer de su vida porque ella no le pertenece a él, sino al Creador.²⁷⁶

Pregunta 8)

Respuesta correcta: falso

Un derecho a algo implica siempre una relación jurídica con otros sujetos. Tampoco puede ser objeto de un derecho una cosa o entidad, pues el derecho se estructuraría como una relación diádica entre el titular y la cosa. Las relaciones diádicas –al igual que el solipsismo– carecen de relevancia jurídica pues no regulan la conducta de terceros.²⁷⁷

Pregunta 9)

Respuesta correcta: verdadero

Esta concepción parte de la base que el objeto del derecho a la vida no es la *vida* como una realidad fenoménica sino una conducta de terceros, la de matar arbitrariamente a otro. En consecuencia, esta concepción del derecho a la vida distingue el *derecho a la vida* de la

275 FIGUEROA (2008), p. 262-263.

276 FIGUEROA (2008), p. 282.

277 FIGUEROA (2008), pp. 263-264.

vida. Esta distinción no es frecuente en la literatura jurídica nacional, la que asume que el derecho a la vida tiene por objeto *la vida* como realidad fenoménica, salvo un caso.²⁷⁸

Pregunta 10)

Respuesta correcta: falso

Un derecho a algo implica siempre una relación jurídica con otros sujetos. Tampoco puede ser objeto de un derecho una cosa o entidad, pues el derecho se estructuraría como una relación diádica entre el titular y la cosa. Las relaciones diádicas –al igual que el solipsismo– carecen de relevancia jurídica pues no regulan la conducta de terceros.²⁷⁹

Pregunta 11)

Respuesta correcta: falso

No parece razonable suscribir una concepción del derecho a la vida que se desdobra en dos, dependiendo del supuesto titular: si ha nacido, su derecho es relativo y si no ha nacido, su derecho es absoluto. Los derechos constitucionales deben significar lo mismo para todas las personas.²⁸⁰

Pregunta 12)

Respuesta correcta: falso

Aplicando esta perspectiva al derecho a la vida, advertiremos que G corresponde a la conducta de terceros, que consiste en la obligación de no matar arbitrariamente. G no alude a la conducta del titular.²⁸¹

6.1.3 Respuestas capítulo 3

Pregunta 1)

Respuesta correcta: a.

Se puede decir que A es igual a B ($A=B$). Se trata de un sentido aritmético propio de la lógica formal.²⁸²

278 FIGUEROA (2008), pp. 262-263

279 FIGUEROA (2008), pp. 263-264.

280 FIGUEROA (2008), p. 278.

281 FIGUEROA (2008), p. 264.

282 FIGUEROA (2000), p. 11.

Pregunta 2)

Respuesta correcta: c.

La expresión discriminación se puede emplear en dos sentidos, uno que podemos llamar “neutral” y otro “no neutral” en términos morales no valorativos.²⁸³

Pregunta 3)

Respuesta correcta: b.

La palabra “igualdad” o “desigualdad” no está necesariamente orientada a la conducta de los individuos, como sí lo está la expresión “discriminación”; esta última está conductualmente transida, no así la palabra igualdad.²⁸⁴

Pregunta 4)

Respuesta correcta: b.

No es lo mismo hablar de “igualdad” que del *principio de igualdad*. Esto tiene que ver con una directriz de conducta, a diferencia de la igualdad, que no tiene necesariamente un sentido conductualmente tematizado.²⁸⁵

Pregunta 5)

Respuesta correcta: a.

La justificación de la discriminación positiva reside en la igualdad. Y esto es importante: en la igualdad en el mediano o largo plazo, es decir en el futuro (no en el presente).²⁸⁶

Pregunta 6)

Respuesta correcta: c.

Dado que todo y todos son diferentes, la primera parte del principio nunca sería aplicable y siempre habría que diferenciar. Esa noción de igualdad conduce a justificar cualquier discriminación.²⁸⁷

283 FIGUEROA (2000), p. 12.

284 FIGUEROA (2000), p. 13.

285 FIGUEROA (2000), p. 14.

286 FIGUEROA (2000), p. 36.

287 FIGUEROA (2000), p. 19.

Pregunta 7)

Respuesta correcta: c.

Una buena respuesta está dada por una categoría decisiva del principio de igualdad.²⁸⁸

Pregunta 8)

Respuesta correcta: verdadero

Muchas discusiones y, sobre todo, muchas discrepancias acerca de la igualdad se explican no porque se suscriban distintos conceptos de igualdad, sino fundamentalmente distintas concepciones de la igualdad.²⁸⁹

Pregunta 9)

Respuesta correcta: verdadero

Un modelo de igualdad identifica una variable respecto de la cual se aplica una concepción de igualdad. Los espacios de igualdad son excluyentes entre sí, tal como lo son las diversas concepciones de igualdad. Respecto de cualquiera de los tres espacios mencionados, es posible aplicar alguna determinada concepción.²⁹⁰

Pregunta 10)

Respuesta correcta: falso

La equiparación como manifestación de la igualdad ante la ley supone un trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas. Sin embargo, se estima que deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos, o para la aplicación de una misma reglamentación normativa.²⁹¹

Pregunta 11)

Respuesta correcta: falso

La diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor de igualdad ante la ley. Se trata de una diferenciación en el trato, basada en la existencia de condiciones relevantes respecto a los efectos de las normas.²⁹²

288 FIGUEROA (2000), p. 15.

289 FIGUEROA (2000), p. 26.

290 FIGUEROA (2000), p. 29.

291 FIGUEROA (2000), p. 15.

292 FIGUEROA (2000), p. 15.

Pregunta 12)

Respuesta correcta: verdadero

Es posible emplear la palabra “discriminación”, en el sentido de separar o distinguir, sin implicar nada acerca de si tal separación o distinción es correcta o incorrecta, cualquiera sea el punto de vista.²⁹³

Pregunta 13)

Respuesta correcta: verdadero

La expresión “discriminación arbitraria”, que se utiliza con frecuencia, tendría pleno sentido en la medida que emplea la palabra “discriminación” en sentido neutral.²⁹⁴

Pregunta 14)

Respuesta correcta: falso

La exigencia de igualdad ante la ley implica un sistema de precedente obligatorio.²⁹⁵ El sistema de precedente no exige que una “decisión” sea la misma necesariamente.²⁹⁶ El principio de igualdad, en su dimensión de igualdad ante la ley, exige resolver casos análogos de manera análoga. De otra forma, sería como si para cada caso hubiera un “derecho” y un “modo de resolver” ad-hoc, lo que es ciertamente discriminatorio.²⁹⁷

6.1.4 Respuestas capítulo 4

Pregunta 1)

Respuesta correcta: c.

“El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”²⁹⁸

293 FIGUEROA (2000), p. 12.

294 FIGUEROA (2000), p. 13.

295 FIGUEROA (2000), p. 56.

296 FIGUEROA (2000), p. 57.

297 FIGUEROA (2000), p. 58.

298 Art. 1 Decreto 99.

Pregunta 2)

Respuesta correcta: b.

“La expresión ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”²⁹⁹

Pregunta 3)

Respuesta correcta: a.

“Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas: a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles; b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.”³⁰⁰

Pregunta 4)

Respuesta correcta: c.

Para acceder a los beneficios y prestaciones sociales establecidos en la ley, las personas con discapacidad deberán contar con la certificación de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez a que se refiere el artículo 13 del cuerpo legal y estar inscritas en el Registro Nacional de Discapacidad.³⁰¹

299 Art. 1 Decreto 99.

300 Art. 3, Decreto 99.

301 Art. 4 Ley N° 20.422.

Pregunta 5)

Respuesta correcta: a.

La Ley N° 20.422 señala en su artículo 1 que su objeto es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad.³⁰²

Pregunta 6)

Respuesta correcta: b.

El artículo 11 de la Ley N° 20.422 señala que, en ningún caso, la persona con discapacidad mental podrá ser sometida, contra su voluntad a prácticas o terapias que atenten contra su dignidad, derechos o formen parte de experimentos médicos o científicos.³⁰³ También, en el artículo 12 señala que el Estado promoverá la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia a través de prestaciones o servicios de apoyo, los que se entregarán considerando el grado de dependencia y el nivel socioeconómico del postulante.³⁰⁴

Pregunta 7)

Respuesta correcta: b.

El artículo 5 de la Ley N° 20.609 señala plazo y forma de interposición. La acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión.³⁰⁵

Pregunta 8)

Respuesta correcta: falso

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción

302 Art. 1 Ley N° 20.422.

303 Art. 11 Ley N° 20.422.

304 Art. 12 Ley N° 20.422.

305 Art. 5 Ley N° 20.609.

o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación.

Pregunta 9)

Respuesta correcta: falso

En esta ley no está presente el concepto de discapacidad, sino el de persona con discapacidad: esta última es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.³⁰⁶

Pregunta 10)

Respuesta correcta: verdadero

Esto lo señala el inciso final del artículo 4 de dicha ley: para acceder a los beneficios y prestaciones sociales establecidos en ella, las personas con discapacidad deberán contar con la certificación de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez a que se refiere el artículo 13 del cuerpo legal y estar inscritas en el Registro Nacional de Discapacidad.³⁰⁷

Pregunta 11)

Respuesta correcta: verdadero

Discapacidad e incapacidad no son términos coextensos. La discapacidad en clave de derechos implica abandonar la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad, y reconocer su condición de sujeto de derechos.³⁰⁸

306 Art. 5 Ley N° 20.422.

307 Art. 4 Ley N° 20.422.

308 SEOANE (2011), p. 154.

Pregunta 12)

Respuesta correcta: falso

La Ley N° 20.609 busca restablecer el imperio del derecho cuando hay actos de discriminación arbitraria. Es por ello que señala por discriminación arbitraria y justificaciones razonables, respectivamente, “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”³⁰⁹.

6.1.5 Respuestas capítulo 5

Pregunta 1)

Respuesta correcta: a.

En el uso común, el vocablo “razonamiento” puede denotar indistintamente: (i) un proceso mental: el proceso mental a través del cual se llega a una conclusión o decisión; (ii) un discurso: el discurso con el cual se argumenta o se justifica –se dan razones para sostener– tal conclusión o decisión.³¹⁰

309 Art. 2 Ley N° 20.609.

310 GUASTINI (2014), p. 225.

Pregunta 2)

Respuesta correcta: a.

Se llama en cambio “justificación externa” al conjunto de premisas necesarias y suficientes para fundar las premisas de la justificación interna.³¹¹

Pregunta 3)

Respuesta correcta: c.

La interpretación *no puede*, sin embargo, colmar las lagunas. En caso de que se presente alguna laguna, será después de realizada la interpretación. Para colmarla se debe integrar el derecho, es decir, crear derecho nuevo. La producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es algo conceptualmente distinto de la interpretación de una disposición preexistente. No se trata de interpretación, sino de construcción jurídica.³¹²

Pregunta 4)

Respuesta correcta: c.

Una laguna no abre exactamente un problema interpretativo, sino un problema de otra naturaleza. Por un lado, cuando la laguna se presenta, la interpretación está ya realizada (aunque se podría abandonar la interpretación seleccionada y optar por una interpretación distinta, de manera de evitar la laguna). Por otro lado, una laguna no puede ser colmada por vía de la interpretación: para colmarla laguna es necesario “integrar” o completar el ordenamiento jurídico, mediante la introducción de una nueva norma.³¹³

Pregunta 5)

Respuesta correcta: b.

Para resolver una antinomia hay que “eliminar” o al menos derrotar una (o ambas) de las dos normas en conflicto. La eliminación o derrota son cosas que atañen a la producción del derecho, antes que a la interpretación³¹⁴, aplicándose el principio cronológico: la norma

311 GUASTINI (2014), p. 213.

312 GUASTINI (2014), p. 145.

313 GUASTINI (2014), p. 144.

314 GUASTINI (2014), p. 124.

posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat legi priori*).³¹⁵ También puede aplicarse el principio jerárquico: la norma superior invalida la inferior (*lex superior derogat legi inferiori*).³¹⁶ A diferencia de los criterios *lex posterior* y *lex superior*, el criterio *lex specialis* no está prescrito en general por norma positiva alguna: la mayoría de las veces es fruto de construcción jurídica.³¹⁷ Ahora bien, una norma especial puede, según los casos, constituir una *especificación* de la norma general, o puede plantear una excepción a la norma general.³¹⁸

Pregunta 6)

Respuesta correcta: b.

Entendemos “lenguaje claro” como el lenguaje jurídico cuidado, sencillo y comprensible. Lo concebimos como una *puerta de entrada* a la democracia: todos deben tener acceso a los textos redactados por las autoridades, y este acceso no es un sólo el acto físico de estar disponibles en un lugar, sino que significa el acceso a la *comunicación* con alguien.³¹⁹

Pregunta 7)

Respuesta correcta: c.

Jorge Malem señala que el error judicial implica la existencia de una violación de sus límites que es la arbitrariedad.³²⁰ Por lo tanto, importa poco que la equivocación del juez se deba a su propio dolo, culpa o falta de diligencia. Además, es indiferente el nivel jerárquico, desde el punto de vista de la estructura judicial, en el que se produce dicha equivocación. Tampoco es necesario que el error sea evidente o manifiesto, ni que haya causado daño a una de las partes del proceso, ni que el supuesto perjudicado carezca de recursos procesales para su solución. Estas pueden ser condiciones necesarias para que el error judicial se vuelva indemnizable, pero no afecta a su concepto en sentido amplio.³²¹

315 GUASTINI (2014), p. 125.

316 GUASTINI (2014), p. 125.

317 GUASTINI (2014), p. 129.

318 GUASTINI (2014), p. 130.

319 GUASTINI (2014), p. 123.

320 MALEM et al. (2009), p. 13.

321 MALEM et al. (2009), p. 13.

Pregunta 8)

Respuesta correcta: verdadero

Hay que decir, por si no fuese obvio, que esta definición refiere a un razonamiento “atómico” (microrrazonamiento). No obstante, con frecuencia sucede que una pluralidad de razonamientos atómicos están entrelazados unos con otros, de manera que producen un razonamiento “molecular”, un macrorrazonamiento o cadena de razonamientos, donde la conclusión de un razonamiento atómico desempeña el papel de premisa en otro razonamiento atómico.³²²

Pregunta 9)

Respuesta correcta: falso

En el lenguaje de los juristas –y también, por otra parte, en el lenguaje de las fuentes del derecho– el vocablo “norma” es ampliamente usado en referencia tanto a los *enunciados* que se encuentran en las fuentes del derecho, como a su *significado*. A veces, se llama normas a los enunciados prescriptivos; otras veces, se llama normas a los significados de tales enunciados. No obstante, hay que distinguir cuidadosamente las dos cosas –el enunciado y el significado– y en tal propósito, convenimos en adoptar dos términos distintos. De ahora en adelante, llamaremos (i) “disposición” a todo enunciado normativo contenido en una fuente del derecho y (ii) “norma”, no al enunciado en sí, sino a su contenido de significado.³²³

Pregunta 10)

Respuesta correcta: verdadero

La disposición es *objeto* de la interpretación, la norma es su *resultado*.³²⁴

Pregunta 11)

Respuesta correcta: falso

Conjunto de premisas necesarias y suficientes para fundar las premisas de la decisión (el contenido del dispositivo).³²⁵

322 GUASTINI (2014), pp. 225-226.

323 GUASTINI (2014), p. 77.

324 GUASTINI (2014), p. 78.

325 GUASTINI (2014), p. 213.

Pregunta 12)

Respuesta correcta: verdadero

Importa poco que la equivocación del juez se deba a su propio dolo, culpa o falta de diligencia. Y es indiferente además cuál sea el nivel jerárquico, desde el punto de vista de la estructura judicial, en el que se produce dicha equivocación. Tampoco es necesario que el error sea evidente o manifiesto, ni que haya causado daño a una de las partes del proceso, ni que el supuesto perjudicado carezca de recursos procesales para su solución. Estas pueden ser condiciones necesarias para que el error judicial se vuelva indemnizable, pero no afecta a su concepto en sentido amplio.³²⁶



Glosario Bibliografía

Glosario

Capítulo 1

A Actividades: es la realización de una tarea o acción por una persona.³²⁷ Por ejemplo, caminar o correr.³²⁸

Atención sanitaria: es un concepto médico. Son los servicios que reciben las personas o las comunidades para promover, mantener, vigilar o restablecer la salud.³²⁹

Barreras físicas y sociales: son barreras que pertenecen a los factores ambientales que interactúan con los componentes de Estructuras y Funciones Corporales, y Actividades y Participación.³³⁰ El *constructo* básico de los factores ambientales está constituido por el efecto facilitador o de barrera de las características del mundo físico, social y actitudinal.³³¹ Atendiendo a la definición de discapacidad como una interacción entre la condición de salud de una persona y los factores contextuales y externos, un entorno con barreras, o sin facilitadores, restringe el desempeño/realización del individuo; mientras que otros entornos que sean más facilitadores pueden incrementarlo. La sociedad puede dificultar el desempeño/realización de un individuo tanto porque crea barreras (ej. edificios inaccesibles) o porque no proporciona elementos facilitadores (ej. baja disponibilidad de dispositivos de ayuda).³³²

C Capacidad: es la aptitud de un individuo para realizar una tarea o acción. Este *constructo*³³³ tiene por objeto indicar el máximo nivel probable de funcionamiento que una persona puede alcanzar en un dominio y en un momento dado. En consecuencia, resulta necesario disponer de un contexto/entorno normalizado que neutralice el diferente efecto de los diversos contextos/entornos en la capacidad del individuo. Este contexto/entorno puede ser llamado *uniforme* o *normalizado*. Por tanto, la capacidad refleja la habilidad ajustada en función del ambiente del individuo. Este ajuste, desde la perspectiva de la OMS, debe ser igual para todas las personas y en todos los países, para que se puedan establecer comparaciones internacionales. La separación entre capacidad y desempeño/realización refleja la diferencia entre los efectos del contexto/entorno real y el uniforme, proporcionando una guía útil sobre lo que puede hacerse en el contexto/entorno

327 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 15.

328 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 5.

329 AURENQUE (2017).

330 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18.

331 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 9.

332 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18.

333 Aun cuando el sustantivo inglés *construct* posee, en el presente contexto, el significado de “concepto teórico” o “idea”, hemos preferido emplear para su traducción en la CIF el término *constructo* (en cursivas). La razón ha sido la especial relevancia que el término tiene en esta clasificación, puesto que se emplea para designar unas entidades teóricas que ocupan un lugar específico dentro de su estructura jerárquica, y que por lo tanto, precisan diferenciarse de términos que, como “concepto” o “idea”, se utilizan también en ella con un significado general. Véase Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 3.

del individuo para mejorar su desempeño/realización. Tanto el calificador de capacidad como el de desempeño/realización pueden ser usados con o sin dispositivos de ayuda o con asistencia de terceras personas.³³⁴

CIE-10: dentro de las clasificaciones internacionales de la OMS, los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, etc.) se clasifican principalmente en la CIE-10³³⁵. La décima revisión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud es la más reciente de una serie que inició su formalización en 1893 como Clasificación de Bertillon o Lista Internacional de Causas de Defunción. Si bien el título se ha modificado para expresar con mayor claridad el contenido y finalidad, y para reflejar el ensanchamiento de los traumatismos, se decidió conservar la sigla “CIE”, que ya se ha vuelto familiar.³³⁶ La clasificación se presenta a su vez en tres volúmenes: lista tabular; manual de instrucciones; índice alfabético.³³⁷

CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. La CIF pertenece a la “familia” de clasificaciones internacionales desarrolladas por la OMS, que pueden ser aplicadas a varios aspectos de la salud. Dentro de las clasificaciones internacionales de la OMS, los estados de salud se clasifican principalmente en la CIE-10, que brinda un marco conceptual basado en la etiología.³³⁸ Así, la CIF adopta una posición neutral en relación con la etiología, de manera que queda en manos de los investigadores en medicina desarrollar relaciones causales utilizando los métodos científicos apropiados.³³⁹ Constituye una revisión de la Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), que fue publicada inicialmente por la OMS con carácter experimental en 1980. En este contexto, la CIF ha pasado de ser una clasificación de “consecuencias de enfermedades” (versión 1980) a una clasificación de “componentes de salud”.³⁴⁰ El objetivo principal es brindar un lenguaje unificado y estandarizado dentro de un marco conceptual que permita la descripción de la salud y de los estados “relacionados con la salud”.³⁴¹ Dicho esto, la clasificación mantiene un concepto amplio de salud y no cubre circunstancias que no están relacionadas con ella, tales como las originadas por factores socioeconómicos. La CIF no versa únicamente sobre personas con discapacidades. Tiene aplicación universal y es válida para todas las personas. Con todo, no hay que confundirse, pues la CIF no clasifica personas, sino que describe la situación de cada persona dentro de un conjunto de dominios de la salud o dominios “relacionados con la salud”.³⁴²

Compín: Comisión de Medicina Preventiva o Invalidez, cumple con una serie de funciones técnico-administrativas heredadas de las antiguas Comisiones Médicas del ex Servicio Nacional de salud (SNS), y del ex Servicio Médico Nacional de Empleados (Sermena).³⁴³ La labor de las Compín consiste en constatar, evaluar, declarar o certificar el estado de salud de las personas,

334 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 16.

335 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 4.

336 Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (1992), p. 1.

337 Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (1992), pp. 2-3.

338 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 4.

339 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 5.

340 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 4.

341 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 3.

342 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 10.

343 Gobierno de Chile. Manual de Proceso de los Trámites y Beneficios de las COMPIN (2008), p. 4.

su capacidad de trabajo y recuperabilidad de su estado patológico, permitiendo con ello el acceso a beneficios estatuarios, laborales, asistenciales y/o previsionales. Además, dictamina que las autoridades administrativas y/o los empleadores adopten medidas que las leyes y reglamentos establecen en tales situaciones.³⁴⁴ Aunque las funciones son diversas, la mayor parte de ellas están insertadas en el contexto de la protección social en la salud, requiriendo para ello de la evaluación del estado de salud de las personas.³⁴⁵ Para efectos prácticos es posible ordenar sus funciones en cinco grupos; (1) evaluación y pronunciamiento por incapacidades transitorias (2) evaluación y pronunciamiento por incapacidades permanentes, (3) pronunciamientos técnico-administrativos, (4) certificación de la discapacidad, (5) registro y venta de talonarios de licencias médicas.³⁴⁶

Componente individual: es uno de los niveles en que están organizados los factores ambientales y corresponde al ambiente inmediato del individuo, incluyendo espacios tales como el hogar, el lugar de trabajo o la escuela. En este nivel están incluidas las propiedades físicas y materiales del ambiente con las que un individuo tiene que enfrentarse, así como el contacto directo con otras personas tales como su familia, amigos, compañeros y desconocidos.³⁴⁷

Condición de salud: algunas veces figura como “estados de salud”. Se trata de un término genérico que incluye enfermedad (aguda o crónica), trastorno, traumatismo o lesión. Además puede incluir otras circunstancias como embarazo, envejecimiento, estrés, anomalías congénitas o predisposiciones genéticas. Por lo tanto, es toda alteración o atributo en la salud de un individuo que puede generar dolor, sufrimiento o interferencia con las actividades diarias o que puede llevar a contactar con servicios de salud o con servicios comunitarios/sociales de ayuda.³⁴⁸ El concepto de condición de salud modifica el concepto restringido y errado biomédico-lineal de causa y efecto que señala que la discapacidad únicamente se manifiesta como producto de una deficiencia física, sensorial o psíquica. En este sentido, las deficiencias deben ser parte de una expresión de un estado de salud, pero no indican necesariamente (en todos los casos) que exista una enfermedad o que el individuo deba ser considerado como un enfermo³⁴⁹, pues a menudo las deficiencias son identificadas como síntomas o señales de las condiciones de salud.³⁵⁰ Por último, la salud y los estados relacionados con la salud, asociados con cualquier condición, son descritos por la CIF³⁵¹ sin perjuicio de que los estados de salud se clasifiquen principalmente en la CIE-10.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo: adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, promulgada el 17 de septiembre de 2008 y ratificada el 25 de

-
- 344 Gobierno de Chile. Manual de Proceso de los Trámites y Beneficios de las COMPIN (2008), p. 4.
345 Gobierno de Chile. Manual de Proceso de los Trámites y Beneficios de las COMPIN (2008), p. 4.
346 Gobierno de Chile. Manual de Proceso de los Trámites y Beneficios de las COMPIN (2008), pp. 5-6.
347 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18.
348 Discapacidad en Chile. Pasos hacia un modelo integral del funcionamiento humano, p. 12.
349 Discapacidad en Chile. Pasos hacia un modelo integral del funcionamiento humano, p. 12.
350 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud.
351 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001).

agosto de 2008.³⁵² En ella se reconocen los derechos de todo individuo, en especial para las personas con discapacidad, a fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Además, establece la obligación de los Estados partes consistente en la adopción de medidas pertinentes para asegurar a dichas personas el acceso a la igualdad de condiciones con los demás, a la información y a las comunicaciones, junto a la instauración de normas que contribuyan a eliminar la discriminación de las personas con discapacidad y se promuevan la inclusión social, educativa, participativa, laboral y de accesibilidad universal. Por lo tanto, se pretende la instauración de normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en lo que refiere a la promoción, la formulación y la evaluación de planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar mayores oportunidades a las personas con discapacidad.³⁵³

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad: adoptada el 7 de junio de 1999 en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y publicada el 20 de junio del 2002.³⁵⁴ Esta Convención persigue que los Estados partes eliminen progresivamente toda forma de discriminación que vaya en contra de la dignidad, trato y ejercicio de los derechos de las Personas con Discapacidad. Ello se logra través de las instrucciones propuestas por esta Convención como la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad; la promoción de la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración. Además propone medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan. Finalmente entrega herramientas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la Convención, y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitadas para hacerlo.³⁵⁵

D Deficiencia: es una una desviación a la “norma” generalmente aceptada en relación al estado biomédico y sus funciones.³⁵⁶ Son definidas como problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa de una función corporal o una pérdida anatómica (de una estructura corporal) que son asociadas a las condiciones de salud.³⁵⁷ Las desviaciones han sido conceptualizadas de manera que su descripción concuerda con los conocimientos que se manejan respecto de la constitución de los tejidos o células, como sobre la composición a nivel celular o

-
- 352 Véase decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=278018&idParte=0&idVersion=>
- 353 Documento disponible en https://www.senadis.gob.cl/pag/291/1547/constitucion_politica_y_tratados_internacionales_en_materia_de_discapacidad
- 354 Documento disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=199523>
- 355 Documento disponible en https://www.senadis.gob.cl/pag/291/1547/constitucion_politica_y_tratados_internacionales_en_materia_de_discapacidad
- 356 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 14.
- 357 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 13.

molecular.³⁵⁸ Las deficiencias se caracterizan por ser temporales o permanentes; progresivas, regresivas o estáticas; intermitentes o continuas; leves o graves, pudiendo fluctuar en el tiempo. Además, una deficiencia puede derivar en otras deficiencias. Por último, es importante notar que el concepto de deficiencia es más amplio que el trastorno o enfermedad, debiendo relacionarse con la noción de condición de salud o discapacidad, donde las deficiencias deben ser parte o una expresión de un estado de salud, pero sin indicar necesariamente la presencia de una enfermedad o que el individuo pueda ser considerado como un enfermo.³⁵⁹

Desempeño/realización: el calificador desempeño/realización describe lo que una persona hace en su contexto/entorno actual. Como el contexto/entorno actual incluye un contexto social, el desempeño/realización puede ser también entendido como “el acto de involucrarse en una situación vital” o “la experiencia vivida” de las personas en donde se desenvuelven.³⁶⁰ Un problema con el desempeño/realización puede deberse directamente al entorno social, incluso cuando el individuo no presenta ninguna deficiencia.³⁶¹ Tanto el calificador de capacidad como el calificador de desempeño/realización pueden ser usados con (o sin) dispositivos de ayuda o con (o sin) la asistencia de terceras personas.³⁶²

Discapacidad: la discapacidad no está definida en la ley chilena. Es un concepto médico y como tal, un concepto complejo que evoluciona. Es dinámico, multidimensional y objeto de discrepancia.³⁶³ Por lo general se señala que es el resultado de una compleja relación entre la condición de salud de una persona y sus factores personales y externos que representan las circunstancias en que vive esa persona (factores contextuales). Como concepto genérico, en consecuencia, engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación, pero con esto debemos considerar, que no toda deficiencia implica una discapacidad (revisar concepto de deficiencia).³⁶⁴ En este sentido, tanto el concepto de discapacidad como el de funcionamiento se conciben como una interacción dinámica entre las condiciones o estados de salud y los factores contextuales. La peculiaridad de una persona en situación de discapacidad es que, para describir su estado, se usan los aspectos negativos de su condición de salud.³⁶⁵

E Enfermedad: la OMS define enfermedad como una alteración o desviación del estado de salud fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos y cuya evolución es más o menos previsible.³⁶⁶ Sabemos que el concepto de enfermedad está incluido en la condición de salud (véase condición de salud), pero así mismo, discapacidad no debe ser incluida dentro de la enfermedad. No toda condición de salud es una discapacidad, pues ésta surge a partir de la relación compleja entre la condición de salud y los factores contextuales.

-
- 358 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 13.
359 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 14.
360 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 15.
361 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 17.
362 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 16.
363 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), p. 4.
364 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 20.
365 Discapacidad en Chile. Pasos hacia un modelo integral del funcionamiento humano, p. 13.
366 HERRERO (2016).

Estados de salud: véase condiciones de salud.

Estructuras corporales: son las partes anatómicas del cuerpo tales como los órganos, las extremidades y sus componentes. Pese a que son diferentes a las funciones corporales (como respirar o secretar insulina), ambas están diseñadas para usarse paralelamente. Por ejemplo, las funciones corporales incluyen los sentidos básicos humanos, como es el caso de las funciones visuales y de las estructuras relacionadas con ellas que aparecen como los ojos y sus estructuras afines.³⁶⁷

F Factores ambientales: constituyen el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y desarrollan sus vidas. Los factores son externos a los individuos y pueden tener una influencia negativa o positiva en su desempeño/realización como miembro de la sociedad, en su capacidad o en sus estructuras y funciones corporales.³⁶⁸ Los factores ambientales están organizados en la clasificación de la CIF contemplando dos niveles distintos, el individual, y el de servicio y sistemas.

Factores contextuales: representan el trasfondo total tanto de la vida de un individuo como de su estilo de vida. Incluyen a los factores ambientales y personales que pueden tener un efecto en la persona con una condición de salud, la salud y en los estados “relacionados con la salud” de esta persona.³⁶⁹

Factores personales: los factores personales constituyen el trasfondo particular de la vida de un individuo y de su estilo de vida. Están compuestos por características de la persona que no forman parte de una condición o estado de salud. Estos factores pueden incluir el sexo, la edad, la forma física, los estilos de vida, los hábitos, los “estilos de afrontamiento” (*coping styles*), el trasfondo social, la educación, la profesión, las experiencias actuales y pasadas, los patrones de comportamiento globales y el tipo de personalidad, los aspectos psicológicos personales y otras características. Los factores personales no se clasifican en la CIF. Sin embargo, están incluidos para mostrar su contribución, que puede tener un efecto en el resultado de varias interacciones.³⁷⁰

Funcionamiento: se puede considerar como un término global que hace referencia a todas las funciones corporales, actividades y acciones de participación.³⁷¹ El funcionamiento y la discapacidad de una persona se conciben como una interacción dinámica entre los estados de salud y factores contextuales. En el caso del funcionamiento, se indican aspectos no problemáticos (por ejemplo, neutrales) de la salud y aspectos relacionados con la salud.³⁷²

Funciones corporales: son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales incluyendo las *funciones psicológicas*. Están diseñadas para usarse paralelamente a las estructuras corporales (ver concepto de estructuras corporales).³⁷³ Son funciones corporales respirar, secretar insulina, desplazarse, percibir la realidad del entorno, entre otras.

367 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 13.

368 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18.

369 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18.

370 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), pp. 18-19.

371 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 3.

372 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 9.

373 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 13.

L Limitaciones a la actividad: son dificultades que una persona puede tener en el desempeño/realización de las actividades.³⁷⁴

Limitaciones a la participación: son problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales.³⁷⁵

P Paciente sano: es un concepto médico que se refiere a la persona que recibe atención sanitaria pero que no padece una enfermedad y/o que no se autopercebe como enfermo.³⁷⁶

Paciente: es un concepto médico que designa a la persona que recibe atención sanitaria. Se utiliza el término paciente en lugar de cliente, residente o consumidor, si bien se admite que es posible que muchos receptores de atención sanitaria, como una embarazada sana o un niño al que se vacuna, no sean considerados pacientes o no se vean a sí mismos como tales. La atención sanitaria incluye el cuidado de la salud por uno mismo.³⁷⁷

Participación: concepto médico que hace referencia al acto de involucrarse en una situación vital.³⁷⁸

Problemas del funcionamiento: la CIF se refiere a los problemas de funcionamiento humano como tres categorías vinculadas entre sí, las deficiencias, las limitaciones a la actividad y las restricciones a la participación.³⁷⁹

R Registro Nacional de Discapacitados: el Servicio de Registro Civil e Identificación administra el Registro Nacional de la Discapacidad, donde se reúnen los antecedentes de todas las personas que han sido declaradas con discapacidad por el Compin (Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez) y que hayan expresado su voluntad de ser inscritas. El registro mantiene los antecedentes de las personas jurídicas y las organizaciones de rehabilitación, productivas, educativas, de capacitación, de beneficencia, gremiales, sindicales y en general aquellas que se desempeñen o relacionen con personas con discapacidad, para gozar de los beneficios que la ley les otorga por su labor.³⁸⁰

S Servicios y sistemas: son estructuras sociales formales e informales existentes en la comunidad o a cultura, que tienen un efecto en los individuos. Este nivel incluye organizaciones y servicios relacionados con el entorno laboral, actividades comunitarias, agencias gubernamentales, servicios de comunicación y transporte, redes sociales informales y también leyes, regulaciones, reglas formales e informales, actitudes e ideologías.³⁸¹

374 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 15.

375 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 15.

376 AURENQUE (2017).

377 Marco Conceptual de la Clasificación Internacional para la Seguridad del Paciente de la Organización Mundial de la Salud. Informe Técnico Definitivo versión 1.1 (2009), p. 15.

378 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 15.

379 Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud, p. 5.

380 Documento disponible en https://www.ciudadaccesible.cl/?page_id=23.

381 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (2001), p. 18.

Capítulo 2

D Derecho a la salud: el derecho a la salud no significa el derecho a estar sano o a recuperar la salud, porque eso puede ser imposible. Por ejemplo, una enfermedad incurable es, pues, incurable. El sólo hecho de padecerla no implica que se vulneró o vulnera su derecho a la salud. Por lo tanto, el derecho a la salud consiste en el derecho a recibir prestaciones médico-sanitarias.³⁸² Su objeto está constituido por las obligaciones que imperan sobre los destinatarios del mismo, primordialmente el Estado.³⁸³

Derecho a la vida como el derecho a que no nos maten: es la cuarta concepción del derecho a la vida. Esta concepción del derecho a la vida es generalmente acompañada por la doctrina nacional de que el aborto se encuentra prohibido. Pues bien, si conforme a esa doctrina mayoritaria el aborto se encuentra prohibido siempre en atención a que el *nasciturus* es persona y tiene derecho a la vida, eso significa que el derecho a la vida del *nasciturus* se entiende como no matar nunca, de modo absoluto. En consecuencia, tratándose del *nasciturus*, la mayoría de la doctrina nacional entiende el derecho a la vida como el derecho a que no lo maten.³⁸⁴ De acuerdo con Figueroa, los argumentos para rechazar esta concepción son los siguientes: (i) Esa perspectiva es errada porque el *nasciturus* no tiene derecho a la vida, por tanto, no tiene sentido pensar si ese derecho es absoluto o no. (ii) No parece razonable suscribir una concepción del derecho a la vida que se desdobra en dos dependiendo del supuesto titular: si ha nacido, su derecho es relativo y si no ha nacido, su derecho es absoluto. Los derechos constitucionales deben significar lo mismo para todas las personas. (iii) Suponiendo, sólo para efectos de la discusión, que el *nasciturus* tuviera derecho a la vida, es posible reconstruir dogmáticamente otras hipótesis de justificación aplicables a él, distintas de la legítima defensa o la pena de muerte. Por ejemplo, en lo concerniente al estado de necesidad defensivo, Roxin lo admite expresamente en la forma que él llama perforación, que consiste en matar al niño para salvar a la madre. (iv) Suponiendo –igualmente– que el *nasciturus* tuviere derecho a la vida, es necesario recordar que nunca es aceptable, desde el punto de vista de la dogmática constitucional, que un derecho sea absoluto, en el entendido (como dice Alexy) que no admita ponderación frente a otros derechos.³⁸⁵

Derecho a la vida como el derecho a que no nos maten arbitrariamente: esta es la concepción del derecho a la vida a la que adhiere Figueroa, la cual parte de la base de que el objeto del derecho a la vida no es la vida como una realidad fenoménica sino una conducta de terceros, la de matar arbitrariamente a otro. En consecuencia, esta concepción del derecho a la vida distingue el derecho a la vida de la vida. Esta distinción no es frecuente en la literatura jurídica nacional, la que por lo general asume que el derecho a la vida tiene por objeto la vida como realidad fenoménica.³⁸⁶ Atendiendo esta concepción, advertimos que el objeto del derecho corresponde a la conducta de terceros, que consiste en la obligación de no matar arbitrariamente. El objeto no alude a la conducta del titular.³⁸⁷ Esto significa que si el titular se quita la vida, no infringe su derecho a la vida, porque su conducta no guarda relación conceptual ni dogmática con el derecho. Si

382 FIGUEROA (2013), p. 295.

383 FIGUEROA (2013), p. 283.

384 FIGUEROA (2013), p. 276.

385 FIGUEROA (2013), p. 278.

386 FIGUEROA (2013), p. 262-263

387 FIGUEROA (2013), p. 264.

el derecho a la vida significa el derecho a que otro no nos mate arbitrariamente, el acto de disposición de la vida de parte del titular de ella no posee relevancia jurídica. Así pues, un sujeto puede disponer de su vida sin que ello infrinja el derecho constitucional. Esto permite advertir que ni el suicidio ni la huelga de hambre ni la muerte infringen el derecho a la vida. En efecto, si una persona muere sin que la maten arbitrariamente –por ejemplo, muere porque la matan de modo justificado como sería en legítima defensa, o muere de una enfermedad inevitable– no se vulnera su derecho a la vida.³⁸⁸

Derecho a la vida como el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato: esta es la tercera concepción de derecho a la vida que menciona Figueroa, desarrollada por Thomson. Se trata de aquella según la cual el derecho a la vida incluye tener derecho a que nos entreguen aquello que mínimamente uno necesita para que la vida continúe.³⁸⁹ Los argumentos para rechazar esta concepción son: (i) ¿Qué ocurre si, el mínimo necesario que una persona necesita para seguir viviendo, esta no tiene derecho a obtenerlo? (como necesitar la fresca mano de Henry Fonda para mi fiebrada frente)³⁹⁰; (ii) esta forma de entender el derecho a la vida permitiría pensar en innumerables situaciones en las cuales alguien tendría un derecho a recibir algo si con ello salvara su vida y, correlativamente, colocaría a las demás personas en innumerables situaciones de tener obligaciones frente a terceros. Esto ocurre porque esta perspectiva funda el derecho a la vida en la causalidad de mantención de la vida. El problema es que la causalidad atrapa a todas las personas que puedan salvar a alguien³⁹¹; (iii) debe rechazarse esta amplísima concepción del derecho a la vida porque equipara derecho a la vida con un supuesto derecho a *estar sano o a sanarse*. Conforme a esta visión del derecho a la vida, todas esas personas que podrían salvar a otros serían jurídicamente responsables de la muerte de los enfermos. Sin embargo, nadie tiene la obligación de asegurar la salud o el restablecimiento de ella para un tercero, ni evitar que muera. Por estas consideraciones debe rechazarse esta amplísima forma de entender el derecho a la vida.³⁹²

Derecho a la vida como el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad: una segunda concepción del derecho a la vida, según Figueroa. Esta concepción no puede compartirse por varias consideraciones obvias: (i) Vivir bien es una idea imprecisa. Todos tenemos distintas cosmovisiones sobre qué es vivir bien. Vivir bien puede significar vivir bajo ciertas condiciones materiales de existencia, aunque el modo de conseguirlas pueda ser algo indigno. Para otros, vivir bien puede significar lograr metas o vivir gracias al sacrificio personal.³⁹³ Vivir bien es algo distinto para una persona religiosa, para un liberal, para un utilitarista, para un hedonista, etcétera³⁹⁴; (ii) fácil es advertir que la dignidad y las condiciones materiales y espirituales de la existencia humana pueden no tener nada que ver con el Estado ni con la conducta de terceros; (iii) vivir bien, seguramente, depende de la una serie considerable de factores que el Estado no puede asegurar.³⁹⁵

388 FIGUEROA (2013), p. 270.
389 FIGUEROA (2013), p. 273.
390 FIGUEROA (2013), p. 273.
391 FIGUEROA (2013), p. 273.
392 FIGUEROA (2013), p. 274.
393 FIGUEROA (2013), p. 271.
394 FIGUEROA (2013), p. 272.
395 FIGUEROA (2013), p. 272.

Derecho a la vida como el derecho a vivir, a permanecer con vida: primera concepción, según Figueroa. Sostiene que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida o seguir viviendo.³⁹⁶ Pues bien, esta concepción no constituye una buena aproximación dogmática al concepto de derecho a la vida, por varias consideraciones: (i) Tener un derecho a vivir o a permanecer vivo implicaría un derecho a no morir; (ii) muchos factores pueden conducir a que una persona no pueda seguir viviendo o permanecer con vida. Por ejemplo, podría padecer una enfermedad incurable. En ese caso, la muerte se produciría inevitablemente sin que ese resultado sea imputable a la conducta de terceros ni del Estado. Habría que concluir que en el caso de la enfermedad incurable se vulneró el derecho a la vida de una persona, lo que no tiene sentido³⁹⁷; (iii) los derechos deben ser entendidos de un modo en que sean asegurados por el Estado. Por lo tanto, no podemos entender el derecho a la vida como el derecho a vivir porque el Estado no puede asegurar vivir, en razón de que los seres humanos no son inmortales.³⁹⁸

○ **Objeto de un derecho:** siguiendo a Alexy, el objeto de un *derecho a algo* nunca puede ser una conducta de su titular ni una cosa o entidad.³⁹⁹ Un derecho a algo implica siempre una relación jurídica con otros sujetos. Tampoco puede ser objeto de un derecho una cosa o entidad, pues el derecho se estructuraría como una relación diádica entre el titular u la cosa.⁴⁰⁰ De acuerdo con la teoría de Alexy, los derechos a algo suponen relaciones triádicas que involucran la conducta de terceros. Dicha relación se representa como $DabG$, donde: a es el titular, b es el destinatario, G es el objeto del derecho y D simboliza la relación entre esos tres elementos, en el sentido de que a tiene frente a b un derecho a G . El objeto del derecho, G , consiste en la conducta que el destinatario b debe ejecutar. Si G fuera la conducta del titular del derecho, entonces la conducta de b no estaría vinculada por el derecho del titular y eso tornaría en trivial a ese derecho, pues si la conducta de b no estuviera regulada por el derecho, b podría hacer lo que estimara pertinente, pudiendo perjudicar el derecho de a . En cambio, incorporando a b en la relación, G determina qué conductas puede ejecutar b , y eso es lo que le da sentido al derecho de a .⁴⁰¹

Obligación primaria de respetar: significa que el Estado y sus agentes deben abstenerse de lesionar un derecho. Es una obligación de carácter negativo.⁴⁰²

Obligación secundaria de proteger: significa que el Estado y sus agentes deben adoptar medidas concretas para impedir que terceros priven al titular de su derecho. Este concepto comprende muchas obligaciones de carácter positivo, necesarias para impedir que terceros transgredan el derecho del titular.⁴⁰³

Obligación terciaria de satisfacer-cumplir: significa que el Estado debe realizar acciones concretas para lograr el goce efectivo y pleno del derecho.

396 FIGUEROA (2013), p. 268.

397 FIGUEROA (2013), p. 269.

398 FIGUEROA (2013), p. 270.

399 FIGUEROA (2013), p. 263.

400 FIGUEROA (2013), pp. 263-264.

401 FIGUEROA (2013), p. 264.

402 FIGUEROA (2008), p. 296.

403 FIGUEROA (2008), p. 296.

Esta categoría también comprende obligaciones de carácter positivo, y probablemente son muchas.⁴⁰⁴

T Titular de un derecho: la titularidad de los derechos fundamentales corresponde a la condición jurídica de ser sujeto activo o beneficiario actual de algún derecho o libertad fundamental consagrada en la constitución y/o en alguno de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁴⁰⁵. La titularidad es distinta a la capacidad de ejercer derechos fundamentales. En el derecho constitucional la regla general es que todas las personas son capaces de ejercer sus derechos fundamentales⁴⁰⁶.

Capítulo 3

A Analogía: juicio comparativo que permite resolver un problema empírico. La conclusión del razonamiento es una probabilidad, porque la analogía es una inducción que no garantiza la verdad de la conclusión. El razonamiento analógico es, entonces, empírico. No hay valoraciones o normas implicadas, salvo la regla de relevancia implícita en el listado de propiedades que permite fundar una estimación de probabilidad.

D Discriminación positiva: también se denomina discriminación a la inversa o acciones afirmativas o positivas. Su origen se encuentra en el derecho norteamericano. Buscan superar una historia de discriminación racial y sexual, así como otras situaciones de marginación y discriminación.⁴⁰⁷ Se denomina precisamente discriminación inversa porque pretende superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento. Pueden presentarse como lesivas de la igualdad y, al mismo tiempo, como medidas razonables para alcanzar la igualdad. En determinadas circunstancias en que aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otros, si mediante la acción afirmativa se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento igualitario que recae sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician.⁴⁰⁸

F Falacia naturalista: se refiere a la imposibilidad lógica de inferir el deber ser a partir del ser. Esta falacia es una inferencia que muchos críticos imputan al iusnaturalismo. Ella ha generado un amplio debate, tanto sobre la pertinencia de dicha imputación como sobre la validez lógica de la ley de Hume.⁴⁰⁹ El nombre se debe a los primeros autores analíticos que se ocuparon de esta conclusión (Hare, Prior, Nowell-Smith), quienes atribuyeron a David Hume la regla lógica que prohíbe inferir conclusiones morales o normativas desde premisas fácticas.⁴¹⁰

I Igualdad: desde un punto de vista lógico, el concepto de igualdad significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes. Esta categoría es distinta de la identidad, que entraña la coincidencia absoluta de un ente

404 FIGUEROA (2008), p. 296.

405 GARCÍA et al. (2014), p. 869.

406 GARCÍA et al. (2014), p. 873.

407 NOGUEIRA (2006), p. 90.

408 NOGUEIRA (2006), pp. 90-91.

409 WIDOW (2015), p. 416.

410 WIDOW (2015), p. 415.

consigo mismo, y de la semejanza, que evoca la mera afinidad o aproximación entre diferentes entes.⁴¹¹

Igualdad ante la ley: refiere a la eficiencia de los mandatos de la igualdad en la aplicación de la ley en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares.⁴¹²

Igualdad en la ley: refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficiencia vinculante frente al legislador.⁴¹³

Igualdad formal: la igualdad formal suele identificarse con la exigencia jurídico-política sintetizada en el principio de la igualdad ante la ley. Dicho principio supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho.⁴¹⁴ Este constituye un postulado fundamental del Estado liberal de derecho y fue enunciado por Leibholz como el reconocimiento de la identidad del estatuto uridico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho.⁴¹⁵

Igualdad material: el principio de igualdad material es entendido como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.⁴¹⁶ El principio de igualdad material podemos situarlo históricamente en Alemania de Weimar.⁴¹⁷

Igualdad material aritmética: el criterio de la igualdad aritmética es *lo mismo para todos*. Según alguna doctrina, en la igualdad aritmética *igual* significa *idéntico*⁴¹⁸, pero es erróneo, porque el concepto de identidad es específico para las matemáticas.

Igualdad material proporcional: el criterio de la igualdad proporcional es *lo mismo a los mismos* y, por eso, cosas iguales a los iguales y cosas desiguales a los desiguales.

J Justicia conmutativa: en el ámbito de la justicia conmutativa, no se trata, o al menos no inmediatamente, de una relación entre sujetos sino de una relación entre objetos, o entre cosas, en el sentido más amplio. Se pueden distinguir tres casos fundamentales: el de la relación entre pena y culpa o ilícito; aquel entre daño y reintegro; aquel entre prestación y contraprestación.⁴¹⁹

R Razonamiento inductivo: los argumentos inductivos en sentido estricto son apropiados cuando conocemos una serie de casos y resultados (de acuerdo con la posición que ocuparían en el silogismo subsuntivo) y queremos extraer la regla que correlaciona unos con otros. En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie

411 PÉREZ (1987), p. 16-17.

412 NOGUEIRA (2006), p. 63.

413 NOGUEIRA (2006), p. 64.

414 PÉREZ (1987), p. 19.

415 CARMONA (1994), p. 265.

416 CARMONA (1994), p. 265.

417 CARMONA (1994), p. 271.

418 SARTORI (1965), p. 181.

419 ALEXY (2002), p. 161.

limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. En una inducción siempre hay un *salto* de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de unas no nos garantiza la verdad de la otra. La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera.⁴²⁰

T **Teoría de la interseccionalidad:** los orígenes de la interseccionalidad se remontan a la década de los setenta en Estados Unidos, cuando el feminismo negro y chicano hace visibles los efectos simultáneos de discriminación que pueden generarse en torno a la raza, el género y la clase social.⁴²¹ El concepto de interseccionalidad fue acuñado por la jurista Kimberlé Crenshaw, quien lo definió como la expresión de un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas, con el fin de mostrar las diversas formas en que la raza y el género interactúan para dar forma a complejas discriminaciones de mujeres negras en Estados Unidos. Para ejemplificarlo, la autora recurre a la metáfora de cruce de caminos y habla de dobles, triples y múltiples discriminaciones. Asimismo, Crenshaw indaga en dos modos en que opera la interseccionalidad: a nivel estructural y político. La *interseccionalidad estructural* alude a la imbricación de sistemas de discriminación (de género, raza y clase social) que tiene repercusiones específicas en la vida de las personas y los grupos sociales. A partir de esto la autora analiza la experiencia de mujeres afrodescendientes, quienes vivían situaciones de desigualdad en función de su raza, su género y su clase social, de modo simultáneo. Por su parte, la *interseccionalidad política* permite entender cómo las estrategias políticas que sólo se centran en una dimensión de desigualdad marginan de sus agendas a aquellos sujetos y/o grupos cuya situación de exclusión responde a la imbricación de diversos sistemas de opresión. Dichas estrategias, a la vez, reproducirían y reforzarían aquellos sistemas de poder que actúan articuladamente, al no dar cuenta de la heterogeneidad interna de los grupos sociales. Al respecto, la autora estudia algunas sentencias judiciales generadas a partir de las demandas de mujeres afrodescendientes, quienes alegaban discriminación laboral y cuyas causas fueron objetadas por no coincidir con las experiencias de discriminación de mujeres blancas ni de hombres negros, sino que respondían a una situación de discriminación interseccional que el derecho antidiscriminación estadounidense no era capaz de visibilizar.⁴²²

Capítulo 4

C **Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo:** adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, promulgada el 17 de septiembre de 2008 y ratificada el 25 de agosto de 2008.⁴²³ En ella se reconocen los derechos de todo individuo en especial para las personas con discapacidad, a fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Además, establece la obligación a los Estados parte de adoptar las medidas pertinentes para asegurar a estas personas el acceso a la igualdad de condiciones

420 GONZÁLEZ (2019), p. 47.

421 CUBILLOS (2015), p. 121.

422 CUBILLOS (2015), p. 122

423 Documento disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=278018&idParte=0&idVersion=>

con los demás, a la información y a las comunicaciones, junto a la instauración de normas que contribuyan a eliminar la discriminación de las personas con discapacidad y se promueva la inclusión social, educativa, participativa, laboral y de accesibilidad universal. Su objetivo es instaurar normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional.⁴²⁴

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad: adoptada el 7 de junio de 1999 en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y publicada el 20 de junio del 2002.⁴²⁵ Esta Convención persigue que los Estados parte eliminen progresivamente toda forma de discriminación que vaya en contra de la dignidad, trato y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, propone instrucciones propuestas por esta Convención, como la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad; la promoción de la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan. Además, establece medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitadas para hacerlo.⁴²⁶

L Ley N° 20.422: establece las normas sobre la igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Fue publicada el 10 de febrero de 2010 y tiene por objetivo asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y la eliminación de cualquier forma de discriminación fundada en su discapacidad.⁴²⁷ Para ello, precisa lo que se entiende por igualdad de oportunidades: la ausencia de discriminación por razón de discapacidad y la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad, para que participe plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social. Prescribe que el Estado tiene el deber de promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Además, para garantizar este derecho, el Estado debe establecer medidas contra la discriminación, las que consisten en exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso. En consecuencia, la ley establece el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, fija su contenido y señala obligaciones para el Estado a fin de lograr su efectiva vigencia (deber de promover y de garantizar).⁴²⁸ Su texto define conceptos tales

424 Documento disponible en https://www.senadis.gob.cl/pag/291/1547/constitucion_politica_y_tratados_internacionales_en_materia_de_discapacidad

425 Documento disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=199523>

426 Documento disponible en https://www.senadis.gob.cl/pag/291/1547/constitucion_politica_y_tratados_internacionales_en_materia_de_discapacidad

427 Manual sobre la Ley N° 20.422, p. 7.

428 Manual sobre la Ley N° 20.422, p. 9.

como persona con discapacidad, ayudas técnicas, discriminación, entorno, cuidador, servicios de apoyo, ajustes necesarios e igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad.⁴²⁹

Ley N° 20.609: también conocida como ley Zamudio, tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho cuando se cometa un acto de discriminación arbitraria. En ella no se habla de discriminación *per se*, sino de discriminación arbitraria, señalando que por ella entiende toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En consecuencia, se estima que una discriminación es arbitraria cuando se funda en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.⁴³⁰

Ley N° 20.584: regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Fue publicada el 24 de abril de 2012. Sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud. Para el otorgamiento de prestaciones de salud todo prestador deberá haber cumplido las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los procesos de certificación y acreditación, cuando correspondan.⁴³¹ El propósito es lograr el respeto de los prestadores de salud a los derechos de toda persona, en el marco de otorgamiento de una atención de salud.⁴³² Por último, esta ley establece un catálogo de resguardo de derechos fundamentales en el ámbito de la dignidad, de la autonomía-información y un procedimiento general para su resguardo.⁴³³

Ley N° 19.966: establece un régimen de garantías de salud, también conocido como GES (ex AUGE). Fue publicada el 3 de septiembre de 2004 y tiene por objeto garantizar la cobertura de un número de problemas de salud por parte de Fonasa y las Isapre. Cuando el plan comenzó, en julio de 2006, cubría 56 problemas y más tarde aumentó a 69. En julio de 2013 se aumentó a 80 y en octubre de 2019, a 85. Las garantías de salud que contempla la ley son: garantía explícita de acceso, garantía explícita de calidad, garantía explícita de oportunidad y garantía explícita de protección financiera.⁴³⁴

429 Manual sobre la Ley N° 20.422, p. 7-8.

430 Documento disponible en <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-de-no-discriminacion>

431 Documento disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-article-7959.html>

432 Ley de Derechos y Deberes del Paciente, N° 20.584. Documento disponible en <http://www.ssmsso.cl/tmpArchivos/participacion/Escuelas/Leyes/Ley%20de%20Derechos%20y%20Deberes%20de%20los%20pacientes%20Superintendencia%20de%20Salud.pdf>

433 Ley de Derechos y Deberes del Paciente, N° 20.584. Documento disponible en <http://www.ssmsso.cl/tmpArchivos/participacion/Escuelas/Leyes/Ley%20de%20Derechos%20y%20Deberes%20de%20los%20pacientes%20Superintendencia%20de%20Salud.pdf>

434 Guía legal sobre Plan GES o AUGE. Ley de Derechos y Deberes del Paciente, N° 20.584. Documento disponible en [https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-\(ex-auge\)](https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-(ex-auge))

P **Persona con discapacidad:** discapacidad y persona con discapacidad son conceptos distintos. Discapacidad es un adjetivo (la existencia de una discapacidad) y persona con discapacidad un sustantivo (condición de persona).⁴³⁵ Pues bien, hasta el siglo XVIII discurrió la fase de exclusión, en la que la persona con discapacidad era equiparada y tratada como un animal salvaje. Las malformaciones y deficiencias determinaban la consideración de la persona con discapacidad como un monstruo, debiendo ser expulsado de la sociedad. La deformidad y la deficiencia se consideraban una expresión de desorden y, por tanto, de algo antinatural, malo, feo y enfermo; y también, en otras culturas tradicionales, como signo de alejamiento de Dios, como desgracia o castigo divino. La consecuencia es la negación de la condición de persona y su exclusión o supresión, bien mediante su desaparición física, bien apartándola de la vida social.⁴³⁶ En la actualidad, el derecho reconoce que todo ser humano merece el reconocimiento de su condición de persona y toda persona es sujeto de derecho y tiene personalidad jurídica, lo que implica ser titular de derechos y obligaciones y sujeto de relaciones jurídicas. En suma, la persona con discapacidad es un sujeto de derecho. Esta rotundidad teórica y normativa en el reconocimiento jurídico de la condición personal y su equiparación con el resto de personas, convierte al modelo de los derechos en una propuesta conceptual diferente y atractiva para el tratamiento de la discapacidad.⁴³⁷ En consecuencia la discapacidad en clave de derechos implica abandonar la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad, y reconocer su condición de sujeto de derechos.⁴³⁸

Capítulo 5

- A** **Antinomia:** conflicto de normas. Sucede cuando dos normas establecen, para un mismo supuesto de hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias), consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. Dicho de otro modo, existe una antinomia toda vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas, y opuestas, soluciones. El caso, admitiendo dos soluciones, puede ser decidido indistintamente en un modo o en otro. Por tanto, podría suceder que un cierto caso fuese decidido en un determinado modo por parte de una juez, y otro caso análogo al primero fuese decidido en modo opuesto por otro juez. Incluso (¿por qué no?), por el mismo juez en una ocasión sucesiva (en evidente violación del principio de igualdad y del valor de la certeza del derecho).
- C** **Considerando:** segmentos de una sentencia en las que el juez especifica cuáles son las premisas que va a aceptar.⁴³⁹ En la mayoría de los casos, el juez utilizará como premisas de su razonamiento un grupo de normas. Puede ser que, para llegar a ese grupo de normas, se haya visto obligado a realizar varios razonamientos de diverso grado de complejidad. Algunos de estos razonamientos incluirán proposiciones analíticas o definiciones.

435 SEOANE (2011), p. 144.

436 SEOANE (2011), p. 145.

437 SEOANE (2011), p. 151.

438 SEOANE (2011), p. 154.

439 GUARINONI (2001), p. 214.

Asimismo, deberá tener en cuenta las normas de aplicabilidad, que declaran aplicable una norma a un caso cuando hay un cambio de normas jurídicas en el tiempo.

E Error judicial: no está muy claro qué se entiende por error judicial. La posibilidad de que los jueces se equivoquen en sus decisiones parece ser un hecho aceptado en los sistemas jurídicos modernos. Una de las formas de entender la cadena de revisiones, por parte de jueces jerárquicamente superiores a las decisiones de jueces inferiores, es la previsión del sistema a la contingencia de los errores que pudiera cometer el juez inferior. Esto no debe extrañar, ya que surge de la aplicación en el ámbito judicial de la idea de falibilidad humana.⁴⁴⁰ En Chile, el error judicial está reconocido en el art. 19 N° 7 letra i). Jorge Malem señala que el error judicial implica la existencia de arbitrariedad.⁴⁴¹ Por lo tanto, importa poco que la equivocación del juez se deba a su propio dolo, culpa o falta de diligencia. Es indiferente cuál sea el nivel jerárquico en el que se produce dicha equivocación. Tampoco es necesario que el error sea evidente o manifiesto, ni que haya causado daño a una de las partes del proceso, ni que el supuesto perjudicado carezca de recursos procesales para su solución. Estas pueden ser condiciones necesarias para que el error judicial se vuelva indemnizable, pero no afecta a su concepto en sentido amplio.⁴⁴² El error judicial es importante porque una decisión judicial estará bien fundada cuando no padece ninguna de las múltiples formas en que puede presentarse dicho error. Según Genaro Carrío, "nadie ha podido hasta ahora determinar esas condiciones necesarias y suficientes, porque ello es imposible"⁴⁴³.

Estructura de sentencia: teniendo en consideración la legislación y la praxis, los elementos que se presentarán a continuación son los que deberían tener las sentencias, las cuales se distinguirán en sentencias civiles y penales. Las sentencias civiles deberán contener: (1) un encabezado: parte inicial de la sentencia que debe señalar la designación del órgano judicial y sus titulares, el número de expediente, la fecha y número de la sentencia. Además deben expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación, los nombres de los(as) abogado(as) y el objeto del juicio⁴⁴⁴; (2) los antecedentes del hecho: hechos en que se funden las pretensiones de las partes, que hubiesen sido alegados oportunamente, las pruebas que hubiesen propuesto y practicado, junto con la declaración de hechos probados⁴⁴⁵; (3) los fundamentos de derecho: dar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. Es el núcleo fundamental de la sentencia, en el que el órgano judicial tiene que dar respuesta razonadamente a lo solicitado por las partes⁴⁴⁶; (4) la parte dispositiva o fallo de la sentencia debe enumerar los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos. Además se debe pronunciar sobre las costas⁴⁴⁷; (5) la sentencia debe ser congruente, resol-

440 MALEM et al. (2009), p. 11.

441 MALEM et al. (2009), p. 13.

442 MALEM et al. (2009), p. 13.

443 MALEM et al. (2009), pp. 14-15.

444 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 8.

445 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 8.

446 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 9.

447 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 9.

viendo las diversas pretensiones de las partes, sin incluir soluciones que no se ajusten a lo pedido.⁴⁴⁸

Por otro lado, la estructura de la sentencia penal contemplaría los siguientes elementos: (1) quién es el imputado, acusado o procesado; (2) qué hecho se le imputa o acusa; (3) en qué hechos se está basando la sentencia y cómo han sido comprobados; (4) las alternativas fácticas y jurídicas introducidas en el juicio, y cuáles son las razones por las que no se han tomado en cuenta determinadas hipótesis; (5) qué disposiciones contravino el imputado o acusado; (6) la subsunción de los hechos comprobados bajo la norma. En específico, la sentencia penal debe señalar cuáles son las consecuencias que tiene la violación de la norma jurídica, junto con la determinación de la pena. Estas reglas simples, sin entrar a los detalles, tienen que ser universales. Dentro del mismo grupo de sentencias penales, Claudio Agüero y Juan Pablo Zambrano desarrollan una propuesta metodológica de análisis de sentencias penales que permite entenderlas como una práctica discursiva, para lo cual consideran necesario descomponer la resolución judicial (sin destruirla) y reconstruir la narración del acontecimiento juzgado, dejando a un lado toda información innecesaria. En consecuencia, realizan un análisis de contenido, que es una técnica de investigación que permite a los analistas hacer evidente la estructura del texto. Los resultados demuestran que la estructura de la sentencia se puede dividir en unidades analíticas denominadas *segmentos*: (1) requerimientos, donde se deja constancia de diversos datos de identificación de la sentencia, del proceso y de los jueces⁴⁴⁹; (2) individualización de las partes; (3) exposición de los hechos, que es un resumen de lo ocurrido desde la perspectiva o versión de cada uno de los intervinientes⁴⁵⁰; (4) medios de prueba, donde se expone una síntesis de cada uno de los medios de prueba aportados por las partes señalando sus afirmaciones principales⁴⁵¹; (5) consolidación de los hechos, donde los jueces toman una postura acogiendo una de las versiones expuestas. Se explicitan los hechos tal y como los jueces los aceptan, vinculándolos a una o varias normas jurídicas. Habitualmente, este segmento no se presenta como un considerando independiente en la sentencia sino como un párrafo de texto ubicado dentro de un considerando probatorio (el que configura el hecho) y de un considerando declarativo (el que señala cuál es la norma infringida)⁴⁵²; (6) valoración de los medios de prueba: el tribunal detalla los medios de prueba que sostienen la versión de los hechos que se ha consolidado como probados en segmentos anteriores⁴⁵³; (7) declaración unilateral de los medios de prueba: recoge los dichos del acusado en caso de que haya decidido renunciar a guardar silencio, declarando una vez finalizada la etapa probatoria en la audiencia del juicio oral⁴⁵⁴; (8) acoger, rechazar o proponer una especial interpretación de las normas: en este segmento los jueces postulan una determinada interpretación sobre un problema jurídico vinculado a la norma aplicable al caso, o simplemente acogen las formulaciones de alguna de las partes⁴⁵⁵. (9) El tribunal falla la acción civil (accesoria a la acción penal) que ha interpuesto el querellante particular en su oportunidad con el objetivo de conseguir una indemnización por los

-
- 448 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 9.
449 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 33.
450 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 33.
451 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 34.
452 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 34.
453 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 34.
454 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 34.
455 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), pp. 34-35.

daños sufridos por la víctima. Como unidad, este segmento constituye una sentencia civil completa *dentro* de una sentencia penal.⁴⁵⁶ (10) Cómputo de pena: los jueces aplican las normas de autoría (autor, cómplice, encubridor), *iter criminis* (tentado, frustrado, consumado), circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (atenuantes y agravantes) y otras normas de determinación de la pena para establecer *in concreto* el tiempo de privación de libertad del acusado y/o para determinar el monto de la multa o la cuantía de otras sanciones⁴⁵⁷; (11) resolución: es la decisión de absolución o condena. En este último caso se consigna la forma de cumplimiento de la pena⁴⁵⁸; (12) voto disidente: procede sólo si uno de los jueces expone su valoración sobre ciertos aspectos fácticos o jurídicos en los cuales difiere de la opinión que tienen los otros miembros y que ya fue expresada en el texto.⁴⁵⁹

L Laguna: la expresión es variable, pues depende del modo de concebir las normas jurídicas. Para quienes conciben a las normas jurídicas como calificaciones deónticas del comportamiento, las lagunas se presentan como un comportamiento no calificado. Para quienes conciben las normas como enunciados que conectan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, las lagunas representan como supuestos de hecho para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna.⁴⁶⁰ Atendiendo este último punto de vista, el concepto de laguna puede denotar no menos de tres fenómenos distintos: lagunas normativas, lagunas técnicas y lagunas axiológicas.

Lagunas axiológicas: es la falta de una norma que –según las subjetivas preferencias ético-políticas (axiológicas) del intérprete– debería estar en el sistema jurídico.⁴⁶¹

Lagunas normativas: las lagunas normativas se producen cuando el legislador regula una serie de supuestos de hecho, pero omite regular una o más de una de sus posibles combinaciones.⁴⁶² Pues bien, estas lagunas se identifican razonando con normas, es decir, con disposiciones normativas ya interpretadas. Para evitar la laguna tendremos, probablemente, que reinterpretar el texto normativo del que hemos extraído las normas.

Lagunas técnicas: se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica cuando falta una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma. Sucede, por tanto, que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que la concreten.⁴⁶³

Lenguaje claro: lenguaje jurídico cuidado, sencillo y comprensible. Lo concebimos como una *puerta de entrada* a la democracia: todos deben tener acceso a los textos redactados por las autoridades, y este acceso no es un sólo un acto físico de estar disponibles en un lugar, sino que significa acceso a la *comunicación* con alguien. Por tanto, requiere que los textos estén escritos con claridad para garantizar su comprensión por el ciudadano. Dado esto, un documento o mensaje en lenguaje claro privilegia léxico,

456 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 35.

457 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 35.

458 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 35.

459 AGÜERO y ZAMBRANO (2009), p. 34.

460 GUASTINI (2014b), p. 139.

461 GUASTINI (2014b), p. 146.

462 GUASTINI (2014b), p. 140.

463 GUASTINI (2014b), p. 145.

sintaxis y contenidos apropiados para el lector. Además tiene un diseño que permite ubicar lo importante enseguida, entendiéndose con una lectura, cumpliendo con los requisitos legales. En síntesis, es comprensible.⁴⁶⁴

Lenguaje judicial: es el lenguaje utilizado por los profesionales del derecho, en particular por abogados y jueces. Este lenguaje es muy particular en función de las distintas culturas jurídicas. Desde la perspectiva de los sistemas del *Common Law* o europeo-continental, las diferencias son muy significativas según la tradición jurídica, incluso en el seno de la misma familia, como ocurre en Estados Unidos o en el Reino Unido. En cualquier caso, el lenguaje que se utiliza depende no sólo de los distintos sistemas legales, sino del país en el que se aplica desde un punto de vista histórico, social o cultural. Asimismo, se ha subrayado que, en cualquier cultura, la apreciación exacta del derecho y de sus efectos depende de un conocimiento exhaustivo de la práctica lingüística cotidiana.⁴⁶⁵

Lex posterior: también llamado criterio cronológico de solución de antinomias, consiste en que una norma sucesiva abroga una norma precedente.⁴⁶⁶ Se emplea en el caso de que dos normas provenientes de dos fuentes distintas, pero pertenecientes a una misma jerarquía, hubiesen sido promulgadas en diferentes momentos. En estos casos, la antinomia se resuelve dando referencia a la norma más reciente en el tiempo. La norma sucesiva debe ser aplicada, mientras que la norma anterior debe considerarse abrogada, dejando de estar en vigor.⁴⁶⁷

Lex specialis: también llamado criterio de especialidad, presenta dos variantes. Por un lado, el criterio de especialidad es una técnica que se aplica cuando estamos frente a una antinomia entre dos normas –contiguas, o al menos del mismo rango jerárquico– que mantienen una relación de regla-excepción (antinomia parcial unilateral). En virtud del criterio de especialidad, se considera que la norma más general es simplemente derogada por la otra⁴⁶⁸, dejando de tener aplicación en el supuesto de hecho donde resulta aplicable la norma particular. Por otro lado, el criterio de especialidad es una técnica que se aplica cuando estamos en presencia de una antinomia entre dos normas del mismo rango jerárquico, cuyos ámbitos de aplicación se superponen parcialmente (antinomia de tipo parcial bilateral).⁴⁶⁹ En presencia de una antinomia de este tipo, no estamos frente a una norma (relativamente) más específica y otra (relativamente) más general, sino frente a normas igualmente generales, cuyos ámbitos de aplicación se intersectan.⁴⁷⁰

Lex superior: criterio jerárquico de solución de antinomias. Consiste en que la norma superior convierte en inválida a la norma inferior. Se emplea cuando dos normas provenientes de fuentes distinto rango jerárquico entran en conflicto, casos en los cuales debe ser aplicada la norma “superior”.⁴⁷¹

464 POBLETE y FUENZALIDA (2018), p. 123.

465 ORDÓÑEZ (2013), p. 4.

466 GUASTINI (2014b), p. 259.

467 GUASTINI (2014b), p. 259.

468 GUASTINI (2014b), p. 263.

469 GUASTINI (2014b), p. 264.

470 GUASTINI (2014b), p. 264.

471 GUASTINI (2014b), p. 264.

Bibliografía

1. **AGÜERO, Claudio; SANDOVAL, Sebastián y ZAMBRANO, Juan Pablo. (2020):** “La falta de servicio en la Ley N° 19.966 (GES)”. *Revista Ius et Praxis*, 26 (1), pp. 171-191.
2. **AGÜERO, Claudio y ZAMBRANO, Juan Pablo (2009):** “La narración en las sentencias penales”, en *Universum (Talca)* Vol. 24 N° 2, pp. 28-41.
3. **ALEXY, Robert (2002):** *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
4. **ALEXY, Robert (1986):** *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
5. **ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991):** “Sobre principios y reglas”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho* N° 10, pp. 101-120.
6. **AURENQUE, Diana (2017):** “El paciente sano: desafíos éticos de la medicina preventiva”, en *Revista Médica de Chile* Vol. 145 N° 6, pp. 790-794.
7. **BARRERA, Álvaro (2006):** “Los trastornos cognitivos de la esquizofrenia”, en *Revista Chilena de Neuro-psiquiatría* Vol. 44 N° 3), pp. 215-221.
8. **BASCUÑÁN, Antonio (2004):** “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho y Humanidades* N° 10, pp. 143-181.
9. **BOBBIO, Norberto (1987):** *Teoría general del derecho* (Bogotá: Editorial Temis).
10. **BUCHANAN, D., BROCK, W., DANIELS, N. y WIKLER, D. (2000):** *From Chance to Choice: Genetics and Justice* (Londres, Cambridge University Press).
11. **CAMPBELL, Jane y OLIVER, Mike (1996):** *Disability Politics: Understanding Our Past, Changing Our Future* (Londres: Routledge).
12. **CANIMAS, Joan (2015):** “¿Discapacidad o diversidad funcional?”, en *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* Vol. 46 (2) N° 254, pp. 79-97.
13. **CAVIERES, Álvaro y VALDEBENITO, Mónica (2005):** “Funcionamiento cognitivo y calidad de vida en la esquizofrenia”, en *Revista Chilena de Neuro-psiquiatría* Vol. 43 N° 2, pp. 97-108.
14. **CARMONA, Encarnación (1994):** “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 84, pp. 265-285.
15. **CEA, José Luis (2004):** *Derecho Constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
16. **COLOMA, Rodrigo (2009):** “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, en *Revista de Derecho* Vol. XXII N° 2 (Valdivia: Universidad Austral), pp. 205-229.
17. **COMANDUCCI, Paolo (1998):** “Principios jurídicos e indeterminación”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho* N° 21 v2, pp. 89-104.

18. **COPI, Irving (2013):** *Introducción a la lógica* (México, Limusa).
19. **CÓRDOBA, Paul (2008):** “Discapacidad y exclusión social. Propuesta teórica de vinculación paradigmática”, en *Tareas* N° 129, pp. 81-104.
20. **CORRAL, Hernán (2005):** “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis* Vol. 11 N° 1), pp. 37-53.
21. **CORNEJO, Pablo (2011):** “La importancia de las medidas afirmativas para la igualdad sustantiva de grupos históricamente discriminados. Análisis desde la perspectiva de la diversidad sexual”, en *Igualdad sin discriminación. Estándares y mecanismos para la igualdad real*, VV. AA. (Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos).
22. **DARROW, Alice-Ann (2009):** “Barriers to Effective Inclusion and Strategies to Overcome Them”, en *General Music Today* Vol. 22 N° 3, 29-31.
23. **DEJONG, Gerben (1979):** “Independent Living: From Social Movement to Analytic Paradigm”, en *Archives of Physical Medicine and Rehabilitation Philadelphia* N° 60, pp. 435-446.
24. **DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2013):** “¿Es la ley Zamudio verdaderamente una ley general antidiscriminación?”, en *Revista Actualidad Jurídica* N° 28, pp. 279-297.
25. **DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014):** “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. XLII N° 1, pp. 149-186.
26. **DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2017):** “Cuatro años de la ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia”, en *Estudios Constitucionales* Vol. 15 N° 2, pp. 447-488.
27. **DÍAZ GARCÍA, Iván (2012):** “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, en *Revista Ius et Praxis* Vol. 18 N° 2, pp. 33-76.
28. **DONOSO, Archibaldo y SALINAS, Pablo (2009):** “Demencias frontotemporales: tres casos de la variante frontal”, en *Revista Chilena de Neuro-psiquiatría* Vol. 47 N° 4, pp. 286-292.
29. **DOYHARÇABAL, Solange (1994):** “El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 21 N° 2, pp. 307-319.
30. **DWORKIN, Ronald (1986):** *Law's Empire* (Massachusetts, Harvard University Press).
31. **ECHEBURÚA, Enrique; SALABERRÍA, Karmele y CRUZ-SÁEZ, Marisol (2014):** “Nuevos retos en el tratamiento del juego patológico”, en *Terapia Psicológica* Vol. 32 N° 1, pp. 31-40.
32. **ECHEÍTA, Gerardo y VERDUGO, Miguel (2004):** *La Declaración de Salamanca sobre Necesidades Educativas Especiales 10 años después* (España: Publicaciones del INICO).
33. **EVANS, Enrique (2004):** *Derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica).

34. **FIGUEROA, Rodolfo (2000):** “Igualdad y discriminación”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales* N° 10, pp. 9-64.
35. **FIGUEROA, Rodolfo (2008):** “Concepto de derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis* Año 14 N° 1, pp. 261-300.
36. **FIGUEROA, Rodolfo (2013):** “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales* Año 11 N° 2, pp. 283-332.
37. **FIGUEROA, Rodolfo (2015):** “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 42 N° 1, pp. 189-214.
38. **FINNIS, John (2000):** *Ley natural y derechos naturales* (Trad. Cristóbal Orrego Sánchez), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
39. **GALLIE, Walter (1956):** “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series* Vol. 56, pp. 167-198.
40. **GARCÍA, Alonso (2003):** *El movimiento de vida independiente* (Madrid: Fundación Luis Vives).
41. **GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo y MARTÍNEZ, Victoria (2014):** *Diccionario Constitucional Chileno* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional).
42. **GARCÍA, Sabina y VILLAVICENCIO, Luis (2016):** “Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional”, en *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales* N° 72, pp. 13-38.
43. **GÓMEZ, Erick y CASTILLO, Dídimo (2016):** “Sociología de la discapacidad”, en *Tlamelaua* Vol. 10 N° 40, pp. 176-194.
44. **GONZÁLEZ, Daniel (2019):** *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, cuasalidad y acción* (Madrid, Palestra Editores).
45. **GUARINONI, Ricardo (2011):** “Razonamiento judicial e interpretación de la ley”, en C.A.C. y R.L.V., *Interpretación y argumentación: problemas y perspectivas actuales* (Madrid, Marcial Pons), pp. 211-226.
46. **GUASTINI, Riccardo (2011a):** *Disposición vs. norma* (Madrid, Palestra Editores).
47. **GUASTINI, Riccardo (2011b):** *Interpretare e argomentare* (Milán, Giuffrè).
48. **GUASTINI, Riccardo (2014a):** *Interpretar y argumentar* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
49. **GUASTINI, Riccardo (2014b):** *La sintaxis del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
50. **GUASTINI, Riccardo (2015):** “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía* N° 43, pp. 11-48.
51. **GUASTINI, Riccardo (2018):** “Aplicar principios constitucionales”, en *Revista Derecho* Año 2 N° 3, pp. 11-22.
52. **HENRÍQUEZ, Ian (2006):** “La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo *infans conceptus pro iam nato habetur* en el derecho civil chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. XXVII, pp. 87-113.

53. **HENRÍQUEZ, Miriam (2008):** “Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales* Vol. 6 N° 2, pp. 73-119.
54. **HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio (2015):** “Ley Zamudio: ¿ponderación o subsunción? Comentario a la sentencia rol N° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción”, en *Revista de Derecho* Vol. 6, pp. 239-244.
55. **HERRERO, Sara (2016):** “Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud”, en *Ene, Revista de Enfermería* Vol. 10 N° 2.
56. **HIERRO, Liborio (2002):** “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en Elías Díaz y José Luis Colomer (editores), *Estado, Justicia, Derechos* (Madrid, Alianza).
57. **IAÑEZ, Antonio (2009):** “Vida independiente y diversidad funcional. Resultados de una investigación social aplicada en la provincia de Sevilla”, en *Portularia: Revista de Trabajo Social* Vol. 9 N° 1, pp. 93-103.
58. **KIOKO, Victor y MAKOELLE, Tsedisio (2014):** “*Inclusion in Higher Education: Learning Experiences of Disabled Students at Winchester University*”, en *International Education Studies* Vol. 7 N° 6, pp. 106-118.
59. **KYMLICKA, Will (2002):** *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* (Oxford, Oxford University Press).
60. **LATHROP, Fabiola (2019):** “Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32 N° 1, pp. 117-137.
61. **LEÓN, Francisco Javier (2012):** “Ley de derechos y deberes de las personas en la atención de salud: una mirada bioética”, en *Revista Médica de Chile* Vol. 140 N° 11, pp. 1490-1494.
62. **LONGMORE, Paul y UMANSKY, Laurie (2000):** *The New Disability History: American Perspectives* (Nueva York: New York University Press).
63. **MALEM, Jorge; EZQUIAGA, Francisco y PERFECTO, Andrés (2009):** *El error judicial. La formación de los jueces* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).
64. **MANDUJANO, Mario; ARROYO, Pedro; SÁNCHEZ, María y MUÑOZ-LEDO, Patricia (2007):** “Hacia una visión antropológica de la discapacidad”, en CIVERA, Magalí y HERRERA, Martha: *Estudios de Antropología Biológica* Vol. 13, pp. 939-955.
65. **MARAÑA, Juan José (2004):** *Vida independiente. Nuevos modelos organizativos* (La Coruña: Asociación Iniciativas y Estudios Sociales).
66. **MAYER, Laura (2011):** “La vida del que está por nacer como objeto de protección legal”, en *Revista de Derechos Fundamentales* Vol. 5, pp. 63-80.
67. **MENDOZA, Alfonso (2017):** “La relación médico paciente: consideraciones bioéticas”, en *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia* Vol. 63 N° 4, pp. 555-564.
68. **MORESO, José Juan (2004):** “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales” en Betegón, Jerónimo; Laporta, Francisco; Páramo, Juan Ramón, y Prieto Sanchis, Luis, compiladores (2004): *Consti-*

tución y derechos fundamentales (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

69. **MORESO, José Juan (2010):** “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura* CLXXVI N° 745, pp. 821-832.
70. **MUCCIO, Leah (2012):** *Head Start Instructional Professionals’ Perceptions and Practices: Facilitators and Barriers for Including Young Children with Disabilities* (tesis de doctorado). George Mason University, Washington DC, EE. UU.
71. **MUÑOZ, Fernando (2015):** “Estándares conceptuales, cargas procesales y reparación en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre ley Zamudio entre 2012 y 2015”, en *Revista de Derecho Universidad de Valdivia* Vol. 27 N° 2, pp. 145-167.
72. **NOGUEIRA, Humberto (2006):** “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Vol. 13 N° 2, pp. 61-100.
73. **NORAMBUENA, Rocío y SANDOVAL, Sebastián (2019):** “Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en materia de entrega de medicamentos: ni tan novedosa, ni tan progresista”, en *Diálogo sobre la protección jurisdicción de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina. Informe de Salud y Alimentación*, VV. AA. (Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas).
74. **NUSSBAUM, Martha (1997):** *Justicia poética* (Santiago, Andrés Bello).
75. **ORDÓÑEZ, David (2013):** “El lenguaje judicial desde una perspectiva comparada y plurilingüe”, en *Revista de Llengua i Dret* N° 59, pp. 2-41.
76. **PALACIOS, Agustina (2008):** *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Cinca).
77. **PALACIOS, Agustina y ROMANACH, Javier (2006):** *El modelo de la diversidad: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional* (Diversitás Ediciones-AIES). Consultado en https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO18989/modelo_diversidad.pdf
78. **PALACIOS, Agustina y ROMANACH, Javier (2008):** “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, en *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* Vol. 2 N° 2, pp. 37-47.
79. **PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar (2017):** *Igualdad. Una inmersión rápida* (Barcelona: Tibidabo Ediciones).
80. **PÉREZ LUÑO, Antonio (1987):** “Concepto y concepción de los derechos humanos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* Vol. 4, pp. 47-66.
81. **PIÉ, Asun (2012):** *Deconstruyendo la dependencia. Propuestas para una vida independiente* (Barcelona: Editorial UOC).
82. **PIÉ, Asun (2014):** *Por una corporeidad postmoderna. Nuevos tránsitos sociales y educativos para la interdependencia* (Barcelona: Editorial UOC).

83. **PINO, Giorgio (2010):** *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna, Il Mulino).
84. **POBLETE, Claudia y FUENZALIDA, Pablo (2018):** “Una mirada al uso del lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano”, en *Revista de Lengua i Dret* N° 69, pp. 119-138.
85. **PRECHT, Jorge (1992):** “Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 19, pp. 516-521.
86. **RATTI, Giovanni (2009):** *Norme, principi, e logica* (Roma, Aracne).
87. **RAWLS, John (1971):** *Una teoría de la justicia* (México, Fondo de Cultura Económica).
88. **RAWLS, John (2002):** *La justicia como equidad. Una reformulación* (Trad. Andrés de Francisco), Barcelona, Paidós.
89. **Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2001):** *Nueva gramática de la lengua española*, tomo Morfología y Sintaxis I.
90. **ROMAÑACH, Javier y LOBATO, Manuel (2005):** “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”, consultado en <http://centrodocumentaciondown.com/uploads/documentos/1d-cb1a899435d2b2806acdf5dbcf17aa941abd8d.pdf>
91. **ROSS, Alf (2004):** *On Law and Justice* (New Jersey: The Lawbook Exchange).
92. **RUIZ MANERO, Juan (2018):** *Imperio de la ley y ponderación de principios* (Buenos Aires: Astrea).
93. **SABA, Roberto (2016):** *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores).
94. **SALINERO, Sebastián (2013):** “La nueva agravante penal de discriminación: los delitos de odio”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 41, pp. 263-308.
95. **SARTORI, Giovanni (1965):** *Aspectos de la democracia* (Limusa-Wiley, México).
96. **SEOANE, José Antonio (2011):** “¿Qué es una persona con discapacidad?”, en *Ágora. Papeles de Filosofía* Vol. 30 N° 1, pp. 143-161.
97. **SERRANO, Enrique (2005):** “La teoría aristotélica de la justicia”, en *Isonomía* N° 22, pp. 123-160.
98. **SCHALOCK, Robert (1997):** “Can the concept of quality of life make a difference?”, en Robert Schalock (ed.), *Quality of life. Application to Persons with Disabilities* (Washington: American Association on Mental Retardation).
99. **SUSSMAN, David (2005):** “What’s Wrong with Torture?”, en *Philosophy and Public Affairs* Vol. 33 N° 1, pp. 1-33.
100. **THOMSON, Judith (1971):** “A Defense of Abortion”, en *Philosophy and Public Affairs* Vol. 1 N° 1, pp. 46-66.
101. **THOMSON, Judith (1999):** “Physician-Assisted Suicide: Two Moral Argu-

- ments”, en *Ethics* Vol. 109 N° 3, pp.497-518.
102. VALENZUELA, Cecilia y ZÚÑIGA, Alejandra (2014): “Leyes de cuotas electorales, Constitución y democracia”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXVII N° 1, pp. 191-211.
103. VALENZUELA, Sergio; ALIAGA, Verónica; BURDILES, Patricio; CARVALLO, Aurelio; DÍAZ, Eduardo; GUERRERO, Manuel; RUEDA, Laura y VALENZUELA, Carlos (2015): “Reflexiones en torno a la Ley N° 20.584 y sus implicancias para la investigación biomédica en Chile”, en *Revista Médica de Chile* Vol. 143 N° 1, pp. 96-100.
104. VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2005): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
105. VILLAVICENCIO, Luis (2015): “Una concepción de la ciudadanía para una nueva Constitución. El caso de las mujeres indígenas”, en Chia, E. y Quezada, F. (eds.) *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, Instituto Igualdad-Facultad de Derecho Universidad de Chile-Friedrich Ebert Stiftung, pp. 301-325.
106. VILLAVICENCIO, Luis (2017): “Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución”, en Quesille, Anuar (ed.) *Constitución Política e Infancia* (Santiago, UNICEF), pp. 355 -387.
107. VILLAVICENCIO, Luis (2018): “Justicia social y el principio de igualdad”, en *Hybris. Revista de Filosofía* Vol. 9, pp. 43-74.
108. WIDOW, Felipe (2015): “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i”, en *Anales del seminario de historia de la filosofía* Vol. 32 N° 2, pp. 415-434.
109. YOUNG, Iris (2000): *La justicia y la política de la diferencia* (Trad. Silvina Álvarez), Madrid, Cátedra.
110. ZÚÑIGA, Alejandra (2010): “Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: la protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 23 N° 1, pp 113-130.
111. ZÚÑIGA, Alejandra (2011): “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Año 9, N° 1, pp. 37-64.
112. ZÚÑIGA, Yanira (2009): “Medida de protección terapéutica a favor de un menor (Sentencias del Tribunal de Familia y de la Corte de Apelaciones de Valdivia)”, en *Revista de Derecho* Vol. XXII N° 1, pp. 279-290.
113. ZÚÑIGA, Alejandra (2013): “Justicia y genética: compensando las diferencias”, en *Ideas Valores* Vol. 62 N° 151, pp. 115-128.
114. ZÚÑIGA, Alejandra (2020): “La Corte Suprema ante la judicialización de la salud”, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales.

Documentos oficiales

1. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 12, 22° periodo de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Disponible en: <https://www.refworld.org.es/type,GENERAL,,,47ebcce12,0.html>
2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14, parágrafo 9. 22° período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Disponible en: <https://www.refworld.org.es/publisher,CESCR,-GENERAL,,47ebcc492,0.html>
3. Organización Mundial de la Salud (Oficina Regional para Europa). Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa. 28-30 de marzo de 1994.

Normas jurídicas citadas

1. **Ley N° 19.966**, establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud. Diario Oficial, 3 de septiembre de 2004.
2. **Ley N° 17.238**, concede a los profesionales y técnicos chilenos que regresen definitivamente al país, en las condiciones que señala, las franquicias aduaneras que indica para los bienes que estipula, y, asimismo, autoriza la importación sin depósito y liberada de pago de todo derecho, impuestos, tasas y demás gravámenes a los vehículos con características técnicas especiales para ser usados por personas lisiadas. Diario Oficial, 22 de noviembre de 1969.
3. **Ley N° 16.768**, otorga el beneficio de pago del 50% del arancel aduanero para importación de vehículos para personas con discapacidad física, según las condiciones en ella establecidas. Diario Oficial, 21 de marzo de 1968.
4. **Ley N° 18.600**, establece normas sobre “deficiencias mentales”. Diario Oficial 19 de febrero de 1987.
5. **Ley N° 18.700**, sobre votaciones populares y escrutinios. Diario Oficial, 2 de mayo de 1988.
6. **Ley N° 19.284**, establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad. Diario Oficial, 14 de enero de 1994.
7. **Ley N° 19.712**, establece un deber del Estado en relación al deporte para personas en situación de discapacidad. Diario Oficial, 9 de febrero de 2001.
8. **Ley N° 19.947**, establece nueva ley de matrimonio civil. Diario Oficial, 17 de mayo de 2004.
9. **Ley N° 20.146**, establece reglas especiales para la apelación en causas relativas a la discapacidad. Diario Oficial, 9 de enero de 2007.
10. **Ley N° 20.255**, establece reforma previsional. Diario Oficial, 17 de marzo de 2008.

11. **Ley N° 20.379**, crea sistema intersectorial de protección social e institucionaliza el subsistema de protección integral a la infancia “Chile crece contigo”.
Diario Oficial, 12 de septiembre de 2009.
12. **Ley N° 18.290**, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley de tránsito.
Diario Oficial, 7 de noviembre de 2009.
13. **Ley N° 20.422**, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.
Diario Oficial, 10 de febrero de 2010.
14. **Ley N° 20.584**, ley sobre derechos y deberes de los pacientes.
Diario Oficial, 24 de abril de 2012.
15. **Ley N° 20.609**, establece medidas contra la discriminación.
Diario Oficial, 24 de julio de 2012.
16. **Ley N° 21.015**, incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral. Diario Oficial, 15 de junio de 2017.
17. **Ley N° 21.021**, proporciona reparación y asistencia en rehabilitación a las víctimas de explosión de minas u otros artefactos explosivos militares abandonados o sin estallar. Diario Oficial, 12 de agosto de 2017.
18. **DFL N° 2/1996**, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.
Diario Oficial, 28 de noviembre de 1998.
19. **DFL N° 1/2003 (16/01/03)**, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.
Diario Oficial, 16 de enero de 2003.
20. **Decreto N° 1447/1980**, establece normas para accesos de “lisiados” a edificios de la administración del Estado.
Diario Oficial, 26 de septiembre de 1980.
21. **Decreto N° 47/1992**, fija nuevo texto de la ordenanza general de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
Diario Oficial, 5 de junio de 1992.
22. **Decreto N° 48/1993**, aprueba reglamento para la aplicación de la Ley N° 18.600 sobre deficientes mentales.
Diario Oficial, 13 de septiembre de 1993.
23. **Decreto N° 300/1994**, autoriza la organización y funcionamiento de cursos talleres básicos para mayores de 26 años con discapacidad.
Diario Oficial, 5 de agosto de 1994.
24. **Decreto N° 141/1994**, modifica el decreto N° 212 de 1992.
Diario Oficial, 2 de julio de 1994.
25. **Decreto N° 41/1995**, regula el sistema de postulación y venta de viviendas en relación con personas con discapacidad.
Diario Oficial, 12 de junio de 1995.
26. **Decreto N° 1/1998**, establece normas para la adecuación social e integración de personas con discapacidad en el sistema educacional y subvenciones actualmente existentes conforme al capítulo II título IV de la Ley N°

- 19.284 que establece normas para la integración social de personas con discapacidad.
Diario Oficial, 23 de junio de 1998.
27. **Decreto N° 223/2006**, aprueba reglamento de la Ley N° 19.284, que regula el uso de perros guías, de señal o de servicio por parte de las personas con discapacidad.
Diario Oficial, 5 de junio de 2007.
 28. **Decreto N° 170/2010**, fija normas para determinar los alumnos con necesidades educativas especiales que serán beneficiarios de las subvenciones para educación especial.⁴⁷²
Diario Oficial, 21 de abril de 2010.
 29. **Decreto N° 1253/2010**, determina procedimientos y competencias para la obtención de beneficios arancelarios y tributarios.
Diario Oficial, 21 de octubre de 2011.
 30. **Decreto N° 142/2010**, aprueba el reglamento de la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, relativo al transporte público de pasajeros.
Diario Oficial, 9 de julio de 2011.
 31. **Decreto N° 945/2010**, aprueba el reglamento nacional de discapacidad.
Diario Oficial, 31 de marzo de 2012.
 32. **Decreto N° 32/2011**, aprueba reglamento que establece normas para la aplicación de mecanismos de comunicación audiovisual que posibiliten el acceso a la programación televisiva para personas con discapacidad auditiva.
Diario Oficial, 4 de febrero de 2012.
 33. **Decreto N° 47/2012**, aprueba reglamento para la calificación y certificación de la discapacidad conforme a la Ley N° 20.422.
Diario Oficial, 16 de octubre de 2013.

Jurisprudencia citada

1. **E.V.I. con Fonasa (2010)**: Corte Suprema rol N° 9317-09, 28 de enero de 2010 (apelación protección).
2. **J.L.V.G. con Hospital Hernán Henríquez Aravena de Temuco (2010)**: Corte Suprema rol N° 1324-10, 25 de febrero de 2010 (apelación protección).
3. **S.A.L.L. con Hospital Sótero del Río (2017)**: Corte Suprema rol N° 43.250-17 (apelación protección).
4. **Requerimiento de inconstitucionalidad presentado respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11 (2017)**: Tribunal Constitucional rol N° 3729-17.

472 Artículo 1. “El presente reglamento regula los requisitos, los instrumentos, las pruebas diagnósticas y el perfil de los y las profesionales competentes que deberán aplicarlas a fin de identificar a los alumnos con necesidades educativas especiales.”

5. **Y.A.A.A. con Fondo Nacional de Salud (2018):** Corte Suprema rol N° 25.009-2018 (apelación protección).
6. **D.B.D.H. con Fondo Nacional de Salud, Servicio de Salud C. y Ministerio de Salud (2018):** Corte Suprema rol N° 17.043-18 (apelación protección).
7. **Sentencia Tribunal Constitucional:** rol N° 1687-10-INA, 1 de julio de 2010.

