



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CHILE IS BURNING:
INEFICIENCIA DE LA LEY ZAMUDIO ANTE CRÍMENES DE ODIO
CONTRA LAS DISIDENCIAS SEXO-GENÉRICAS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

LEANDRO ESTEBAN ROGERS ARAVENA

Profesor Guía: Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, Chile

2024

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1: Sobre la discriminación estructural y crímenes de odio.	4
CAPÍTULO 2: Contexto de la Ley 20.609.....	13
2.1.- Breve reseña histórica sobre la comunidad LGBTIQ+ en el Derecho Penal nacional.	13
2.2.- Contexto inmediato de la Ley 20.609.....	21
CAPÍTULO 3: Contenido de la Ley 20.609.....	25
3.1.- Aspectos sustantivos generales de la Ley 20.609.....	26
3.2.- Sobre la agravante del artículo 12 N° 21 del Código Penal.....	38
CAPÍTULO 4: Aplicación de la Ley 20.609.....	47
4.1.- Aspectos generales sobre la aplicación de la Ley 20.609.	47
4.2.- Aplicación de la agravante genérica en sede penal.	53
4.3.- Sobre el actual proyecto de reforma.	63
CONCLUSIÓN.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	79
AGRADECIMIENTOS.....	84

INTRODUCCIÓN.

El día 27 de marzo del 2012, se declara el deceso del joven Daniel Zamudio, quien estuvo por más de veinte días en un coma inducido, debido al ataque homofóbico del que fue víctima. No era primera vez (ni sería la última) que se agredía y mataba a una persona homosexual en Chile. No obstante, las características del crimen y la brutalidad con que fue perpetrado provocaron un gran impacto en la esfera pública. Desde diversos sectores de la sociedad civil, particularmente agrupaciones en pro de los derechos de las diversidades o disidencias sexo-genéricas, se evidenció la falta de una institucionalidad antidiscriminación robusta, capaz de afrontar los diversos tipos de discriminación a que se ven expuestos los grupos minoritarios, incluyendo la comunidad LGBTIQ+.

Antes de este trágico evento, el proyecto de ley antidiscriminación se venía discutiendo en el Congreso Nacional desde el año 2005, sin resultados fructíferos a la fecha del crimen. Sin embargo, en virtud del fuerte trato mediático y la potente reacción social que tuvo el caso del joven Zamudio, se le dio suma urgencia a su tramitación. Así, el día 12 de julio del 2012 se promulga la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, comúnmente conocida desde ese entonces como “Ley Zamudio”. Posteriormente, se publica en el Diario Oficial el 24 de julio del mismo año, entrando así plenamente en vigencia.

En un principio se recibió con mucho optimismo la promulgación de dicha ley, la cual se vio como el gran bastión en la lucha contra las discriminaciones arbitrarias y su manifestación más extrema: los crímenes de odio. Estos últimos fueron incorporados por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico gracias a la ley en comento, que introduce la agravante genérica N° 21 al artículo 12 del Código Penal. Esta agravante aumenta la pena correspondiente en un grado, cuando se acredita que el crimen o simple delito fue cometido estando el autor motivado por alguna de las “categorías sospechosas” que ahí se enumeran, entre las que se mencionan la orientación sexual y la identidad de género de la víctima.

Con todo, al poco tiempo de ser promulgada, se vio que la Ley Zamudio está bastante lejos de cumplir su cometido de manera satisfactoria. Los hechos han demostrado la limitada utilidad de esta ley en casos de discriminación arbitraria. Además, la agravante introducida ha tenido casi nula aplicación por parte del sistema judicial penal ante crímenes de odio. Es deficiente, pues no se les reconoce el carácter inherentemente discriminatorio que poseen. Es preocupante, teniendo en cuenta que este tipo de crímenes ha ido en alza cuando se trata de víctimas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+. Y es paradójico, considerando que estos crímenes tienen estrecha similitud con el caso que fue determinante para la promulgación de la ley en primer lugar.

Lo que prometía ser un avance de envergadura hacia el respeto de la dignidad de las disidencias sexo-genéricas, terminó por ser un lastre ineficiente. Ante esto, se ha venido discutiendo un proyecto de reforma para intentar paliar la situación actual en materia antidiscriminación. Sin embargo, este proyecto ha ido avanzando con demasiada lentitud, pasando por periodos prolongados de inactividad.

Así, la comunidad LGBTIQ+ sigue en una situación de desigualdad e indefensión, ante el particular tipo de violencia y discriminación a la que se ve expuesta cada día.

Ahora, si se considera la forma en que históricamente se ha abordado a las diversidades sexo-genéricas, tanto a nivel social como institucional, la ineficiencia de este intento de amparo por parte del sistema jurídico no resulta sorprendente, ni inesperada. En base a múltiples formas de control formal e informal, la sociedad chilena (predominantemente conservadora) ha canalizado sus prejuicios, concepciones y sistemas de valores sobre este grupo minoritario, configurando una situación de discriminación estructural. Considerando esto, y sumado al revuelo mediático que despertó la muerte de Daniel Zamudio, la Ley 20.609 se erige más como un intento por acallar la opinión pública que como producto de una genuina intención de proteger a la comunidad LGBTIQ+, y de articular la institucionalidad para tal fin, particularmente en sede penal.

A través del presente trabajo, se hará un análisis crítico de la Ley 20.609, enfatizando la situación de las diversidades sexo-genéricas como grupo minoritario. Como punto de partida, se establecerá un marco general sobre el fenómeno de la discriminación estructural y el concepto de “crimen de odio”, considerando que todo crimen dirigido en contra de un grupo minoritario, impulsado por el rechazo ante rasgos privativos de éste, se enmarca dentro de esta categoría. Se procederá a exponer brevemente cómo el sistema penal chileno ha abordado históricamente a las disidencias sexo-genéricas, para comprender el contexto inmediato en que se dio la creación de la Ley Zamudio. Luego, se analizará el contenido de la Ley a la luz de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (adelantando desde ahora que se evidencia una técnica legislativa deficiente), y se dedicará una sección específica a la agravante genérica N° 21 del artículo 12 del Código Penal. Por último, el análisis recaerá sobre la aplicación de la Ley en sede judicial, la cual ha demostrado desde poca a nula eficacia. Se finalizará con el análisis del actual proyecto de reforma en trámite, evaluando si es suficiente para resolver las problemáticas identificadas.

En fin, la pregunta que se pretende responder es: La ineficiencia de la Ley Zamudio ante crímenes de odio contra las disidencias sexo-genéricas ¿corresponde a una forma de discriminación estructural?

CAPÍTULO 1: Sobre la discriminación estructural y crímenes de odio.

Para empezar a delinear un marco general sobre la materia pertinente a este análisis, se debe empezar necesariamente por la noción de discriminación estructural.

Se entenderá por “discriminación estructural” a la situación de desigualdad sistemática que viven determinados grupos de personas, debido a la estructuración del orden social en que se encuentran¹. Abordar la situación de discriminación desde este paradigma, exige el desplazamiento de una concepción netamente individual del principio de igualdad (y, por consiguiente, del principio de no discriminación), hacia una de carácter más colectivo, enfocada en el contexto social.

De esta manera, se debe salir de las relaciones individuales entre particulares, para ahondar en las relaciones sociales entre diversos grupos, y las dinámicas de opresión y sometimiento que se dan a partir de dicha interacción. Así, el carácter discriminatorio del ordenamiento jurídico no es un elemento intrínseco a éste, sino una expresión del orden social que de por sí es discriminatorio. Es decir, las normas jurídicas vienen a reproducir y avalar a nivel institucional y sistemático los actos discriminatorios, que tienen su fuente en las normas sociales profundamente arraigadas, las que a su vez sustentan sistemas de opresión².

Cobra relevancia el principio de igualdad en su dimensión estructural (también llamada “sociológica”), donde “resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que dé cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad”³. Desde esta dimensión, el principio de igualdad “continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, solo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite

¹ IRIARTE, C. 2018. La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos. N° 14. p. 68

² Ibid.

³ SABA, R. 2005. (Des)igualdad estructural. Derecho y Humanidades, 11. p. 125

reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no”⁴.

El principio de igualdad necesariamente va acompañado del principio de no-discriminación. No obstante, hay ciertos grupos que requieren “una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación genérica de la prohibición de discriminación”⁵. Ante esto, Roberto Saba plantea que, cuando se trata de contextos de discriminación estructural, se debe entender la igualdad como no-sometimiento. Así, la igualdad como principio y derecho fundamental, debe tender a “evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos”⁶. De esta manera, el ordenamiento jurídico “no puede ser completamente ‘ciego’ a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas”⁷.

Ahora, los actos de discriminación no se pueden atribuir en su origen a determinadas personas o instituciones, sino al orden social en su conjunto y las relaciones que ocurren dentro de él. Incluso, se puede afirmar que “no son resultado de decisiones, elecciones o políticas; de hecho, no es necesario la conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que un grupo social se beneficie con la opresión del otro”⁸.

Y acá es importante entender que los sistemas de opresión involucran a un grupo mayoritario (o mayoría), versus un grupo minoritario (minoría). La mayoría, como grupo hegemónico en contraposición a la minoría, cuenta con el poder de dictar, e imponer, pautas culturales y sistemas de valores. En suma, tiene el poder para determinar “lo normal”, y los mecanismos de control que se desplegarán ante todo lo que se desvíe de ello. Por otro lado, el grupo minoritario termina por ser el oprimido o sometido dentro de esta dinámica.

⁴ SABA, R. 2005. Ob. Cit. p. 138

⁵ COURTIS, C. 2010. Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. Rev. Derecho del Estado, 24. p. 107

⁶ SABA, R. 2005. Ob. Cit. p. 139

⁷ Ibid. p. 125

⁸ IRIARTE, C. 2018. Ob. Cit. p. 68

No hay una definición unívoca de “minoría”. Sin embargo, sí se pueden identificar condiciones mínimas y copulativas, que permitirán dilucidar cuándo se está ante un grupo humano de este tipo. Estas condiciones son las siguientes:

- a) El grupo debe encontrarse en una posición no dominante respecto de la mayoría hegemónica. No es relevante el elemento cuantitativo, sino el cualitativo: “que la colectividad no ejerza un papel dominante, (...) que su cultura resulte distinta y disidente frente a la que domina”⁹.
- b) Las características que distinguen a la minoría, y que le son privativas, se refieren a rasgos relativamente inmodificables. Vale decir, el grupo se diferencia por “características que no dependen en absoluto o que principalmente no dependen de la conducta o de la voluntad de los individuos que forman la colectividad”¹⁰. Entre estas se cuentan, por ejemplo, la etnia, la religión, la raza, la orientación sexual y la identidad de género. Así, “el grupo se autoidentifica en alguna medida a través de ese factor, y el grupo es identificado por quienes no son miembros del grupo a través de ese factor”¹¹.
- c) Por último, al menos un elemento diferenciador del grupo minoritario “ha de resultar disorde o conflictivo con las instituciones dominantes”¹². Así, los rasgos diferenciadores vienen a “definir un grupo humano en posición de desventaja o con dificultades para acceder a los núcleos de poder político, económico o cultural”¹³. Esto es de gran relevancia, pues deja en evidencia que el concepto es necesariamente relacional: no se es minoría sino una vez que se entra en contacto, y en conflicto, con la mayoría hegemónica.

⁹ PRIETO SANCHÍS, L. 1995. Igualdad y minorías. Rev. del Instituto Bartolomé de las Casas. p. 121

¹⁰ Ibid.

¹¹ COURTIS, C. 2010. Ob. Cit. p. 113

¹² PRIETO SANCHÍS, L. 1995. Ob. Cit. p. 122

¹³ Ibid.

Estas condiciones reafirman que la calidad de minoría va a estar, en gran medida, determinada por el contexto y circunstancias en que se desenvuelva la comunidad. Es un concepto esencialmente contingente.

Una vez que un grupo humano cumpla con estas condiciones, se puede afirmar que es una minoría, en su determinado contexto, respecto al grupo mayoritario. Y en base a esto, todo grupo minoritario, necesariamente, se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Cabe mencionar que “la discriminación puede tener efectos individuales, pero esos efectos se relacionan con la pertenencia de la persona discriminada a un grupo social”¹⁴.

La existencia de estas dinámicas es grave, pues los prejuicios que la mayoría mantiene respecto de la minoría “tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social”¹⁵.

Aterrizándolo a la situación de la comunidad LGBTIQ+ (como grupo minoritario), el punto de partida en la discriminación y violencia contra ella, se encuentra en la heteronormatividad y la cisonormatividad. Éstas son las pautas socioculturales generalizadas y predominantes en Occidente.

La heteronormatividad, por un lado, corresponde al sesgo cultural que favorece las relaciones heterosexuales. Así, estas relaciones se consideran “naturales” e “ideales”. La heteronormatividad, no solo como pauta sociocultural sino que también como sistema de opresión, “se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes”¹⁶. Así, se configura una suerte de “jerarquía sexual”. De acuerdo a ella, “la expresión de sexualidades no normativas con frecuencia se considera en sí misma sospechosa, peligrosa para la sociedad, o amenazante contra el orden social y la moral pública”¹⁷.

¹⁴ COURTIS, C. 2010. Ob. Cit. p. 114

¹⁵ Ibid. p. 113

¹⁶ CIDH. 2015. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. p. 41

¹⁷ Ibid. p. 39

La cisnormatividad, por su parte, puede entenderse como el equivalente a la heteronormatividad, pero aplicado al género. Es decir, se asume que todas las personas se identifican con el género correspondiente al sexo biológico que les fue asignado al nacer. Quienes nacen como parte del género masculino se identificarían toda su vida como tal, y los mismo para quienes nacen dentro del género femenino.

Un componente relevante en la discriminación y violencia de base sexo-genérica, derivado de los estándares sociales mencionados, consiste en los sistemas binarios de sexo y género. Éstos son “modelos sociales dominantes en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan sólo dos categorías rígidas, a saber, los sistemas binarios de masculino/hombre y femenino/mujer, excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de estas dos categorías”¹⁸. A partir de estos sistemas binarios se construyen los infames roles de género, que imponen estándares y juicios de valor sobre lo que significa ser hombre o mujer, teniendo un efecto condicionante.

Esto coincide con lo que comenta la Relatora Especial de la ONU sobre el *estigma*, desarrollando un concepto general aplicable al presente estudio. Plantea que “el estigma puede entenderse en general como un proceso de deshumanización, degradación, desacreditación y desvalorización de las personas de ciertos grupos de la población (...). El objeto del estigma es un atributo, cualidad o identidad que se considera ‘inferior’ o ‘anormal’. El estigma se basa en una concepción social de lo que somos ‘nosotros’, en contraposición a ‘ellos’, que confirma la ‘normalidad’ de la mayoría mediante la desvalorización de ‘los otros’”¹⁹. Agrega que “las víctimas del estigma son siempre aquéllos que no se ajustan a la ‘norma social’”²⁰.

A la vez, los fundamentos que sustentan estas pautas no derivan de razonamientos lógicos, sino que se fundan en estereotipos. Estos son percepciones

¹⁸ CIDH. 2015. Ob. Cit. p. 42

¹⁹ ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, “El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento”. párr. 12.

²⁰ Ibid. párr. 13.

parciales, incompletas, no necesariamente verdaderas, que la mayoría sostiene respecto a los grupos minoritarios. Con ellos, se pretende reducir la existencia de los integrantes de la minoría a formas de expresión específicas que, recalando, no se corresponden totalmente con la realidad. En virtud de los estereotipos, “se considera que una persona, simplemente por su pertenencia a dicho grupo, se ajusta a la visión generalizada o la preconcepción”²¹.

En virtud de todas estas consideraciones, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha demandado a los Estados un rol más activo en cuestiones de discriminación estructural, garantizando no solo el reconocimiento formal de los derechos, sino la posibilidad real de que todas las personas puedan ejercerlos. En definitiva, se requiere del Estado que “abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección”²².

Sin embargo, está el problema de que muchas prácticas de discriminación estructural inevitablemente terminan por institucionalizarse en el aparataje estatal, que recepciona los prejuicios y concepciones imperantes y contingentes. Esto, sumado a la ampliación de obligaciones en el foro internacional, “pone en evidencia la brecha entre las expectativas puestas en los Estados por el SIDH y la realidad signada por la debilidad de las instituciones y la ineffectividad de las políticas”²³.

Es así como los Estados no han estado exentos de responsabilidad, derivada de violaciones estructurales a los derechos humanos. En estas, “es la organización del Estado (la institucionalidad) la que produce, permite y/o facilita las violaciones

²¹ COOK R., CUSACK S. 2010. Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives. Pennsylvania Studies in Human Rights; citado en CIDH. 2015. Ob. Cit. p. 46

²² ABRAMOVICH, V. 2009. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Sur. N° 11. p. 18

²³ Ibid. p. 21

de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población”²⁴, particularmente de las minorías.

Para agravar la situación, las estructuras institucionales (tanto jurídicas como políticas) “funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de grupos desprotegidos”²⁵. Es por esto que la labor de erradicar la discriminación estructural requiere de un esfuerzo integral y articulado, que involucre tanto a la institucionalidad como a la sociedad civil.

Con esto, se da por establecido un marco general sobre la discriminación estructural. Empezar por esta noción es necesario, pues los crímenes de odio no son sino el último y más grave eslabón en la cadena de discriminación histórica y sostenida contra los grupos minoritarios.

No cabe duda de que el crimen o delito de odio es la manera más brutal en que se puede concretar la discriminación en contra de una determinada comunidad. Aun así, se debe tener en cuenta la complejidad del concepto de “crimen/delito de odio”, pues no existe una definición unívoca, capaz de capturar todas las sutilezas y formas en que se puede manifestar.

Con todo, y en atención al alcance de este trabajo, se seguirá el concepto que entrega la Coordinación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Ésta define los crímenes de odio como “todo acto doloso, generalmente realizado con saña, que incluye, pero no se limita a: violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal; el cual tiene la intención de causar daños graves o la muerte a la víctima, basando la agresión en el rechazo, intolerancia, desprecio, odio y/o discriminación hacia un grupo en situación de vulnerabilidad”²⁶.

²⁴ NASH, C y NÚÑEZ, C. 2018. Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile. Estudios Constitucionales. Año 16, N° 2. p. 223

²⁵ Ibid.

²⁶ CEJIL, HIVOS. 2013. Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua. p. 14

Este concepto fue construido por el CEJIL a partir de tres elementos básicos que informan todo crimen de odio (no solo aquellos dirigidos hacia las diversidades sexo-genéricas): una acción o conjunto de acciones perpetradas con el propósito de lesionar los derechos de una persona (particularmente su vida y/o integridad personal); que esta persona pertenezca a un grupo vulnerable (los ya referidos grupos minoritarios); y, quizás el elemento esencial, que sea motivado por un sentimiento de rechazo o intolerancia basado en prejuicios contra el grupo vulnerable²⁷.

Y este es el nexo fundamental que une la discriminación estructural con los crímenes/delitos de odio: el rechazo que motiva el crimen de odio, corresponde a los prejuicios discriminatorios que la mayoría sostiene respecto del grupo minoritario afectado por el crimen, teniendo en cuenta que “la conducta violenta en los delitos de odio varía dependiendo del contexto y de los prejuicios que tenga una sociedad específica”²⁸.

De esto, se colige que la finalidad general de los crímenes de odio consiste en censurar y castigar a la comunidad minoritaria. Según Levin y McDevitt²⁹, este fin de castigo puede adoptar distintas formas dependiendo de quien comete la ofensa. Son de particular interés aquellos victimarios que se ven motivados por la percepción de poder y adrenalina que obtendrían a raíz de atacar a quienes creen inferiores; y aquellos que están motivados por un sentido de “misión”, de eliminar a los grupos que estiman inferiores. En esta última dimensión, el hecho punible puede verse como una forma de “limpieza social”.

También lleva aparejada una finalidad simbólica: enviar un mensaje a todos los integrantes del grupo minoritario, indicando que la mayoría los rechaza, y que se encuentran en un contexto de vulnerabilidad. Entonces, “la motivación del

²⁷ CEJIL, HIVOS. 2013. Ob. Cit. p. 21

²⁸ Ibid. p. 23

²⁹ LEVIN, J., & McDEVITT, J. 2003. Hate Crimes Revisited: America's War Against Those Who Are Different; citado en CEJIL, HIVOS. 2013. Ob. Cit. p.22

perpetrador debe ser comprendida como compleja y multifacética, no como parte de un hecho aislado”³⁰.

Así, se puede comprender la violencia en general y los crímenes de odio en particular, como manifestaciones de violencia por prejuicio. Este enfoque aborda la violencia como un fenómeno social, antes que un hecho aislado. Requiere, a su vez, de un contexto y complicidad social en su perpetración. De ahí su fuerte impacto simbólico.

Si lo aterrizamos a la situación de las disidencias sexuales y de género, la violencia y crímenes en su contra se caracterizan por el deseo del autor material de “castigar” las identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que no se enmarcan dentro del sistema binario hombre – mujer³¹.

Para cerrar, tal y como plantea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Las sociedades en América están dominadas por principios arraigados de heteronormatividad, cisnormatividad, jerarquía sexual, los binarios de sexo y género y la misoginia. Estos principios, combinados con la intolerancia generalizada hacia las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas y cuerpos diversos; legitiman la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales. La violencia contra las personas LGBTI existe como consecuencia de contextos sociales, sociedades y Estados que no aceptan, y que de hecho, castigan las sexualidades y las identidades no normativas y aquellos cuerpos que no se ajustan a los estándares sociales de corporalidad femenina o masculina”³².

Teniendo claro este marco general, se entrará a ver cuál ha sido (y es) la situación en Chile. Se evidenciará la situación de discriminación estructural a la que se han visto sujetas las disidencias sexuales y de género, como grupo minoritario en la sociedad chilena.

³⁰ CIDH. 2015. Ob. Cit. p. 49

³¹ Ibid. p. 37

³² Ibid. p. 49

CAPÍTULO 2: Contexto de la Ley 20.609.

Es complejo hablar de crímenes de odio contra las disidencias sexo-genéricas, cuando a nivel formal e informal se ha abordado dicha disidencia como la conducta desviada reprochable.

Se constatará que en el sistema jurídico penal, ha habido una pintoresca historia que involucra a la comunidad LGBTIQ+ en nuestro país, con varios hitos que vale la pena mencionar. Esta ha sido producto y, a la vez, ha informado los implacables prejuicios que han permeado todo el aparataje social, que hasta el día de hoy siguen repercutiendo en la realidad de muchas personas y escabulléndose en las conversaciones a nivel institucional. A lo largo de los años, el factor común ha sido la exclusión.

Luego de mostrar el panorama general, se ahondará en los eventos específicos que llevaron a la promulgación de la Ley 20.609.

2.1.- Breve reseña histórica sobre la comunidad LGBTIQ+ en el Derecho Penal nacional.

Desde 1875, el Código Penal chileno rige como el principal cuerpo normativo sustantivo en la materia. Y desde su redacción, se plasma el rechazo a las prácticas sexuales entre personas del mismo género. Esto se manifiesta en el ya derogado artículo 365, el cual proscribía el acto de sodomía (asociado principalmente a relaciones homosexuales entre hombres) como conducta punible.

La versión original del artículo en cuestión consagraba en su inciso primero que “*el procesado por el delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio*”. Agregaba el inciso segundo circunstancias agravantes específicas: uso de fuerza o intimidación sobre la víctima; estar la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa; y que el ofendido fuera menor de 14 años, aun cuando no hubiese mediado alguna de las dos circunstancias anteriores.

Independiente de las agravantes, el inciso primero por sí solo ya es problemático. Se penalizaba incluso aquellas relaciones sexuales consensuadas

entre hombres mayores de edad, en un afán de sancionar la homosexualidad en su totalidad. Dentro de nuestro sistema penal, este fue el punto de partida, recogiendo las concepciones imperantes de la época. Algunas de ellas no han variado significativamente desde entonces.

A diferencia del influjo católico que trajo consigo la colonización española, la comisión redactora del Código Penal hace propios los valores liberales laicos en boga durante el siglo XIX. Por tanto, no repudian la homosexualidad basándose en concepciones morales y religiosas arcaicas. Al contrario, repudian la homosexualidad basándose en su patologización. Los homosexuales serían enfermos que van en contra del orden natural, de ahí se justificaría su sanción. Nuevamente, algunos elementos de estos discursos, sean más religiosos o más laicistas, no han variado significativamente desde entonces. Llama la atención que la patologización de las disidencias sexuales toma nueva vida poco más de un siglo después de la promulgación del Código Penal, con la propagación masiva del VIH y SIDA entre hombres homosexuales y mujeres transgénero; sin olvidar, además, que recién el año 1990 la Organización Mundial de la Salud le quita a la homosexualidad el carácter de enfermedad mental.

Así, la represión en contra de los homosexuales tuvo amparo en el ordenamiento jurídico, y se extendió a lo largo del siglo XX. Cabe notar que durante las primeras décadas del siglo XX se llevaron a cabo varias redadas en “bailes de invertidos”. Estas fiestas eran eventos clandestinos, que pronto se transformaron en espacios en que hombres homosexuales se reunían a crear comunidad, algunos de ellos asistiendo con vestimenta femenina. El principal foco de represión contra las disidencias sexo-genéricas, se concentró en sus espacios de vida nocturna, siendo este un elemento característico durante las décadas posteriores.

Un cuerpo normativo que refleja esta represión institucional contra las diversidades sexuales en el siglo XX, es la Ley 11.625, promulgada en 1954, y actualmente derogada en gran parte de su contenido. Esta “fija disposiciones sobre los estados antisociales y establece las medidas de seguridad que indica”. En su primer artículo, se enumeraba a los grupos sometidos a las disposiciones de la ley

y a las medidas de seguridad establecidas por ella, incluyendo a “5º) *Los que por cualquier medio induzcan, favorezcan, faciliten o exploten las prácticas homosexuales, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 365, 366, 367 y 373 del Código Penal*”. Hasta su derogación en 1994, las personas homosexuales no solo fueron susceptibles de ser procesadas por las conductas tipificadas en el Código Penal, sino que también estaban sujetas a este régimen paralelo, que las trataba como un grupo cuya “peligrosidad social” merecía la adopción de medidas particulares. A pesar de que rara vez se aplicó esta normativa, el peso simbólico de su existencia no puede ser pasado por alto.

El Poder Judicial tampoco estuvo exento de estos prejuicios. El 16 de septiembre de 1963, el Presidente de la Corte Suprema de aquel entonces emitió un oficio a diversas autoridades (general director de Carabineros; director general de la Policía de Investigaciones; y a los presidentes de las Cortes de Apelaciones del país), recomendando la aprehensión de homosexuales y su procesamiento judicial, fomentando la criminalización de la diversidad sexual.

Uno de los casos de discriminación más brutales, impulsado por agentes del Estado, fue lo que se conoce como el “escándalo de la calle Huanchaca”³³. La noche del 15 de junio de 1969, en Antofagasta, se estaba llevando a cabo una fiesta en plena vía pública, con hombres homosexuales, algunos vistiendo prendas de mujer y pelucas. Pronto intervino Carabineros, tomando detenidos a 24 asistentes. Se reporta que pasaron la noche en la comisaría, donde sufrieron golpizas y abusos por parte de funcionarios policiales. Además, se les reveló a los familiares la orientación sexual de los detenidos. Luego de ser formalizados, sufrieron la humillación de ser llevados en “caravana” hacia la cárcel de la ciudad. Por si fuera poco, la prensa expuso los nombres de los detenidos, junto a fotografías de ellos.

³³ BAEZA, M. 2022. “El escándalo de calle Huanchaca”: Uno de los peores casos de discriminación y persecución a la comunidad LGBTQIA+ en Antofagasta. El Diario de Antofagasta, Antofagasta, Chile, 29 de junio.

Finalmente, nueve de los formalizados fueron condenados. El resto salió en libertad, mas no libres del estigma.

Las demandas de las disidencias sexo-genéricas no tuvieron una articulación propiamente tal, sino hasta la primera protesta por los derechos de las diversidades sexuales en Chile, llevada a cabo el 22 de abril de 1973, en la Plaza de Armas de Santiago³⁴. Concurrieron varios homosexuales. Algunos travestidos. Algunos que se dedicaban a la prostitución. La mayoría perteneciente a estratos sociales vulnerables. La mayoría menores de edad. Se congregaron a denunciar el constante acoso y maltrato por parte de funcionarios de Carabineros, quienes llevaban a cabo redadas y detenían a los homosexuales por “ofensas a la moral y las buenas costumbres” (en virtud del artículo 373 del Código Penal, vigente hasta el día de hoy). La manifestación causó gran conmoción en la población. Pese a que la llegada de la Unidad Popular al gobierno implicó un distanciamiento importante del conservadurismo, esto no se vio reflejado en un mayor respeto hacia las diversidades sexo-genéricas. Las reacciones violentas y homofóbicas fueron transversales en la sociedad. El periódico “El Clarín”, una publicación de izquierda de la época, publicó el infame titular de “Ostentación de sus desviaciones sexuales hicieron los maracos en la Plaza de Armas”³⁵, agregando en un pie de foto que “entre otras cosas, los homosexuales quieren que se legisle para que puedan casarse y hacer las mil y una sin persecución policial. La que se armaría. Con razón un viejo propuso rociarlos con parafina y tirarles un fósforo encendido”³⁶. La prensa cumplió la doble función de reflejar y moldear la opinión pública, ultra conservadora en cuanto a diversidad sexual.

Luego, ocurrió el golpe de Estado. En virtud de los 50 años del golpe, es de especial importancia tratar la represión y lesiones a los Derechos Humanos que sufrieron las disidencias sexo-genéricas durante la dictadura militar (1973 – 1990)³⁷.

³⁴ MARCAZZOLO, L. 2011. La primera marcha gay. The Clinic, Santiago, Chile, 2 de octubre.

³⁵ OSTENTACIÓN de sus desviaciones sexuales hicieron los maracos. 1973. El Clarín, Santiago, Chile, 24 de abril. Año XIX, N° 6777.

³⁶ Ibid.

³⁷ DESRUJES, A. Diversidad sexual en dictadura militar (1973 – 1990). Museo de la Memoria y los Derechos Humanos.

Esto es una tarea difícil, debido a la escasez de investigaciones sobre la experiencia específica de la comunidad LGBTIQ+ durante este periodo (lo cual se podría entender como discriminatorio en sí mismo).

Ahora, se debe aclarar que el régimen militar no tuvo una política de persecución y represión especialmente dirigida contra las disidencias sexuales. Pero eso no fue obstáculo para llevar a cabo violaciones específicas en contra de sus derechos humanos. La dictadura vino a reforzar los ya rígidos roles de género, lo cual agravó la discriminación y agresión a la que las diversidades sexo-genéricas estaban expuestas en su vida cotidiana, incluso antes del golpe militar. Y encima de eso, los estudios y testimonios que se han vertido dan cuenta de la compleja intersección entre diversidad sexual y clase social. Respecto a los homosexuales de clase alta, hubo una careta de “tolerancia” hasta cierta medida, que se reflejaba en controles más laxos del toque de queda y la vida nocturna. Esto no fue más que una herramienta para acallar un posible movimiento social que hubiera podido surgir desde ese grupo disidente (“pan y circo”, de cierta forma). Cuando se trataba de otros estratos sociales, la historia era distinta. Las personas sufrieron una represión doble en razón de su orientación sexual. Los militares sometieron a tratos denigrantes a las disidencias sexuales: les cortaban el cabello en público a los hombres con apariencia de “maricones” y les propinaban palizas. Varios homosexuales fueron asesinados durante redadas. Mujeres transgénero, varias de ellas dedicadas a la prostitución, han hablado de los homicidios a sus compañeras, sólo por su apariencia e identidad de género. Varias lesbianas detenidas se vieron expuestas a agresiones sexuales y violaciones correctivas. Los testimonios dan cuenta de que, si bien no hubo una represión sistemática en sentido estricto, el solo hecho de ser parte de la diversidad sexual implicó mayor intensidad en las torturas aplicadas. El terror como política pública se apoyó de la discriminación inherente en Chile, y la amplificó. Es triste ver como las cosas no han cambiado tanto, décadas después. En el “estallido social” de 2019, empezaron a circular diversos testimonios de abusos policiales específicos en contra de miembros de la comunidad LGBTIQ+.

Durante la dictadura, también ocurrió lo que hoy se conoce como el primer crimen de odio propiamente tal documentado en Chile. Se trata del homicidio lesbofóbico de Mónica Briones³⁸, pintora y escultora. Se dedicó al activismo y a exponer sus obras de arte durante la década de 1980, lo que la hizo el blanco de persecuciones y amenazas. La madrugada 9 de julio de 1984, mientras esperaba locomoción con una amiga, fue atacada de sorpresa por un hombre. El sujeto la golpeó en la cabeza reiteradas veces hasta hacerla caer al suelo, para luego propinar insultos lesbofóbicos. Falleció producto de un traumatismo encefálico craneal. En un principio, se hizo pasar por un accidente de tránsito, sin embargo sus familiares fueron informados de que se trató de un asesinato, y gente cercana afirma que la venían siguiendo por bastante tiempo antes del homicidio. Pese a la investigación, el caso fue cerrado en 1993, quedando el responsable en impunidad hasta el día de hoy. No fue sino hasta el año 2006 que, gracias a la investigación de la periodista y activista Érika Montecinos, se pudo determinar que efectivamente fue un femicidio motivado por lesbofobia.

Si hay algo que se puede rescatar del régimen militar, es que en ese periodo se crearon las primeras instancias de reivindicación LGBTQ+, con un marcado tono político. Destacan entre ellas la organización Ayuquelén, la primera en que las lesbianas pudieron canalizar sus demandas; y La Corporación Nacional del SIDA, la cual buscó afrontar la problemática de la propagación del VIH-SIDA ante la inoperancia del Estado y el estigma social. Además, las diversidades sexuales generaron importantes espacios de resistencia artística y cultural. El grupo más notorio de la escena fue el de las Yeguas del Apocalipsis, conformado por Pedro Lemebel y Francisco Casas. Pioneros del arte performativo en Chile, visibilizaron la realidad de las disidencias sexuales en la sociedad chilena de ese entonces.

Tras el regreso a la democracia, los movimientos y organizaciones por los derechos de las diversidades sexuales fueron ganando espacio de a poco. Sin embargo, esto no implicó una disminución de la discriminación a nivel social.

³⁸ HOMICIDIO de Mónica Briones: primer caso documentado de un crimen de odio en Chile. 2019. Diario Uchile, Santiago, Chile, 9 de julio.

Un hito trágico, y complejo, en la década de 1990 fue el incendio de la *discoteque* “Divine”³⁹⁻⁴⁰, en Valparaíso, la cual era un lugar conocido de congregación para las disidencias sexo-genéricas. El 4 de septiembre de 1993, la fiesta se vería abruptamente interrumpida por el fuego, cobrando 16 vidas y resultando 29 personas heridas. En principio, se determinó que la causa fue un cortocircuito, pero pronto se sugirió, por parte de los dueños del local, que fue un crimen de odio homofóbico. A pesar de estas acusaciones (o quizás debido a ellas), el Poder Judicial fue negligente a la hora de probar dicha hipótesis, en tanto no se agotaron las diligencias clave. Además, varios testigos denunciaron maltratos policiales durante el curso de la investigación, la cual se cerró el año siguiente, sin determinar las causas del incendio y sin condenados. La investigación se reabrió el 2003 y se cerró el 2010. En un giro impactante, se determinó que las alegaciones de crimen homofóbico eran una careta para tapar la paupérrima infraestructura y mantención del local, en un afán por encubrir la responsabilidad penal de los dueños por cuasidelito de homicidio. Desafortunadamente, debido a la prescripción de la acción penal no se pudo hacer efectiva dicha responsabilidad. Este hito no solo muestra la displicencia del sistema judicial ante asuntos que conciernen a las diversidades sexuales, sino que también muestra la insensibilidad hacia su realidad. Por supuesto que los rumores de un crimen de odio generan un fuerte sentimiento generalizado de indefensión y miedo en la comunidad LGBTIQ+. Es una falta de respeto gravísima instrumentalizar este terrorismo psicológico, con el solo fin de evadir la responsabilidad penal.

Con todo, durante este periodo se empezaron a lograr avances a nivel institucional. La principal lucha durante la década de 1990 fue la despenalización de la sodomía⁴¹, tipificada hasta ese entonces en el artículo 365 del Código Penal. Un breve paréntesis: este hito ha sido referido comúnmente como la “despenalización de la homosexualidad”; sin embargo, este trabajo rechaza dicha denominación,

³⁹ A 25 AÑOS del incendio de la Divine: Olvido sin justicia. 2018. El Desconcierto, Santiago, Chile, 4 de septiembre.

⁴⁰ MOVILH. 2010. Discoteca Divine. La verdadera historia. III. Informe MOVILH-Divine, la justicia que merecen las víctimas.

⁴¹ YÁÑEZ, C. 2019. Cuando en Chile tener relaciones homosexuales era un crimen: 20 años de la derogación del artículo 365 del Código Penal. La Tercera, Santiago, Chile, 3 de abril.

pues incurre en el error de reducir la homosexualidad al acto sexual, ignorando la importante fase afectiva inherente en toda orientación sexual. Además, no significó una total despenalización.

La derogación del tipo penal de sodomía se consiguió gracias a la promulgación de la Ley 19.617, publicada en el Diario Oficial el 12 de julio del 1999, y cuya deliberación suscitó acalorados debates entre los miembros del Congreso Nacional (con algunos parlamentarios argumentando abiertamente en contra, tratando la homosexualidad como algo antinatural y anormal). Esto significó un avance, pero no completamente satisfactorio, pues se limita a reformular el artículo en cuestión, quedando de la siguiente manera: *“El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”*. Se tipifica la sodomía de acuerdo a la edad de consentimiento del sujeto pasivo. Esta reforma es insatisfactoria, pues establece discriminación contra las relaciones homosexuales, en comparación a las heterosexuales. Esto por la arbitraria desigualdad en la edad de consentimiento: para las relaciones homosexuales sería de 18 años, mientras que para relaciones heterosexuales se mantendría en 14 años. Además, con esta formulación serían punibles incluso las relaciones homosexuales consentidas entre menores de edad, lo cual es un obstáculo considerable a la formación sana e integral de los/las/les adolescentes, sobre todo en la formación de una relación sana con su propia sexualidad.

No fue sino hasta el 24 de agosto del 2022, con la publicación de la Ley 21.483 (conocida como “Ley Tamara”), que se deroga el citado artículo 365 del Código Penal. Así, se iguala la edad de consentimiento para todas las personas, independiente de su orientación sexual, sin penalizar las relaciones homosexuales de manera diferenciada. Si bien no hay que bajarle el perfil a este significativo triunfo, no se puede dejar de notar lo tarde que llega este cambio. Desde que existe el Código Penal chileno, pasaron más de 145 años en que se penalizaron las prácticas homosexuales, invadiendo una esfera privada importante. Y los prejuicios

sociales jugaron un papel determinante en esto, pues el cambio social fomenta la creación o reforma legislativa, no viceversa.

Así, con este panorama claro, se evidencia cómo los controles formales (a nivel institucional) e informales (a nivel social) han trabajado en conjunto para crear una situación de discriminación estructural, que deja vulnerable a las diversidades sexo-genéricas frente a una comunidad entera que no les ha dado el respeto y dignidad que todo ser humano merece.

Ahora, corresponde ver dónde se sitúa dentro de todo esto la Ley 20.609, conocida comúnmente como Ley Zamudio.

2.2.- Contexto inmediato de la Ley 20.609.

Se reservó para esta sección un hito importante en la cronología LGBTIQ+ en Chile. Hito sin el cual no se puede comprender el cuerpo legal objeto del presente trabajo. Este consiste en el homicidio del joven Daniel Zamudio⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴⁻⁴⁵, perpetrado con motivaciones homofóbicas.

El joven Daniel era abiertamente homosexual desde su adolescencia. Esto lo hizo el blanco de burlas por parte de sus compañeros en el colegio. A la fecha de los hechos, trabajaba en una tienda de ropa y juntaba dinero para continuar sus estudios. Antes del suceso, ya había sido objeto de acoso y amenazas homofóbicas, principalmente saliendo de fiestas, camino de vuelta a su hogar. Su madre relata que, el año anterior al ataque, saliendo de la *discoteque Blondie* (que suele ser concurrida por personas de las disidencias sexo-genéricas), Daniel ya había recibido amenazas contra su vida por parte de un grupo de tendencia neonazi. Incluso comentó que era recurrente ver pandillas esperando fuera de los locales,

⁴² MONTES, R. 2012. La Muerte de un joven gay reabre el debate sobre la homofobia en Chile. El País, Madrid, España, 27 de marzo.

⁴³ GUTIÉRREZ, C. 2012. La vida de Daniel Zamudio antes de la brutal golpiza. The Clinic, Santiago, Chile, 7 de marzo.

⁴⁴ MUERE DANIEL Zamudio, víctima y símbolo de la violencia homofóbica. 2012. El Mostrador, Santiago, Chile, 27 de marzo.

⁴⁵ LAS PENAS por el crimen de Daniel Zamudio. 2013. Radio Cooperativa, Santiago, Chile, 28 de octubre.

para agredir a las personas que salían de allí (presumiblemente, en razón de su orientación sexual e identidad y expresión de género).

En la madrugada del sábado 3 de marzo del 2012, cuando regresaba de una fiesta, fue abordado por un grupo de cuatro neonazis, en el Parque San Borja, ubicado en la comuna de Santiago. Tres de ellos contaban con antecedentes por hurto, robo y ataques homofóbicos y xenofóbicos. El joven fue atacado brutalmente y torturado por alrededor de cinco a seis horas. Fue encontrado inconsciente, sin sus pertenencias ni documentos, con graves lesiones, marcas de quemaduras de cigarrillos y esvásticas en varias partes de su cuerpo. Luego, fue trasladado a la Posta Central, donde se mantuvo en un coma inducido, por más de veinte días. El 27 de marzo del mismo año, a las 19:45, se declaró oficialmente el deceso de Daniel Zamudio, por un trauma neuroquirúrgico que le provocó la muerte cerebral.

Luego del fallecimiento, los imputados fueron formalizados por el delito de homicidio calificado con ensañamiento, en grado de consumado. Fue la misma Fiscalía que determinó como motivación del delito la orientación sexual del joven Zamudio. Concluida la investigación penal, el 28 de octubre del 2013 se dicta sentencia condenatoria por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. En ella, se condena a Patricio Ahumada Garay (a quien se le atribuyó la principal responsabilidad) a presidio perpetuo simple; a Alejandro Angulo y Raúl López a 15 años de privación de libertad; y a Fabián Mora a 7 años de privación de libertad.

Desde que se dio a conocer el horrible ataque del que Daniel fue víctima, hubo una fuerte conmoción a nivel nacional e internacional, generando un fuerte repudio por parte de la opinión pública. Por supuesto que varias personas de la comunidad LGBTIQ+ habían sido objeto de violencia, pero este fue el primer caso en el siglo XXI que presentó estas características en nuestro país. El suceso reabrió el debate sobre la homofobia en Chile, y en general sobre la violencia que se ejerce sobre las diversidades sexuales y de género. El núcleo de la discusión se centró en las responsabilidades que les cabe a los(as) parlamentarios(as), al sistema de administración de justicia, y la ciudadanía en general en la formación de una sociedad que históricamente no ha aceptado a quienes son diferentes.

Varias organizaciones de la sociedad civil, particularmente aquellas enfocadas en la promoción de los derechos de las diversidades sexuales, prestaron apoyo al joven y a su familia. Jaime Parada, el entonces vocero del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) dio un emotivo discurso el día del deceso, atribuyendo responsabilidad al sector del Congreso Nacional que venía por varios años poniendo trabas a la aprobación de la Ley antidiscriminación. Parada expresó que “Hay un grupo de conservadores enquistados en el Congreso que le deben una explicación al país. Nos deben siete años de discriminación, eso es lo que se ha demorado la ley. Los treinta y tres diputados de la UDI, los nueve de Renovación Nacional y el uno de la Democracia Cristiana que pusieron el requerimiento ante el Tribunal Constitucional son todos responsables morales de lo que le ha pasado a Daniel y de lo que le está pasando a muchos otros Daniel en distintas partes de Chile”.

Estas organizaciones también participaron de diversas manifestaciones públicas, tanto antes como después del deceso. En ellas, la consigna principal fue la falta de una institucionalidad antidiscriminación lo suficientemente robusta y articulada para prevenir, y hacer frente, a diversas formas de discriminación. Entre ellas, los crímenes de odio.

Antes del ataque al joven Zamudio, se venía tramitando el proyecto de ley contra la discriminación, mediante el Boletín N° 3518, presentado durante la administración de Ricardo Lagos, en el año 2005. Esta tramitación se había visto entorpecida por la poca voluntad de legislar sobre el tema. Particularmente, sectores de centroderecha y de derecha estaban en contra de legislar respecto a esta materia, pues tenían la creencia de que esto abriría demasiados espacios a la comunidad LGBTIQ+, particularmente el matrimonio igualitario (el cual no se aprobó sino hasta el año 2022). Llama la atención como este sector de la política chilena considera, incluso hasta el día de hoy, materializar el principio de igualdad como algo indeseable, y hasta peligroso, cuando se trata de las disidencias sexuales.

Sin embargo, las noticias de la brutal agresión, en adición a otros sucesos que ocurrieron el mismo año (notoriamente, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado de Chile por discriminación en contra de la jueza Karen Atala Riffo, que fue un fuerte llamado de atención respecto de la observancia de los derechos humanos), hicieron urgente que se tomaran medidas por parte de las autoridades. Particularmente, diversos sectores exigieron que se agilizará el debate parlamentario. Es por esto que se le da al proyecto de ley urgencia para su tramitación, acelerando el proceso en el poder legislativo, con el fin de responder a las demandas contingentes.

Así, el 24 de julio del 2012 se publica, y entra en vigencia, la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Desde antes de su promulgación, y hasta el día de hoy, se conoce comúnmente como “Ley Zamudio”, en honor a Daniel.

Al momento de su promulgación, la opinión pública estaba mayoritariamente conteste en que era uno de los triunfos más importantes en la historia institucional chilena, en la lucha contra la discriminación. Pero yendo más allá del optimismo inicial, cabe preguntarse ¿es satisfactorio el resultado del proceso legislativo? ¿Es realmente capaz de hacer frente a las diversas formas de discriminación, particularmente la que se dirige a diversidades sexo-genéricas?

CAPÍTULO 3: Contenido de la Ley 20.609.

A grandes rasgos, la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, se caracteriza por su brevedad: consta de tres títulos, y dieciocho artículos en total. El primer título trata sobre las disposiciones generales, fijando el objetivo de la Ley y entregando una definición legal de discriminación arbitraria.

El segundo título crea la Acción de no discriminación arbitraria, una acción judicial hecha especialmente para enfrentar casos de discriminación arbitraria. Se entrega una definición, se fija quiénes tienen legitimación activa y los tribunales competentes para conocer de los asuntos que se canalicen a través de ella, las reglas del procedimiento y el sistema de recursos aplicable. Este título constituye el grueso del contenido de la Ley.

Por último, el tercer título establece reformas a otros cuerpos legales para compatibilizarlos con el contenido de la Ley. De especial interés es el artículo 17, que agrega al artículo 12 del Código Penal la agravante por haber cometido el crimen o simple delito estando el autor motivado por razones discriminatorias respecto de la víctima (particularmente, motivado por “categorías sospechosas” que reúne el sujeto pasivo). Ésta puede considerarse como la primera “tipificación” de los crímenes de odio en el sistema jurídico nacional. Además, se consagra en el artículo final una regla general de interpretación según la que, salvo los artículos expresos del título tercero, las normas de la Ley 20.609 no pueden interpretarse como modificatorias o derogatorias de otros cuerpos legales.

Al momento promulgarse la Ley, se señaló que era un paso importante en la lucha contra la discriminación, en tanto “no solo incorporó la orientación sexual como una ‘categoría sospechosa’ de ser utilizada como una forma irracional o injustificada de establecer diferencias entre los individuos sino que, además, introdujo un mecanismo procesal especial para combatir actos de discriminación arbitraria (la ‘acción de no discriminación arbitraria’), estableció una obligación de prevención, y creó una agravante penal en casos de perpetrarse crímenes de odio

en contra de una serie de grupos, incluidos los homosexuales”⁴⁶. Ahora, si analizamos el contenido mismo de la Ley, ¿es realmente suficiente para respaldar esta optimista perspectiva?

Se entrará a analizar el contenido de la Ley, primero en términos generales, fijando como estándar lo establecido en materia de antidiscriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, se dedicará una sección específica para la agravante N° 21 del artículo 12 del Código Penal, sobre los crímenes y delitos de odio.

Desde ya, se adelanta que la Ley adolece de una técnica legislativa paupérrima, que redunde en obstáculos para su eficacia como herramienta contra la discriminación arbitraria.

3.1.- Aspectos sustantivos generales de la Ley 20.609.

Los primeros dos artículos de la Ley en comento tratan sobre las disposiciones generales, que vienen a sentar las bases sustantivas del derecho antidiscriminación a nivel legal. Son estas disposiciones las que merecen los mayores reparos.

El artículo 1° fija el objetivo o propósito de la Ley, consagrando que *“esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”*. Su inciso segundo agrega un mandato general a los órganos de la Administración del Estado, indicando que les corresponderá *“(…) dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

⁴⁶ COUSO, J. 2012. Acerca de la pertinencia de la nueva Ley de No Discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile. Derecho Público Iberoamericano. N° 1. p. 195.

Desde ya, se puede ver que estas disposiciones fijadas por el legislador le hacen un flaco favor a la Ley. De entrada, se establece un objetivo extremadamente limitado, para lo que se supone es una Ley general en materia antidiscriminación.

Se expresa como objetivo fundamental, la instauración de un mecanismo judicial para restablecer el imperio del derecho (llama la atención el lenguaje prácticamente idéntico a la acción de protección regulada en el artículo 20 de la Constitución). Teniendo en cuenta que “el objetivo esencial de toda legislación general antidiscriminatoria es el combate a la discriminación arbitraria”⁴⁷, el resultado legislativo es, cuando menos, decepcionante. Esta restrictiva concepción del propósito de la Ley, demuestra que “no se busca terminar con las discriminaciones o crear política pública; sólo se trata de establecer una acción judicial, que se vino a sumar a las otras garantías jurisdiccionales frente a las vulneraciones de derechos”⁴⁸, en particular, la acción de protección y la acción de amparo, ambas reguladas por la Constitución Política.

Esto es aún más problemático y confuso si se tiene en cuenta que el proyecto de ley ingresado el año 2005 definía como objetivo de la Ley el “prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona”, lo que es mucho más robusto y pertinente en comparación a lo que actualmente consta en el cuerpo legal. Además, el Mensaje de la Ley indicaba que su propósito consistía en “otorgar un tratamiento integral y más efectivo a la no discriminación”, lo cual se aleja diametralmente de lo que indica el texto legal.

En cuanto al deber del inciso segundo de este artículo, a primera vista impone a los órganos de la Administración del Estado la obligación de definir e implementar políticas públicas tendientes a prevenir y afrontar las situaciones de discriminación arbitraria. Sin embargo, “la redacción de este inciso es a tal punto confusa, que la existencia del deber en comento no es más que una posibilidad

⁴⁷ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? Revista Actualidad Jurídica. N° 28. p 287.

⁴⁸ GAUCHÉ, X. 2014. Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 5. N° 1. p 37.

interpretativa de la norma”⁴⁹. En realidad, el inciso en cuestión establece la obligación de los órganos del Estado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, debiendo ejecutar dicha obligación sin incurrir en discriminación arbitraria, haciendo de esta última “sólo la modalidad, no el corazón de la política pública”⁵⁰. De esta forma, se establece un deber excesivamente genérico (que podría verse incluso como una reiteración del artículo quinto inciso segundo de la Constitución), el cual “no se ha traducido en una política pública a favor de la no discriminación con acciones y lineamientos concretos, ni en el establecimiento de plazos para ello”⁵¹.

Con tan solo el primer artículo de la Ley, se puede dilucidar que el análisis restante no es alentador.

Luego está el segundo artículo, de suma importancia, toda vez que es el primero en entregar una definición legal de discriminación arbitraria. De acuerdo a él, “(...) 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 y expresión de género, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Agrega el inciso segundo que “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”.

⁴⁹ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. Ob. Cit. p. 288

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ GAUCHÉ, X. 2013. Ob. Cit. p. 42

Finaliza el inciso tercero indicando que *“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”*.

Hay varios elementos relevantes que mencionar en este artículo. En primer lugar, no se puede pasar por alto su primer inciso, cuando hace referencia a la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales (que, curiosamente, de nuevo utiliza vocabulario propio de la acción constitucional de protección). Para entender bien este elemento, y los demás que serán comentados, es necesario recurrir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido que no todo trato diferenciado va a ser discriminatorio, siempre y cuando los criterios en que se base dicha diferenciación sean razonables y objetivos, y que se persiga un fin legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En suma, es legítimo cuando supera un “test de razonabilidad” respecto a estos criterios. Además, el mismo Comité, interpretando el principio de no discriminación contenido en el Pacto, establece que tanto el artículo 2 (que garantiza la no discriminación en el goce de los derechos estatuidos por dicho instrumento internacional), como el artículo 26 (que proscribire la discriminación formal o material en cualquier ámbito) establecen derechos autónomos. Así, “se puede estar frente a una discriminación aun cuando no se afecten los derechos estatuidos en el Pacto”⁵².

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha determinado que “el derecho a la no discriminación debe ser

⁵² DÍAZ, I. 2013. Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los Derechos Internacional y Constitucional. Revista Chilena de Derecho. Vol. 40. N° 2. p. 638

en sí mismo protegido mediante un recurso judicial efectivo, sin necesidad de referencia a otros derechos”⁵³.

En base a los pronunciamientos de ambos Comités, que coinciden con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pueden establecer los siguientes requisitos para determinar si efectivamente hay o no discriminación arbitraria: “que exista una diferencia de trato y que esa diferencia carezca de (...) justificación admisible. Adicionalmente, los dos Comités expresamente han independizado la noción de discriminación de la lesión de derechos contemplados en el Derecho internacional”⁵⁴; es decir, la no discriminación goza de protección como derecho autónomo. Cabe mencionar que esta doctrina ha sido recogida por los fallos del Tribunal Constitucional chileno.

Este estándar internacional no se cumple en la Ley 20.609. Del artículo dos se desprenden tres requisitos copulativos: primero, que se trate de una distinción, exclusión o restricción (se estima que no es necesario que “exclusión” y “restricción” consten en el texto legal, toda vez que ambas se comprenden como formas de “distinción”); luego, que carezca de justificación razonable; y, por último, que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Este último requisito no solo se omite en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que lo contraviene abiertamente, en tanto ya se ha asentado la autonomía de la no discriminación.

De esta manera, de acuerdo a la Ley chilena, solo se pueden impugnar aquellos actos discriminatorios que resulten en la vulneración de otros derechos, pero no se pueden sancionar aquellos actos discriminatorios *per se*. Así, “al exigir la vulneración de un derecho adicional a la no discriminación, la infracción de éste último se hace irrelevante, toda vez que la reclamación podría fundamentarse exclusivamente en el derecho adicional en cuestión”⁵⁵.

⁵³ DÍAZ, I. 2013. Ob. Cit. p. 638

⁵⁴ Ibid. p 639

⁵⁵ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. Ob. Cit. p. 281

En la misma línea, Iván Díaz García⁵⁶ señala que este concepto legal presenta los siguientes problemas: vacía de contenido al derecho a la no discriminación, que pasa a ser jurídicamente irrelevante si no se infringe algún otro derecho fundamental; disminuye la cantidad de casos susceptibles de tutela legal; impone exigencias probatorias adicionales a quien pretende invocar la Ley contra la discriminación; y, como resultado, genera un desincentivo al uso de la acción de no discriminación contemplada en la Ley.

Entonces, a partir de este primer elemento de la definición legal de discriminación arbitraria, se tiene como consecuencia que “la acción de la Ley 20.609 se torna ineficaz y deja como único camino la posibilidad de un recurso de protección por la garantía de igualdad ante la ley”⁵⁷.

A continuación, la definición legal del artículo dos establece un listado de lo que se ha entendido en el Derecho Internacional como las “categorías sospechosas” o “factores prohibidos”. Estas “tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (...) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data”⁵⁸, y suelen ser rasgos estrechamente vinculados con la identidad de las personas. De acuerdo a los estándares internacionales, este listado no puede concebirse como taxativo (en virtud de la fórmula residual “u otra condición social” que se suele incluir cuando se habla de categorías sospechosas en materia antidiscriminación).

En el Derecho Internacional, se prohíbe la diferencia de trato basada en alguna categoría sospechosa. Sin embargo, y como ya se indicó anteriormente, no todo trato diferenciado, fundado en alguna categoría sospechosa, va a constituir *per se* discriminación. Siempre que la distinción se funde en una justificación admisible, esta será legítima. Con todo, cuando se base en un factor prohibido, “el estándar o nivel de justificación debe ser todavía más alto o, (...), especialmente reforzado”⁵⁹.

⁵⁶ DÍAZ, I. 2013. Ob. Cit. p. 642 - 643

⁵⁷ GAUCHÉ, X. 2014. Ob. Cit. p. 39

⁵⁸ Ibid. p 19

⁵⁹ DÍAZ, I. 2013. Ob. Cit. p. 645

Por tanto, la regla general es que el trato diferenciado basado en alguna de las categorías sospechosas está prohibido, mientras que la excepción sería que se permite siempre y cuando se cumpla un estándar reforzado de justificación. Esto necesariamente implica una alteración del *onus probandi* (carga de la prueba), de manera tal que la legitimidad del trato diferenciado se debe probar por quien lo haya cometido.

Esta alteración de la carga probatoria responde a que “una diferencia de trato fundada en cualquiera de las propiedades mencionadas no es constitutiva, pero sí indiciaria de una discriminación”⁶⁰.

Ahora, el problema de las categorías sospechosas presentes en la definición legal no se encuentra en el listado en sí, sino en su nexos con el resto del inciso. De acuerdo a la disposición legal, la discriminación es arbitraria “*en particular*” cuando se funde en alguna de las categorías sospechosas que ahí se mencionan.

Ocurre que, “la expresión elegida para hacer el enlace entre la definición y las propiedades mencionadas (‘en particular’) no permite precisar cuál es el rol que cumplen los tales criterios en la configuración de una discriminación y da lugar a diversas interpretaciones”⁶¹, sin determinar, por ejemplo, si se trata de meras ejemplificaciones o, por el contrario, de calificantes en cuanto a la arbitrariedad de la discriminación. Y encima, algunas de las interpretaciones que se han planteado para salvar este defecto, no resultan contestes con los estándares internacionales. Esta ambigua redacción evidencia la falta de claridad en cuanto a la intención del legislador, e “impide determinar el impacto que tienen en el concepto de discriminación ofrecido por la ley”⁶². El legislador aún no se ha encargado de aclarar este asunto, dejándolo al discernimiento de los tribunales.

Un último aspecto muy relevante respecto al concepto de discriminación arbitraria, se encuentra en el inciso final del artículo dos, que establece una presunción de razonabilidad. Según ésta, si la distinción se justifica en el ejercicio

⁶⁰ DÍAZ, I. 2013. Ob. Cit.. p. 645

⁶¹ Ibid. p. 649

⁶² Ibid. p. 650

de un derecho fundamental o “en otra causa constitucionalmente legítima”, aun cuando se base en una categoría sospechosa, se considerará razonable. Indica el inciso que se considerarán “*en especial*” razonables los tratos diferenciados que se justifiquen en el derecho a la vida privada y la honra; en la libertad de conciencia; la libertad de enseñanza; la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa; el derecho de asociarse sin permiso previo; la libertad de trabajo; y el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (todas garantías fundamentales del artículo 19 de la Constitución).

Para entender este precepto, se debe atender a que, de acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la no discriminación posee una doble dimensión. Por un lado, es un principio básico y general que informa toda la protección de los derechos humanos (como norma de *ius cogens*). Y, a la vez, se le atribuye una dimensión de derecho autónomo, como derecho a no sufrir de discriminación arbitraria. De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia internacional, “bajo ninguna de las dos facetas resulta posible sostener que la prohibición de discriminar se subordina a alguno de los demás derechos conferidos por el Derecho internacional”⁶³. Incluso, como principio de *ius cogens*, podría tener un nivel preferente. Cabe mencionar que, a nivel constitucional, la no discriminación también se encontraría recogida en estas dos dimensiones.

De acuerdo a esto, la disposición legal es de especial gravedad, toda vez que establece que la no discriminación es un derecho subordinado. Así, la Ley estaría creando una jerarquía de derechos, en donde “la no discriminación sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales”⁶⁴.

Esto va totalmente en contra de los estándares de derechos humanos. No solo por la inexistencia de una preferencia de otros derechos fundamentales por sobre la no discriminación, sino porque “no es la tutela de aquellos derechos o bienes lo que suprime el carácter discriminatorio de una diferencia de trato, sino el

⁶³ DÍAZ, I. 2013. Ob. Cit. p. 652

⁶⁴ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. Ob. Cit. p. 284

cumplimiento de los criterios de razonabilidad, objetividad y de legitimidad o proporcionalidad”⁶⁵.

Finalmente, este inciso termina por complicar el trabajo del juez, “quien se ve obligado a interpretar una norma que no ofrece ningún sentido plenamente satisfactorio, y a alejarse de su labor esencial en casos de discriminación, cual es calificar la razonabilidad de la medida”⁶⁶.

Es por todos estos elementos que la definición de “discriminación arbitraria” que entrega la ley es en extremo deficiente, limitando considerablemente el alcance y eficacia de la normativa antidiscriminación.

Además, en cuanto a contenido sustantivo, la Ley 20.609 omite aspectos relevantes que debería considerar toda legislación antidiscriminación sólida. Omisiones que contribuyen a su deficiencia. Uno de los aspectos más criticados, es que la Ley no distingue expresamente entre discriminación directa e indirecta. Esta última “surge de normas que a primera vista parecieran no ser discriminatorias (...). Sin embargo, la aplicación práctica de la norma resulta en un claro perjuicio para un grupo, sin que ello sea razonable o justificable”⁶⁷. Al no pronunciarse sobre este asunto, la Ley le encomienda al juez la tarea de determinar si la discriminación de este tipo es sancionable o no. Al hacer esto sin una base normativa mínima, inevitablemente se deja en un estado de incertidumbre jurídica perjudicial para aquellos grupos minoritarios expuestos a este tipo de discriminación arbitraria.

Otro punto importante que omite la Ley, es la distinción entre discriminación grupal e individual. Lo que hace el texto legal es oscilar de manera confusa entre ambas aproximaciones. Por un lado, prima la dimensión individual, toda vez que se define “discriminación arbitraria” basada en una noción de igualdad que se centra en la persona individual, y en el ejercicio que ésta hace de sus derechos fundamentales. Por otro lado, también se vale de una dimensión grupal de discriminación al tratar las categorías sospechosas, identificando “grupos sujetos a

⁶⁵ DÍAZ, I. 2013. Ob. Cit. p. 657

⁶⁶ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. Ob. Cit. p. 285

⁶⁷ Ibid. p. 289

discriminación, presumiendo que los individuos pertenecientes a esos grupos sufren discriminación por su pertenencia al grupo”⁶⁸.

Como se dijo, la definición legal enfatiza en el ejercicio individual de los derechos fundamentales, dejando de lado la noción grupal. Esto es problemático, pues ésta última debe ser un pilar fundamental en la legislación antidiscriminación. En virtud de ella, “la finalidad principal de las normas antidiscriminatorias se convierte en la eliminación de ‘castas’ o categorías de ciudadanos de segunda”⁶⁹, lo cual coincide más con el objetivo que se le otorgó a la Ley en el proyecto inicial.

En suma, la Ley 20.609 no cumple la función de ley general contra la discriminación (que fue el propósito con el que se “vendió”), debido al escaso e insuficiente contenido sustantivo antidiscriminación que posee. Esto denota una falta de comprensión del concepto mismo de discriminación, y de las diversas formas en que se puede manifestar. Finalmente, la ley “resuelve poco, deja preguntas y discusiones fundamentales sin zanjar, y le endosa la juez la responsabilidad de desarrollar una dogmática antidiscriminatoria en que la contribución del legislador era fundamental”⁷⁰.

A continuación, el título segundo trata sobre la regulación de la “*acción de no discriminación arbitraria*”. Esta ocupa la mayor parte del texto legal, y podría decirse que es su principal aporte. Por tanto, vale la pena mencionar algunos aspectos relevantes de dicha acción.

A modo general, posee legitimación activa toda persona discriminada en el ejercicio de su derecho fundamental, sea por sí misma o por cualquiera a su nombre. Se debe interponer la acción dentro de noventa días corridos desde que ocurre la discriminación, o desde que se tiene conocimiento de ella, sin poder deducirse luego de un año de ocurrida la acción/omisión discriminatoria. Los directamente afectados pueden, a su elección, presentar la acción ante el juez de letras de su domicilio o el del domicilio del responsable de la acción u omisión.

⁶⁸ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. Ob. Cit. p. 290

⁶⁹ Ibid. p. 291

⁷⁰ Ibid. p. 293

Se debe interponer por escrito, pudiendo hacerse verbalmente en casos urgentes (debiendo la secretaría del tribunal competente levantar acta). Respecto a esto, se ha dicho que la Ley pudo ser más rigurosa, declarando que el patrocinio en la demanda no será necesario, para garantizar de mejor manera y facilitar el ejercicio de esta acción⁷¹.

El procedimiento corresponde al juicio sumario. El llamado a conciliación se realiza si asisten todas las partes a las audiencias, y se llevará a cabo luego de evacuados los informes solicitados a la persona denunciada.

La prueba será apreciada por el tribunal de acuerdo a la sana crítica, admitiéndose todos los medios probatorios. Acá se puede identificar otra importante falencia. Se debe recordar lo ya dicho respecto a la carga de la prueba cuando la discriminación se alega respecto de alguna de las categorías sospechosas. En efecto, “si la regla es la prohibición de establecer diferencias fundadas en las llamadas ‘categorías sospechosas’ y, por tanto, la excepción es que se permitan en caso que se tenga una ‘justificación razonable’ que tiene que ser especialmente reforzada y sometida a un test de escrutinio más estricto (...), significa que se altera la carga de la prueba (*onus probandi*), porque al que ha realizado la diferenciación que otro u otra estima discriminación arbitraria le corresponderá probar la legitimidad de su accionar”⁷². Esto es así porque, como se dijo, todo trato diferenciado basado en “categorías sospechosas” es indiciario de discriminación arbitraria. Sin embargo, esta alteración del *onus probandi* no se establece expresamente en el texto legal. Esto es problemático, toda vez que se aplicaría la regla supletoria consistente en que los hechos se deben probar por quien los alega (en este caso, por la persona que sufre de discriminación en base a factores prohibidos), lo que no corresponde de acuerdo a los estándares de derecho internacional en materia antidiscriminación.

El fallo debe dictarse dentro de 15 días hábiles desde que la causa queda en estado de sentencia. En ella se determinará si se está o no ante una discriminación

⁷¹ GAUCHÉ, X. 2014. Ob. Cit.

⁷² Ibid. p. 44

arbitraria. En caso afirmativo, se dejará sin efecto el acto discriminatorio, se dispondrá que no sea reiterado o se ordenará que se ejecute el acto omitido. En caso de haber discriminación arbitraria, el tribunal debe aplicar una multa de cinco a cincuenta UTM, a beneficio fiscal, a las personas declaradas responsables de discriminación. También se plantea una multa al recurrente, de dos a veinte UTM, a beneficio fiscal, cuando la sentencia establezca que la denuncia carece de todo fundamento.

El establecimiento de las multas a beneficio fiscal es cuestionable, pues “no parecen mecanismos adecuados de reparación si pensamos que detrás de la acción lo que se alega es una vulneración de derechos fundamentales”⁷³. Lo ideal habría sido que la Ley estableciera una indemnización de perjuicios a favor de la persona que sufrió de discriminación, pues atiende directamente a la reparación del daño causado por el acto discriminatorio. O, en su defecto, consagrar otro mecanismo que sirva directamente para reparar los perjuicios que la persona discriminada sufrió como consecuencia del trato diferenciado injustificado. Se le permite al juez “*adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*”, dentro de las cuales se podría ordenar una indemnización de perjuicios. Sin embargo, la omisión de este elemento por parte del legislador es lamentable.

Así, del análisis de sus dos primeros títulos, se ve que la ley 20.609 adolece de falencias no menores, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Es por esto que la Constitución Política de la República sigue siendo la principal norma de antidiscriminación en Chile, a través de la acción de protección por privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de la garantía fundamental de igualdad ante la ley. Esto es así no tanto por su jerarquía, sino por el desarrollo que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. “En el mejor escenario, la Ley constituiría un sistema de protección antidiscriminación paralelo al

⁷³ GAUCHÉ, X. 2014. p. 45

constitucional, más acotado y de menor jerarquía. En el peor, la ley adolecería de importantes vicios de constitucionalidad”⁷⁴.

Ahora que se trataron los aspectos generales de la Ley en cuestión, se procederá a tratar particularmente la agravante de responsabilidad penal que introduce el título tercero.

3.2.- Sobre la agravante del artículo 12 N° 21 del Código Penal.

La Ley 20.609 finaliza con su título tercero, que introduce reformas a otros textos legales. El artículo 18 consagra la regla general sobre interpretación de la Ley: "*Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres artículos precedentes*".

Entre aquellas disposiciones, se encuentra el artículo 17, que modifica el artículo 12 del Código Penal, el cual consagra las causales agravantes de la responsabilidad penal. Así, se agrega el siguiente numeral: "*21ª. 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*".

Esta disposición es de especial relevancia, toda vez que se configura como una respuesta directa al homicidio homofóbico del cual Daniel Zamudio fue víctima. Hecho que, como se indicó, fue esencial para impulsar la tramitación y promulgación de la presente Ley antidiscriminación.

A nivel comparado, la protección penal ante la discriminación ha adoptado varias formas. Por un lado, algunos sistemas jurídicos han optado por tipificar conductas específicas que atentarían contra la igualdad, considerada como bien jurídico protegido. Conductas que, por consiguiente, también atentarían contra el derecho a no ser discriminado (algunos incluso han postulado la tipificación de la

⁷⁴ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. Ob. Cit. p. 296

discriminación *per se* como conducta punible). Otros ordenamientos jurídicos, en cambio, se han inclinado por consagrar una agravante genérica, en la que se plasman los motivos discriminatorios, y que es susceptible de aplicación respecto de la generalidad de conductas tipificadas en el respectivo código penal⁷⁵. Por último, hay ciertos sistemas jurídicos que han optado por establecer protección especial y general respecto de ciertas categorías de víctimas⁷⁶.

A partir de la Ley 20.609, el legislador chileno opta por la segunda estrategia, agregando al Código Penal la circunstancia agravante citada. Esta es la primera “tipificación” de los delitos y crímenes de odio que se hace en nuestro sistema jurídico, entendiendo estos como la forma más brutal e irracional en que se puede manifestar la discriminación arbitraria en una sociedad. Así, se agrava la responsabilidad penal del autor del crimen o simple delito, cuando su motivación radica en que la víctima reúne alguna de las categorías sospechosas enumeradas. Cabe mencionar que no se contemplan todas las que se expresan en el artículo segundo de la Ley, que entrega el marco general para los factores prohibidos.

Aterrizando al objeto del presente trabajo, la agravante citada considera expresamente dentro de los factores prohibidos tanto la orientación sexual como la identidad de género de la víctima. La categoría de orientación sexual debe interpretarse de manera restrictiva (en virtud del principio de legalidad y la consecuente prohibición de analogía en materia penal), limitando el concepto a la “opción o tendencia sexual del afectado por el trato discriminatorio”⁷⁷. El factor de identidad de género no estaba contemplado dentro del proyecto original de la Ley 20.609, pero en virtud de una indicación de varios miembros del Senado, se incorporó al texto definitivo con el fin de evitar y sancionar la violencia ejercida contra las personas transgénero y no binarias.

⁷⁵ SALINERO, S. 2013. La nueva agravante de discriminación. Los “delitos de odio”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLI. p. 277

⁷⁶ CORN, E. 2013. Apuntes acerca del problema de la discriminación y de su tratamiento penal. Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales. Vol. II. Nº 3. p. 144

⁷⁷ SALINERO, S. 2013. Ob. Cit. p. 301

De todas las posibles estrategias, se estima que el legislador opta por la más adecuada, teniendo en cuenta las características de la normativa penal sustantiva en Chile, donde se contempla una parte general para regular las agravantes, atenuantes y eximentes de responsabilidad penal. Tiene la ventaja de establecer un esquema más “flexible”, en tanto se ofrece al juez un mayor espacio de evaluación en el ámbito de la culpabilidad⁷⁸. Además, establecer una agravante genérica, aplicable a todos los tipos penales cuando concurren elementos de discriminación arbitraria, es mucho más práctico que tipificar conductas específicas que involucren discriminación, debido a los límites inherentes de la labor legislativa, incapaz de regular todas las formas específicas de discriminación relevantes en el ámbito penal.

Así, Chile se acerca más al modelo que EE.UU. ha establecido en materia antidiscriminación. Este consiste en configurar los delitos de odio (*hate crimes*) como delitos base agravados (tomando el concepto de delito en odio en sentido estricto, sin hacer referencia a figuras que criminalizan el discurso de odio, como se ha adoptado en Europa desde la segunda mitad del siglo XX)⁷⁹. Entonces, a la agravante por discriminación se le atribuye como objetivo “la protección de grupos que poseen un mayor riesgo de sufrir actos de humillación o desprecio en base a ciertas características que los señalan como ‘diferentes’ frente al canon social aceptado”⁸⁰.

Con todo, en razón del deficiente contenido sustantivo identificado en la Ley 20.609, esta agravante se queda corta desde su concepción. Esto porque el legislador no define qué va a entender por “crímenes/delitos de odio”, No se adopta un concepto legal que contemple sus diversas manifestaciones y que, en definitiva, sirva de base sustantiva necesaria para abordar de manera eficiente la

⁷⁸ CORN, E. 2013. Ob. Cit. p. 144

⁷⁹ LANDA, J. 2020. Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Nº 22-19. p. 16 - 17

⁸⁰ RODRÍGUEZ, M. Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP. p. 111

discriminación en el ámbito penal (pudiendo tomar como modelo, por ejemplo, el concepto que entrega el CEJIL sobre esta materia).

Además, esta técnica legislativa inevitablemente se enmarca en la discusión global respecto a la pertinencia del derecho penal como instrumento para combatir la discriminación. Desde la Criminología crítica que plantea el feminismo no punitivo, se cuestiona la excesiva confianza en el sistema penal como garante de la justicia social⁸¹. De manera crítica, se ha denominado como “*carceral feminism*” a la “visión de la justicia social como justicia penal, y de los sistemas punitivos de control como los mejores disuasivos motivacionales para el mal comportamiento de los hombres”⁸². Por su parte, la crítica planteada desde la Criminología *queer* se centra en los sistemas heteronormativos que han servido históricamente como sistemas de opresión, y se busca considerar la sexualidad como un elemento indispensable no solo en el estudio de actos criminales, sino también en la victimología y en los sistemas de administración de justicia⁸³.

A partir de ambas posturas se puede llegar a la misma conclusión: la técnica de utilizar el derecho penal para prevenir y sancionar la discriminación, particularmente cuando se trata de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, ha resultado extremadamente reduccionista. De acuerdo a Salo de Carvalho⁸⁴, la violencia contra la comunidad LGBTIQ+ se puede abordar desde tres dimensiones: la interpersonal, que sería el acto violento particular contra la persona determinada; la institucional, perpetrada por el Estado y sus diversos órganos; y la simbólica, plasmada en los sistemas formales e informales de socialización. El derecho penal interviene exclusivamente respecto de la violencia

⁸¹ ALBERTÍN, P, LANGARITA, J.A. y MAS GRAU, J. 2022. Delitos de odio anti-LGBTI+. Oportunidades, límites y desafíos en el sistema penal. Revista Española de Investigación Criminológica. Vol. 20 (2). p. 3

⁸² BERNSTEIN, E. 2005. Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism: The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns. Signs. 36 (1); citado en ALBERTÍN, P, LANGARITA, J.A. y MAS GRAU, J. 2022. Ob. Cit. p. 3

⁸³ ALBERTÍN, P, LANGARITA, J.A. y MAS GRAU, J. 2022. Ob. Cit. p. 4

⁸⁴ DE CARVALHO, S. 2014. Derecho Penal i Criminología. 4 (9); citado en ALBERTÍN, P, LANGARITA, J.A. y MAS GRAU, J. 2022. Ob. Cit. p. 4

interpersonal, enfocándose solo en el acto concreto que un individuo en particular perpetra en contra de otra persona específica.

Es así como “el sistema penal produce individuación y despolitización de las respuestas a los problemas sociales”⁸⁵, limitando la violencia contra las disidencias sexo-genéricas a una mera relación entre la persona del autor y de la víctima, sin considerar que estas agresiones se despliegan en un contexto complejo, donde predomina un sistema heteronormativo a la par de fuertes prejuicios sociales. No se logra contemplar la violencia discriminatoria contra el colectivo LGBTIQ+ como un fenómeno multidimensional.

Otros reparos van en la línea de que basarse en el “odio” con que el autor comete el delito resulta contraproducente, pues es un concepto confuso y vago, que generaría incerteza jurídica. A la vez, se ha hablado de la dificultad subyacente de este tipo de delitos, a raíz de su carácter cultural y contingente, en tanto los prejuicios imperantes en una sociedad inevitablemente cambian en razón del contexto específico que se esté viviendo, lo cual excede los límites de lo meramente legal⁸⁶.

Sin embargo, y sin perjuicio de estas críticas, la existencia de una agravante penal en materia de discriminación se encuentra fundamentada en que los crímenes y delitos de odio poseen un “desvalor añadido” o un “injusto específico”, pues “el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y (...) dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa”⁸⁷. Este desvalor específico justifica la imposición de una pena mayor.

En este mismo sentido, se ha planteado la teoría o tesis del doble desvalor. Así, la agravante se sitúa en el plano de la antijuridicidad, al denotar un “*plus* de

⁸⁵ VALENZUELA-VELA, L. y ALCARAZ-CAMPOS, A. 2019. Gendered Carceral Logics in Social Work: The Blurred Boundaries in Gender Equality Policies for Imprisoned and Battered Women in Spain. *Affilia*, 35(1); citado en ALBERTÍN, P, LANGARITA, J.A. y MAS GRAU, J. 2022. Ob. Cit. p. 4

⁸⁶ RODRIGUEZ, M. Ob. Cit. p. 115 - 116

⁸⁷ LASCURAÍN, J.A. 2012. ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito de la reforma del Código Penal chileno). *Perspectiva Penal Actual*. N° 1. p. 107

desvalor” tanto objetivo como subjetivo. La faz objetiva se explica por “una mayor peligrosidad del hecho y un ataque más extenso, en el que existe un desvalor adicional del resultado, que añade al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad, y donde el efecto del ilícito produce efectos no sólo en el sujeto pasivo del delito, sino también en el colectivo al que pertenece y al resto de la comunidad”⁸⁸. Por otro lado, su manifestación en la dimensión subjetiva consiste en que “el mensaje discriminatorio está directamente condicionado a que el autor actúe por un motivo discriminatorio”⁸⁹.

De esta manera, la agravante de discriminación pasa a ser un componente del crimen de odio⁹⁰. Es decir, se estará ante un crimen de esta categoría cuando concurra el delito base (que puede ser cualquier tipo penal) junto con la agravante en cuestión.

Desglosando esta tesis del doble desvalor subjetivo-objetivo, se tiene que el ámbito de la subjetividad se encuentra ligado, claramente, al motivo discriminatorio del autor. Entendiendo por “motivo” las consideraciones netamente racionales que sustentan la conducta punible, que llevan al sujeto a desplegar un comportamiento en particular. Así, “el motivo viene a constituir una acción exteriorizada, penalmente relevante y no un mero sentimiento o ideas que forman parte del fuero interno del sujeto”⁹¹. No se trata de que el autor del delito “odie” en un sentido emocional, sino que la conducta punible exteriorice un razonamiento discriminatorio. Si se llega a justificar la sanción agravada en base a elementos del fuero interno de quien comete del crimen o delito, se estaría siguiendo una lógica de derecho penal del autor y no del acto, lo cual es inaceptable. Ahora, el motivo debe ser determinante, o al menos predominante, para que concurra la agravante, y se configure el crimen o delito de odio. Y aquí radica la relevancia del motivo: nos permite distinguir si estamos ante un crimen de odio, o ante un crimen “común”.

⁸⁸ SALINERO, S. 2013. Ob. Cit. p. 286

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid. p. 287

⁹¹ Ibid. p. 289

Ahora, en cuanto a la faz objetiva del desvalor, se debe tener en cuenta no solo los motivos, sino también el impacto negativo que el crimen de odio tiene sobre la víctima. Esto en virtud de su fungibilidad, en tanto “el autor selecciona a la víctima a causa de su pertenencia a un grupo o colectivo, lo que sugiere que un miembro de tal grupo es intercambiable por cualquier otro”⁹². Se “elige” a la víctima en base al grupo al que representa. Se busca intimidar tanto a la víctima individual, generando un fuerte daño a su integridad personal y un aumento de la sensación de vulnerabilidad, coartando el natural proceso de desarrollo y realización personal. También, se pretende intimidar a la comunidad con la que se identifica la víctima, como potenciales sujetos pasivos de una agresión discriminatoria. Se envía un mensaje que se traduce en la negación del principio de igualdad, estrechamente ligado con la dignidad humana. Así, “cuando el autor actúa motivado por ciertos rasgos de la víctima y tal cosa es conocida (...), dota a su agresión de un especial daño a la seguridad y a la dignidad de la víctima y a las de los miembros del grupo con la que el autor la identifica”⁹³.

Esto tiene que ver con una característica fundamental de los crímenes y delitos de odio: “(...) suelen estar acompañados por un tipo específico y excesivo de violencia sobre un cuerpo singular, por cuanto a través de él se intenta exterminar, simbólicamente, a todo un colectivo”⁹⁴.

Además, se envía un fuerte mensaje a toda la sociedad, o al Estado entero, debido a la aptitud que tienen los crímenes de odio para dañar el tejido social y fragmentar comunidades, afectando gravemente a la cohesión y estabilidad social⁹⁵. No se puede pasar por alto, en esta dimensión social del desvalor objetivo, que “la aceptación social de la discriminación contra determinados grupos es un importante factor causal de los crímenes de odio o del aumento de los mismos”⁹⁶.

⁹² SALINERO, S. 2013. Ob. Cit. p. 292

⁹³ LASCURAÍN, J.A. 2012. Ob. Cit. p. 115

⁹⁴ ÁLVAREZ, J. 2018. Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 16. Nº 1. p. 82

⁹⁵ SALINERO, S. 2013. Ob. Cit. p. 292

⁹⁶ Ibid. p. 294

A la vez, y en concordancia con lo anterior, se ha establecido que el desvalor particular de los crímenes de odio tiene una doble base. Por un lado, tiene un componente de amenaza, en que “el agresor genera un daño y, con el mismo, amenaza con reiterarlo a la víctima y a otros componentes del grupo al que aquella pertenece”⁹⁷, atentando en contra de la seguridad de la víctima y devaluando su libertad.

Por otra parte, se compone de un trato desigual injustificado, estrechamente relacionado con el menoscabo a la dignidad humana, concurriendo el trato diferenciado *per se*, junto con la razón de él (el carácter “odioso”). Entonces, el daño del delito de odio no se limita al que es inherente al delito “de base”, ni se limita al añadido propio de una amenaza dirigida a una colectividad, sino que conlleva la humillación y cosificación propia del motivo particular de estos delitos⁹⁸. Finalmente, se redunda en una tradicional humillación, intensificando un miedo tradicional.

Es en base a esto que la agravante penal introducida por la Ley 20.609 estaría justificada. Ahora bien, evidentemente la aplicación de esta debe ser conforme a los límites del *ius puniendi*.

En particular, la agravante N° 21 del artículo 12 del Código Penal, debe aplicarse con estricta sujeción al principio de *non bis in idem*. Así, “la agravante de discriminación no podrá apreciarse en ninguna figura delictiva que castigue conductas discriminatorias, ni tampoco en aquellas que presenten como elemento del tipo la consideración de ciertos factores diferenciadores del sujeto pasivo”⁹⁹. De todos modos, esto es una natural consecuencia de lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, que consagra el principio en cuestión: “*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse*”.

⁹⁷ LASCURAÍN, J.A. 2012. Ob. Cit. p. 109

⁹⁸ Ibid. p. 110

⁹⁹ RODRIGUEZ, M. Ob. Cit. p. 123

Además, en atención a que la agravante en comento se explica por la materialización de una conducta discriminatoria contra la víctima en razón de los elementos que la distinguen, para su aplicación “deberá haberse perpetrado un delito en el que el sujeto pasivo sea una sola persona y que, además, proteja un bien jurídico de titularidad individual”¹⁰⁰. Esto es así, porque el resultado que busca sancionar la agravante por discriminación corresponde a la humillación de la que es objeto la víctima a raíz del hecho punible, así como la perturbación de su integridad personal.

Por último, y como consecuencia directa de la teoría del doble desvalor, se debe aplicar esta agravante de manera conforme al “modelo de selección discriminatoria”. Este modelo “no requiere demostrar la hostilidad u odio previo contra la víctima, sino que se debe establecer que el victimario seleccionó a la víctima de manera prejuiciada y deliberada por alguna característica personal que la hacía parecer como más vulnerable”¹⁰¹. De lo contrario, se estaría aplicando en base a un elemento exclusivo del fuero interno del autor, con todas las dificultades que eso conlleva.

A modo de recapitulación, se trató sobre el contenido sustantivo de la Ley 20.609, el cual resulta deficiente e incluso contrario a los estándares internacionales en materia antidiscriminación. Esta base sustantiva informa todo el texto legal, incluyendo la agravante penal introducida por el artículo 17. Se trató esta agravante, abordando en qué consiste, las discusiones que se dan respecto de la intervención penal en materia antidiscriminación, y las razones que justifican la existencia de esta agravante penal.

Ahora que el panorama a nivel legal está claro, se verá cómo la Ley 20.609 se ha aplicado en la práctica, desde su entrada en vigencia.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ, M. Ob. Cit. p. 123

¹⁰¹ FUNDACIÓN IGUALES. 2021. Reporte de Política Pública: Crímenes de Odio Contra personas LGBTIQ+ en Chile. p. 32

CAPÍTULO 4: Aplicación de la Ley 20.609.

Ahora toca adentrarse en cómo estas normas se han traducido en la práctica, al aplicarse en nuestro sistema judicial. Esto es de especial relevancia, pues los problemas identificados en el capítulo anterior, implican dificultades a la hora de tutelar los intereses que la Ley en comento supone cautelar.

El punto de partida será ver cómo ha sido la aplicación de la acción de no discriminación ante los tribunales competentes, desarrollando los reparos ya identificados con anterioridad.

Luego, se pasará a analizar la situación particular de la agravante por discriminación, del artículo 12 N° 21 del Código Penal, al aplicarse en sede judicial penal. En atención al objeto del presente estudio, se hará especial énfasis en la violencia contra las disidencias sexo-genéricas, a través de los crímenes/delitos de odio.

Para finalizar, cabe traer a colación el actual proyecto de reforma a la Ley Zamudio, que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional. Se comentará dicho proyecto, evaluando si efectivamente se erige como una solución a los problemas identificados.

4.1.- Aspectos generales sobre la aplicación de la Ley 20.609.

Las falencias en la técnica legislativa adoptada en la Ley antidiscriminación han redundado en dificultades en la interposición de la acción de no discriminación. Al ser esta acción el principal aporte de la Ley Zamudio, se pone en entredicho su utilidad en general como mecanismo de tutela contra la discriminación arbitraria. Las falencias sustantivas y procesales de la Ley se ven reflejadas en diversos elementos de la intervención del aparataje judicial.

El texto legal encarga, en gran parte, a los jueces que conocen las causas por discriminación arbitraria, el desarrollo conceptual necesario para la aplicación de la Ley en sede judicial.

En primer lugar, se encuentra la definición legal de “discriminación arbitraria” que entrega el artículo segundo de la Ley. A pesar de la existencia de esta definición como base legal del derecho antidiscriminación, se observa que los jueces de letras se han desviado del texto de la norma, y han optado por seguir la noción tradicional de discriminación arbitraria (que se acerca más a lo que indican los estándares internacionales): aquel trato diferenciado que carece de razón, propio del capricho o sin justificación¹⁰². Considerando los reparos hechos a la definición legal, esta postura de los tribunales puede verse como algo positivo.

Sin embargo, se identifica una tendencia problemática, y relativamente generalizada, en la jurisprudencia. Ocurre que, de varios fallos dictados y del razonamiento de los jueces, se da a entender que la calificación de un hecho como discriminatorio se trata de un asunto netamente fáctico. Esto es inadecuado, en tanto establecer jurídicamente qué es la discriminación no es un ejercicio empírico, sino analítico: conlleva elaborar criterios que permitan clasificar y evaluar la realidad, lo cual no puede ser probado, sino argumentado sobre la base de un estándar conceptual, a partir del cual se puede determinar que una conducta fue o no discriminatoria¹⁰³.

Con todo, sí ha habido sentencias que reconocen la necesidad que formular un concepto para la posterior categorización jurídica. Una de las formulaciones más tempranas de un estándar conceptual se encuentra en la sentencia de Ortiz con Ministerio Público (a partir del cual nace lo que se conoce como el “estándar Ortiz”¹⁰⁴). De acuerdo al fallo, se debe determinar si una diferenciación específica es razonable o arbitraria, para luego preguntarse si la conducta ha producido un daño que se traduce en la afectación de un derecho fundamental, de manera tal que la discriminación sería una diferenciación arbitraria lesiva¹⁰⁵. Con todo, este

¹⁰² DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2017. Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia. Estudios Constitucionales. Año 15, N° 2. p. 480

¹⁰³ MUÑOZ, F. 2015. Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXVIII – N° 2. p. 150

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ 22° JUZGADO DE LETRAS DE SANTIAGO. Rol N° 20750-2012. Ortiz con Ministerio Público. Sentencia de 26 de junio de 2013.

estándar ha sido adoptado de diversas maneras por otras sentencias, cada una centrando el debate en un elemento distinto (sea la existencia de trato diferenciado, si este es arbitrario, o si resulta en lesión de derechos fundamentales).

Incluso, algunas sentencias han ido más lejos aún y parecen sugerir la exigencia de, además de los elementos del estándar Ortiz, la falta de fundamento legal de la conducta que se denuncia como discriminatoria. De acuerdo a ellas, “que una conducta esté contemplada como posible en la ley pareciera excluir la arbitrariedad”¹⁰⁶. Este razonamiento es erróneo, pues el solo hecho de que una conducta conste de manera explícita en el texto legal, o esté amparada por él, no implica que el despliegue de dicha conducta no provoque un trato discriminatorio. La legalidad no se traducirá siempre en racionalidad. Acá se echa de menos una definición precisa de discriminación indirecta, donde el trato discriminatorio tiene su raíz en la aplicación de una disposición legal “neutral”.

Ahora, considerando que la jurisprudencia constitucional sobre igualdad, consiste en un control jurisdiccional de la conducta, se pueden inferir un par de elementos del estándar Ortiz. Primero, este estándar “representa un avance en términos de especificidad analítica respecto de la acumulación de sinónimos y antónimos que ofrece la jurisprudencia constitucional concerniente a la igualdad. Lo que es admisible lamentar es que ello no contribuya a la teorización de la desventaja adscriptiva, y con ello, a la lucha contra la discriminación que experimentan los integrantes de grupos histórica y estructuralmente desaventajados”¹⁰⁷.

Por otra parte, un elemento que ha sido generalmente desconocido por la jurisprudencia es el de las categorías sospechosas. Como ya se indicó, el artículo segundo no establece de manera clara cuál es el rol que la Ley le otorga a estos factores, ni cómo operan al determinar la arbitrariedad de un trato diferenciado. Como resultado, dichas categorías no toman un rol esencial en el análisis conceptual de la discriminación. Esto es grave, en tanto el análisis de las categorías

¹⁰⁶ MUÑOZ, F. 2015. Ob. Cit. p. 153

¹⁰⁷ Ibid. p 156

sospechosas dice directa relación con la discriminación que se ejerce contra un grupo minoritario, o contra una persona por su pertenencia a dicho grupo.

El texto legal no exige que la discriminación alegada se base en uno de estos factores. En consecuencia, no es menester que el trato diferenciado se base en la pertenencia a un grupo minoritario. Sin embargo, se nota la falta de un rol serio para las categorías sospechosas en la Ley. Así, la jurisprudencia antidiscriminación no profundiza en reflexiones respecto a las minorías, y no logra situar la regulación en su genuino contexto: “la lucha histórica de diversas categorías de sujetos por poner fin a su condición de subalternidad, subordinación o desventaja”¹⁰⁸. Los tribunales no han sido capaces de abordar estos contextos de discriminación estructural.

Otro aspecto de la jurisprudencia antidiscriminación que llama la atención, es que la invocación al derecho internacional (que ha fijado los pisos mínimos en esta materia) se ha hecho de manera bastante ocasional. En efecto, “cuando se lo menciona, normalmente es como un elemento meramente referencial, o a lo más complementario de la normativa nacional relevante”¹⁰⁹. Si bien esto no es constante en todos los fallos, sí es cuestionable, considerando las falencias legislativas que repercuten en los tribunales, las que podrían aminorarse en cierta medida con la normativa que ha fijado el derecho internacional.

Otro elemento que se debate en materia de igualdad y no discriminación, es la necesidad de establecer un “comparador”. Este consiste en “la persona o grupo que, estando en una situación similar a la víctima de discriminación, ha sido tratada de una forma diferente a aquella”¹¹⁰. Sirve, entonces, como un parámetro básico para establecer si se está ante un trato diferenciado o no, antes de entrar a analizar si dicho trato cuenta con una justificación razonable o si es arbitrario. A pesar de la relevancia de este elemento, la importancia que la jurisprudencia antidiscriminación le da al comparador es altamente variable, y en algunas ocasiones solo aparece de manera indirecta o implícita en el razonamiento del fallo. Esto es problemático, pues

¹⁰⁸ MUÑOZ, F. 2015. Ob. Cit. p. 158

¹⁰⁹ DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2017. Ob. Cit. p. 460

¹¹⁰ Ibid. p 465

los tribunales no han recogido de manera uniforme un elemento esencial para establecer un trato discriminatorio; vale decir, para establecer si los iguales son tratados de forma desigual, o los desiguales son tratados de manera igual.

Ahora, entrando en temas procesales, se debe hablar sobre la carga de la prueba, en tanto su asignación nos dirá qué estado de cosas se encuentra, en principio, amparado por el ordenamiento jurídico. De acuerdo a lo establecido con anterioridad, la Ley Zamudio no consagra una norma que invierta el *onus probandi*. Por tanto, se aplica supletoriamente la norma del artículo 1698 del Código Civil, según la que corresponde probar el hecho (la discriminación arbitraria) a quien lo alega (la parte demandante). Sin embargo, esto no coincide con el sentido protector que informa el derecho antidiscriminación, pues “en los casos de sujetos situados en una situación fáctica de vulnerabilidad, las dificultades de reunir pruebas vuelven aconsejable el trasladar ciertas cargas a los demandados”¹¹¹. Esta necesidad se acrecienta cuando se trata de discriminación basada en categorías sospechosas, en donde debería primar el carácter indiciario de arbitrariedad. A esto, se suma la dificultad inherente de probar actos discriminatorios, que suelen carecer de materialidad (como dichos o expresiones verbales)¹¹². A pesar de estas consideraciones, la jurisprudencia ha sido conteste en aplicar la regla supletoria, de manera tal que es muy frecuente que los juicios iniciados por acción de no discriminación terminen por falta de prueba¹¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, hay jurisprudencia que ha entrado a distinguir entre carga de la prueba (respecto a la forma en que se habría configurado una distinción arbitraria), y la carga de la justificación (respecto a que dicha distinción estaría basada en algún rasgo que reúne el demandante, y la forma en que esto habría perturbado el ejercicio de un derecho fundamental)¹¹⁴. En virtud de ello, hay sentencias en que existe una suerte de desplazamiento de la carga de la prueba. Sin embargo, en ninguna ocasión se ha llegado a configurar una verdadera y debida

¹¹¹ MUÑOZ, F. 2015. Ob. Cit. p. 158

¹¹² DÍAZ DE VALDÉZ, J.M. 2017. Ob. Cit. p 469

¹¹³ MUÑOZ, F. 2015. Ob. Cit. p. 159

¹¹⁴ 1º JUZGADO DE LETRAS DE ANTOFAGASTA. Rol Nº 6332-2013. Peña con Tamayo. Sentencia de 08 de agosto de 2014.

alteración del *onus probandi*, sino que se ha llegado a una solución intermedia, insuficiente ante los estándares internacionales: asignar al demandante la carga de la prueba, para luego asignar al demandado la carga de la justificación¹¹⁵.

Otro aspecto que complica la prueba en estos juicios, es que no existe un criterio unificado en los tribunales respecto a qué debe probarse¹¹⁶. Por lo general, los tribunales exigen que se pruebe la arbitrariedad de la conducta discriminatoria. Esto es erróneo, pues ya se estipuló que consiste en una calificación jurídica, no fáctica. No corresponde probarse, ni mucho menos por la parte demandante.

Además, la práctica judicial chilena en materia antidiscriminación ha sido sumamente exigente con los denunciados cuando se trata de la prueba rendida¹¹⁷.

Luego, está el tema de las sanciones que debe imponer el tribunal en caso de dictar sentencia condenatoria. Como ya se trató, una de las sanciones que debe dictar el juez consiste en una multa a beneficio fiscal, contra las personas directamente responsables del acto discriminatorio. Sin embargo, de la jurisprudencia se evidencia que los tribunales no siempre imponen dicha multa, lo cual se aparta tanto del texto expreso de la Ley, como de su historia fidedigna. Incluso en las ocasiones en que sí se impone la multa, se constata una severa carencia en cuanto a las consideraciones que utiliza el juez para modular su monto, que deberían quedar expresadas en el fallo¹¹⁸.

También se mencionó que la Ley no contempla expresamente la posibilidad de ordenar una indemnización de perjuicios, que responda directamente a resarcir el daño sufrido por la demandante. En base a esto, la jurisprudencia ha sido constante en determinar la necesidad de tramitar dicha pretensión en un procedimiento aparte, de lato conocimiento. Así, la acción de no discriminación no ha servido para reparar el daño provocado por la discriminación, lo cual debería ser prioritario a la luz de la finalidad del cuerpo legal, según su historia fidedigna.

¹¹⁵ MUÑOZ, F. 2015. Ob. Cit. p. 160

¹¹⁶ DÍAZ DE VALDÉS. 2017. Ob. Cit. p 469

¹¹⁷ Ibid. p 472

¹¹⁸ Ibid. p 473

En la misma línea, sobre la facultad de adoptar las demás providencias que estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, se ha notado una extrema autolimitación (casi docilidad), de parte de los jueces. Esto es muy relevante, teniendo en cuenta que dejar el acto discriminatorio sin efecto, o revertir sus consecuencias, no siempre es posible. Es necesario que los tribunales le tomen el peso a las facultades que les otorga la Ley para poder entregar una protección integral a la persona afectada¹¹⁹.

Es en base a todo lo mencionado, que se concluye que la jurisprudencia emanada de la Ley 20.609, “al intentar aplicar una ley mal diseñada y carente de densidad conceptual, tiende más a la aplicación del ‘sentido común’ del juez de letras que a la sofisticación dogmática”¹²⁰, redundando en un impacto negativo sobre la utilidad y eficacia de la acción de no discriminación como herramienta para hacer frente a los casos de discriminación arbitraria. Esto termina por configurar un fuerte desincentivo para ejercer dicha acción, y contribuye aún más a la pobreza del derecho antidiscriminación en Chile.

Ahora que se analizó la situación en sede civil, corresponde ver qué ocurre cuando se trata de la aplicación de la Ley Zamudio en el ámbito penal.

4.2.- Aplicación de la agravante genérica en sede penal.

Es sabido que el telón de fondo que informó la tramitación y promulgación de la Ley 20.609 fue el asesinato del joven Daniel Zamudio. Es decir, la existencia misma de esta Ley, en gran medida, se explica por un crimen de odio homofóbico, de gran revuelo mediático. Así cobra interés, y relevancia, ver cómo ha sido la aplicación de la agravante de responsabilidad penal introducida al numeral 21 del artículo 12 del Código Penal. La realidad nos muestra que, la promesa de tutela penal ante agresiones discriminatorias, se queda bastante corta. Se procederá a analizar la aplicación de la agravante genérica introducida por la Ley 20.609, con énfasis en la

¹¹⁹ DÍAZ DE VALDÉS. 2017. Ob. Cit. p 475

¹²⁰ Ibid. p 480

situación de violencia contra las diversidades sexo-genéricas, en atención al objeto del presente trabajo.

Entre el 2012 (año de entrada en vigencia de la Ley) y el 2022¹²¹, se han registrado 44 homicidios perpetrados contra personas que se identifican como parte de la comunidad LGBTIQ+. Tan solo en el año 2022 se cometieron 6 de esos asesinatos, la cifra anual más alta desde el 2020. Además, durante el mismo periodo, hubo 584 casos de agresiones físicas y verbales (incluyendo amenazas de muerte) propinadas por personas desconocidas de las víctimas. Por último, en el transcurso de esos diez años, se han registrado 98 casos de atropellos policiales que han afectado a las disidencias sexo-genéricas, hechos que perfectamente pueden subsumirse bajo el tipo penal de apremios ilegítimos y tratos crueles, inhumanos o degradantes. En total, desde la promulgación de la Ley antidiscriminación, se han cometido 726 crímenes y delitos en donde los sujetos pasivos pertenecen a la comunidad LGBTIQ+, conductas punibles que fueron perpetradas justamente por su pertenencia a dicho colectivo.

Sin embargo, en comparación a estas cifras, la aplicación del artículo 12 N° 21 del Código Penal no ha podido mantener la frecuencia de los episodios de violencia contra las disidencias sexuales. De acuerdo a las cifras que entrega el MOVILH en sus Informes Anuales de Derechos Humanos y de la Diversidad Sexual y de Género en Chile¹²², la agravante genérica introducida por la Ley Zamudio recién fue acogida por primera vez, e incorporada por un juez a la hora de determinar la pena, el año 2014, en el caso de una pareja lésbica que sufrió una golpiza en razón de su orientación sexual el año 2012, tan solo unos meses luego de la promulgación de la Ley. Desde entonces, la agravante en cuestión ha sido admitida en las siguientes ocasiones: el año 2018, en el caso de homicidio de Marcelo Lepe Parraguez¹²³⁻¹²⁴ (el primer homicidio en que se agrava la pena por su

¹²¹ MOVILH. 2023. XXI Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2022).

¹²² De acuerdo a los Informes Anuales XIII, XVII, XVIII y XXI del MOVILH.

¹²³ ROBLES, V.H. 2018. Fallo histórico: condenan por crimen de odio a los asesinos de Marcelo Lepe. Agencia Presentes, 31 de mayo.

¹²⁴ FALLO HISTÓRICO LGBTI: Condenan con agravante de crimen de odio a asesinos del transformista Marcelo Lepe. 2018. El Desconcierto, Santiago, Chile, 31 de mayo.

carácter discriminatorio). Luego, al año siguiente, en el caso de Luis Lillo González, quien fue agredido física y verbalmente por desconocidos, que procedieron a intentar robarle. Y el 2022, se concluyeron las investigaciones de dos crímenes de odio cometidos el 2020, a partir de las cuales los tribunales aplicaron la agravante en comento: el caso de homicidio homofóbico de Miguel Miranda Bustos¹²⁵, así como el caso de homicidio transfóbico de Vicente González Lorca¹²⁶⁻¹²⁷.

Cuando se trata de los casos en que la agravante por discriminación ha sido aplicada con ocasión de un homicidio, se identifican algunos factores en común que llevan a dicho resultado. En primer lugar, la Fiscalía, a partir de la calificación jurídica de los hechos, es quien plantea la concurrencia de la agravante. Y las querellantes suelen adherirse a dicha teoría del caso. Luego, la prueba presentada en juicio suele ser determinante y contundente, de modo que permite dar por acreditada la intención discriminatoria y denigrante en el hecho punible. Y por último, los jueces penales se muestran abiertos al valorar la prueba, adoptando una mayor sensibilidad respecto a la situación de las disidencias sexuales y de género en la sociedad chilena.

De especial interés es el razonamiento del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, en el caso de Marcelo Lepe Parraguez. Aquí, el Tribunal desarrolla un fundamento ejemplar, básicamente definiendo el modelo de selección discriminatoria, mencionado en el capítulo anterior. Indica el considerando décimo quinto que "...sobre esta agravante es importante señalar que con ella el derecho no pretende entrometerse en el fuero interno de las personas y sancionar una forma de pensar o pensamiento racista, sexista, homofóbico etc., lo que se condena es la exteriorización de tales sentimientos, ideas o pensamientos odiosos que seleccionan a la víctima sobre la base de lo que representan, negándose el desarrollo de su personalidad e impedir su derecho a la participación plena en la

¹²⁵ CABRERA, M. 2022. 15 años de cárcel para autor de homicidio en Renca: crimen se debió a orientación sexual de víctima. Radio Bio Bio, Concepción, Chile, 31 de enero.

¹²⁶ MENNICKENT, C. 2022. El homicidio de "Vicho": cómo crimen de 1981 ayudó a condenar a asesino de joven trans en Valdivia. Radio Bio Bio, Concepción, Chile, 19 de diciembre.

¹²⁷ CONDENAN a presidio perpetuo calificado a hombre acusado por robo con homicidio en el marco de un crimen de odio transfóbico en Valdivia. 2022. Fiscalía de Chile, Sala de Prensa, 05 de diciembre.

sociedad, enviando un mensaje a los miembros de la comunidad que comparten la característica del afectado que cualquiera de sus miembros podría ser un objetivo, enviándose un mensaje a toda la sociedad en el sentido que tales atentados obedecen a ciertas fuentes de inferioridad de las víctimas directas creando en la sociedad sentimientos de menosprecio”¹²⁸.

A pesar de estos casos significativos, las cifras son aplastantes. En los diez años que han pasado tras la promulgación de la Ley Zamudio, se han cometido 726 crímenes y delitos de odio contra las disidencias sexo-genéricas; y a la fecha, en tan solo 5 de esos casos se aplicó la agravante de responsabilidad penal por discriminación.

Esta situación demuestra una grave desprotección por parte del sistema judicial penal ante los crímenes de odio cometidos por prejuicios respecto de la comunidad LGBTIQ+. Al no aplicar la agravante, no se contempla la particularidad que envuelve la violencia contra este grupo minoritario, implicando un atentado no solo al bien jurídico protegido por el tipo penal, sino a su dignidad e identidad personal, lo cual no recibe la tutela necesaria. En definitiva, no se les reconoce por lo que son: crímenes y delitos de odio.

La casi nula aplicación de la agravante se puede explicar por diversos factores. Particularmente, por la existencia de prácticas como la infradenuncia y el subreporte¹²⁹. La infradenuncia corresponde a las situaciones en que las víctimas o testigos de un crimen/delito de odio, no denuncian dichos acontecimientos ante las autoridades. Luego, está la situación del subreporte, que se produce cuando, habiendo la víctima denunciado los hechos constitutivos de crimen o delito, las entidades competentes encargadas de hacer cumplir lo dispuesto por la ley no dejan constancia de la motivación de odio, o califican los hechos de manera incorrecta, como si fueran constitutivos de otra clase de delitos, impidiendo la consideración del motivo discriminatorio en el proceso penal. Debido a las falencias de la

¹²⁸ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SAN BERNARDO. RIT N° 114-2018. Sentencia de 07 de junio de 2018.

¹²⁹ FUNDACIÓN IGUALES. 2021. Ob. Cit. p. 15 - 16

legislación actual, “los órganos persecutores y policiales pueden estar motivados a no mencionar los componentes de odio en un crimen, con el objeto de evitar la elevada carga de la prueba que deben rendir para demostrar la motivación prejuzgada de la persona acusada”¹³⁰. Esto, por supuesto, repercute en la posibilidad de efectiva tutela ante violencia impulsada por prejuicios.

De especial importancia es el rol que ha jugado el Ministerio Público en esta situación. No se puede dejar de hacer hincapié en la función que ejerce, siendo la institución que detenta el poder para impulsar la investigación penal, formalizar y acusar a los imputados, ejerciendo la acción penal pública en la forma que indique la ley. Dentro de sus funciones, el Ministerio Público debe invocar las causales modificatorias de la responsabilidad penal que correspondan.

La Asociación Nacional de Fiscales (ANF) realizó una encuesta a funcionarios y funcionarias del Ministerio Público, entre el 29 de enero y el 19 de febrero del 2021¹³¹. Los resultados son preocupantes. Ante la pregunta de “¿usted considera que hay un trato discriminatorio a las personas involucradas en las investigaciones?”, varios funcionarios respondieron de manera afirmativa, considerando que la Fiscalía opera de forma discriminatoria cuando se trata de grupos específicos. En particular, el 10% de los encuestados afirma que hay un trato discriminatorio en las investigaciones, cuando estas involucran a personas del colectivo LGBTIQ+. Estas cifras se agravarían en casos en que las personas involucradas se ven expuestas a discriminación interseccional (cuando se les discrimina simultáneamente por diversos factores que reúnen). De acuerdo a estos resultados, pareciera que las escasas ocasiones en que se acoge la agravante por discriminación se han dado a pesar de las concepciones o tendencias prevalentes entre los funcionarios y funcionarias.

Esto es en extremo problemático, pues implica una contravención al principio de objetividad, el cual informa todo el ejercicio de la función pública radicada en el

¹³⁰ FUNDACIÓN IGUALES. 2021. Ob. Cit. p. 15 - 16

¹³¹ MOVILH. 2022. XX Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2021). p. 38

Ministerio Público. De acuerdo a este principio, la Fiscalía debe velar única y exclusivamente por la correcta aplicación de la ley, investigando con igual celo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, y las circunstancias que atenúen, eximan o extingan dicha responsabilidad. Esta es una garantía básica del proceso penal. Sin embargo, si se constatan prácticas y sesgos discriminatorios en contra de las disidencias sexuales, queda en grave entredicho el cumplimiento de este principio. En efecto, estos prejuicios distorsionan las investigaciones penales, obstaculizando la debida administración de justicia, y generando como daño colateral la revictimización de las víctimas LGBTIQ+¹³².

Este sesgo puede verse en que, cuando el Ministerio Público formaliza o acusa a los imputados por crímenes y delitos de odio cometidos contra las disidencias sexo-genéricas, son muchos los casos en que la agravante introducida por la Ley 20.609 ni siquiera es invocada. Esto se explica porque la forma en que se concibe dicha agravante aún no asimila los lineamientos del modelo de selección discriminatoria, de acuerdo al cual el carácter odioso del crimen/delito se ve reflejado en la conducta exteriorizada del autor, que denota la selección de la víctima por su pertenencia a un grupo minoritario. Al contrario, pareciera que la mayoría de los fiscales aún entienden que, al invocar la agravante por discriminación, se deben meter en la mente del autor, viendo el odio como algo exclusivo del fuero interno, casi imposible de materializarse en la realidad. Esto, claramente, impone una altísima carga de la prueba para los fiscales, que se ven disuadidos a la hora de invocar la agravante por discriminación en razón de la dificultad para satisfacer dicho estándar.

Incluso cuando el Ministerio Público contempla esta agravante, y basa su investigación en el carácter odioso del crimen o delito, no significa que los tribunales vayan a acogerla para la determinación de la pena.

Ahora, no se debe desconocer que el Poder Judicial ha sido una de las instituciones que más avances ha hecho en esta materia, generando mayor sensibilidad respecto a la realidad que viven las disidencias sexo-genéricas. Sin

¹³² MOVILH. 2022. Ob. Cit. p. 38

embargo, suele incurrir en el mismo error del Ministerio Público, en tanto no se logra adoptar de manera unificada el modelo de selección discriminatoria, ni la tesis del doble desvalor. El caso de Marcelo Lepe Parraguez fue solo la excepción a la regla general. Esto se ha traducido en que la mayoría de los casos se fallan descartando la aplicación de la agravante por discriminación, principalmente porque los jueces penales exigen un alto estándar de prueba para probar un elemento (el odio) que creen netamente perteneciente al fuero interno del autor del delito o crimen. En definitiva, la agravante tiene bajas probabilidades de prosperar, pues los jueces admiten para su procedencia un margen muy estrecho.

Se ha planteado que la palabra “motivado” que consta en el artículo 12 N° 21 del Código Penal es el problema, en tanto estaría redirigiendo el análisis hacia la subjetividad del imputado. El significado que debería tomar la motivación ya se aclaró en el capítulo anterior, al tratar la tesis del doble desvalor. Sin embargo, los y las fiscales, así como los jueces y juezas, no han logrado salir del esquema en que el odio pertenece al fuero interno. Así, se prefiere la salida más fácil: no mencionar o descartar los elementos discriminatorios de la conducta punible. No se suele considerar elementos objetivos que denotan y exteriorizan la odiosidad del crimen o delito, como por ejemplo, que haya sido cometido por una persona desconocida y en un lugar en que usualmente se reúnen personas LGBTIQ+; que el delito se haya cometido en una fecha importante o conmemorativa para dicha comunidad; que el victimario haya dado muestras de su prejuicio (antes, durante y/o después de consumar el hecho punible); la existencia de un historial previo de acoso y amenazas motivadas por el prejuicio; o el hecho de que la víctima contara con elementos que la identificaran como disidencia sexo-genérica, por nombrar algunos¹³³.

Así, el razonamiento judicial predominante genera desincentivos para el Ministerio Público, que a su vez se ve cruzado por sesgos discriminatorios que ponen en duda su objetividad en la investigación de delitos relacionados con la comunidad LGBTIQ+. Al no invocar la agravante por discriminación, se acrecienta

¹³³ FUNDACIÓN IGUALES. 2021. Ob. Cit. p. 34

la grave situación de subreporte. Y las disidencias sexuales, al ver todo este panorama, obviamente se ven disuadidas de denunciar hechos discriminatorios que constituyen delitos.

Las cifras que constan tras diez años de vigencia de la Ley 20.609, así como los estudios y encuestas que se han llevado a cabo, no hacen más que demostrar la grave falta de capacitación y sensibilización al abordar los crímenes de odio a los que se ven expuestas las disidencias sexuales, y en general, respecto de la particular forma de violencia de la que pueden ser víctimas.

Más allá de que efectivamente se agrave la pena de los imputados por crímenes y delitos de odio, es esencial que los fiscales planteen la agravante y se apoyen de ella para dirigir la investigación penal. Y también, es fundamental que los jueces adopten dicha agravante en el “juego compensatorio”, al ponderar las diversas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran en los casos específicos (independiente de si efectivamente resulta en un aumento del *quantum* de la pena). Esto es importante para que, a nivel institucional, se digan las cosas por su nombre: se está ante crímenes y delitos en que los autores actuaron motivados por sesgos y prejuicios discriminatorios, particularmente, respecto de la orientación sexual y/o la identidad de género de las víctimas.

Desafortunadamente, las instituciones que inciden en la persecución penal no han logrado adaptar el ejercicio de sus funciones a las necesidades históricas que surgen desde el colectivo LGBTIQ+. Ahora bien, estas instituciones no son en sí mismas discriminatorias ni sesgadas. Son las personas que integran dichos organismos los que poseen sesgos discriminatorios, los cuales son consecuencia natural del proceso de socialización en una comunidad con prejuicios profundamente arraigados. Lo que ocurre en estas instituciones, no es más que un reflejo claro del *status quo* imperante en la sociedad, y que tanto cuesta romper. Esta es la más clara evidencia de la discriminación estructural que se cuele en la tutela de los intereses y derechos de las disidencias sexuales. La indolencia sobre este grupo minoritario está tan internalizada, que llega hasta nuestro sistema judicial penal. Y desde la entrada en vigencia de la Ley 20.609, que se supone establecía

medidas contra la discriminación, los logros han sido tan marginales que no alcanzan a ser un avance significativo (una golondrina no hace el verano, dicen por ahí).

Además, no es de extrañar que la agravante penal por discriminación se encuentre coja, al erigirse sobre bases sustantivas paupérrimas, que no fomentan la formación de una institucionalidad antidiscriminación pertinente. Finalmente, esta es una cuestión sistemática, en donde la falta de iniciativa de los órganos públicos denota innegablemente la displicencia para con la comunidad LGBTIQ+, perpetuando sistemas de opresión que han existido por siglos.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, no se puede negar la importante labor que ha desempeñado la Subsecretaría de Prevención del Delito, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Esta se ha destacado por ser la entidad estatal que más ha contribuido a brindar asistencia a las víctimas LGBTIQ+ de delitos, discriminación y violencia. En el año 2013, a raíz del impacto que generó el homicidio de Daniel Zamudio, se creó la primera política pública para hacer frente a la discriminación contra las disidencias sexuales, basada en un convenio entre el MOVILH y la Subsecretaría de Prevención del Delito. A partir de esto, el Ministerio del Interior empezó a presentar querellas por delitos cometidos por razón de la orientación sexual o identidad de género de las víctimas, lo cual ha sido un trabajo colaborativo con otras instituciones cuando estos delitos se enmarcan en situaciones de discriminación interseccional. Esta política pública se ha mantenido desde entonces¹³⁴. Si bien el panorama actual está lejos de lo ideal, se rescata el trabajo realizado por la Subsecretaría en cuestión, como un paso en la dirección correcta.

Con todo, y en suma, la escasa aplicación de la agravante penal introducida por la Ley Zamudio se explica por el actuar sesgado de las entidades encargadas de la persecución penal. Esto es evidencia inequívoca de la discriminación estructural que sirve de telón de fondo para nuestro sistema judicial penal. Y, en definitiva, se deja a la comunidad LGBTIQ+ en una grave situación de indefensión

¹³⁴ MOVILH. 2023. Ob. Cit. p. 249 – 250

cuando se trata de la forma de discriminación más brutal y violenta que pueden llegar a sufrir: los crímenes/delitos de odio.

Para hacer frente a esta situación actual, la Fundación Iguales ha planteado las siguientes recomendaciones para la política pública¹³⁵. Primero, respecto al ámbito normativo, se recomienda la reformulación del artículo que introduce la agravante penal por discriminación (particularmente, respecto a la referencia que hace a la “motivación” del autor); incluir en la normativa relativa a los crímenes de odio el deber del Estado de prevenir, monitorear y responder frente a la comisión de estos delitos; y la diversificación de los mecanismos sancionatorios.

Luego, en el ámbito institucional, se insiste en el diseño e implementación de una política nacional contra los crímenes de odio, que involucre a todas las entidades pertinentes, así como la creación de nuevas instituciones dedicadas exclusivamente al diseño, implementación, monitoreo y evaluación de esta institucionalidad.

Además, se plantean recomendaciones específicas para monitorear, prevenir y dar respuesta a los crímenes de odio en Chile. Entre ellas, se contempla la implementación de un plan de recopilación, análisis y difusión de datos relacionados a estos delitos; establecer un modelo de prevención de crímenes de odio contra las personas LGBTIQ+ (como parte de la política nacional contra estos delitos); coordinar y financiar una red de servicios dirigidos a cubrir las necesidades de víctimas y testigos de estos crímenes; y, por último, mejorar la respuesta institucional a los crímenes de odio contra las disidencias sexo-genéricas, incluyendo estrategias para promover la denuncia de estos delitos e intervenciones para promover la labor de policías y del Ministerio Público.

Ahora, siguiendo la línea de estas recomendaciones, se pasará a analizar lo propuesto en el proyecto de reforma a la Ley 20.609, actualmente en tramitación.

¹³⁵ FUNDACIÓN IGUALES. 2021. Ob. Cit. p 84 - 89

4.3.- Sobre el actual proyecto de reforma.

Tan solo unos pocos años después de la promulgación de la Ley antidiscriminación, y tomando en cuenta las dificultades identificadas tanto en el texto legal como en su aplicación en sede judicial, surge desde el Legislador la necesidad de modificar su contenido sustantivo y procesal.

Dos han sido los proyectos que han propuesto reformas de envergadura al texto de la Ley 20.609. El primero consistió en el Proyecto de ley iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señores Coloma, Orpiz, Ossandón y Pérez Varela, que modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación.

Este proyecto fue presentado mediante el Boletín N° 10.035-17, el día 6 de mayo del 2015. Dicho proyecto proponía varias modificaciones al texto vigente, particularmente a varios de los aspectos cuestionables tratados. A grandes rasgos, las propuestas planteadas se pueden resumir en las siguientes¹³⁶: sustituir el actual objetivo del artículo 1° por el de “prevenir, eliminar y sancionar toda forma de discriminación” (mucho más acorde a lo que debería ser una ley general antidiscriminación); modificar el mandato dirigido a los organismos de la administración del Estado, para prevenir la discriminación y garantizar derechos; consagrar la facultad de dichos órganos para establecer medidas de acción afirmativa (para ayudar a grupos minoritarios a superar situaciones históricas de vulnerabilidad y discriminación); eliminar la mención a “exclusión o restricción” de la definición del artículo 2° (dejando sólo la de “distinción”); modificar la definición de discriminación arbitraria, para entenderla de manera autónoma de la violación de otros derechos; suprimir la presunción de razonabilidad del inciso final del artículo 2°; contemplar y definir expresamente la discriminación indirecta; consagrar la posibilidad de demandar por indemnización de perjuicios (en caso de hacerlo, el mismo juez que conoce de la acción de no discriminación debe pronunciarse sobre la indemnización); y, por último, eliminar la multa contra el litigante temerario

¹³⁶ MEZA-LOPEHANDÍA, M. 2015. Reforma de la Ley Zamudio: definiciones y procedimientos. Sección Asesoría Técnica Parlamentaria. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

(consagrada actualmente en el artículo 12, inciso final). Cabe mencionar que en el boletín no se incluyeron propuestas de modificación al artículo 17, referente a la agravante penal por discriminación.

Este primer proyecto de reforma se hacía cargo de varias falencias identificadas en el contenido de la Ley, que repercutían en su eficacia. Lamentablemente, el día 9 de diciembre del mismo año en que se presentó, terminó por ser rechazado sin siquiera haber superado el primer trámite constitucional en la Cámara del Senado; con cuatro votos a favor, seis en contra y tres abstenciones.

No fue sino después de casi cuatro años, que se volvió a poner sobre la palestra un proyecto que buscaba implementar diversas modificaciones a la Ley antidiscriminación. Se trata del proyecto de ley iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Insulza, señora Muñoz y señores Elizalde, Guillier y Latorre, que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

Este segundo proyecto fue presentado a través del Boletín N° 12.748-17, con fecha 3 de julio del 2019. Este es el proyecto que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional.

En la moción presentada por los Senadores se plantean diversos cambios importantes en temas sustantivos y procesales, varios de los que coinciden con el proyecto de reforma anterior, junto con otros que introducen diversas innovaciones¹³⁷.

En primer término, se busca modificar el propósito de la Ley 20.609, agregando al propósito actualmente vigente el de prevenir la discriminación arbitraria, y la promoción y garantía del principio de igualdad. Este objetivo es más cercano a lo que debería ser una ley general antidiscriminación, capaz de sentar las bases de una institucionalidad antidiscriminación.

¹³⁷ MOCIÓN de los Honorables Senadores señor Insulza, señora Muñoz y señores Elizalde, Guillier y Latorre. 2019. Boletín N° 12.748-17

Luego, se busca mejorar la definición legal de “discriminación arbitraria”, y la referencia del artículo segundo a las categorías sospechosas. Para esto, se propone agregar a las modalidades de la discriminación, la de “preferencia”. También se contempla la discriminación arbitraria de forma autónoma, sin que sea necesario invocar la vulneración al ejercicio de un derecho fundamental. Además, se plantea modificar el nexo entre la definición legal y las categorías sospechosas enumeradas, cambiando “en particular” por “en especial”. Esto último es positivo, pues denota el carácter calificante que los estándares internacionales le atribuyen al trato diferenciado basado en estos factores prohibidos, salvando la ambigüedades interpretativas de la redacción vigente. Finalmente, también se propone agregar la mención de “cualquier otra condición social” al catálogo de categorías sospechosas, explicitando el carácter no taxativo de dicha enumeración.

Una modificación muy importante consiste en la derogación del inciso final del artículo segundo, que consagra la infame presunción de razonabilidad. Así, si se llega a aprobar este proyecto, se pondría fin a la jerarquía de derechos del texto vigente, ajustando la legislación interna a los estándares de derechos humanos en materia antidiscriminación.

Otra modificación muy necesaria, que se contempla en este proyecto, es la inversión de la carga de la prueba, agregando un inciso tercero al artículo 10. Sin embargo, en el inciso propuesto, se indica que dicha inversión se va a realizar cuando de los antecedentes aportados por la demandante, se desprendan indicios suficientes de la existencia de una acción o una omisión de discriminación arbitraria. Esto no es del todo satisfactorio, pues de acuerdo al derecho internacional, esta inversión del *onus probandi* debe efectuarse cuando la denunciante alega que fue discriminada arbitrariamente en razón de una o más categorías sospechosas. Es necesario explicitar en la redacción propuesta que la inversión de la carga de la prueba tiene directa relación con las categorías sospechosas, pues ellas deben entenderse como indicio de la arbitrariedad del trato diferenciado.

En cuanto a la sanciones, el proyecto plantea el aumento del monto máximo de la multa a beneficio fiscal, que fija el juez contra las personas responsables de

discriminación arbitraria. Así, se aumenta el monto máximo de cincuenta UTM, a quinientas UTM. Esto pretende ser un elemento disuasivo, que prevenga actos discriminatorios (aunque puede cuestionarse por temas de proporcionalidad, pues esta medida no tiene un carácter de reparación, sino netamente punitivo). Además, se busca establecer el deber del juez de otorgar indemnización de perjuicios, para la persona que ha resultado afectada por la discriminación arbitraria, la cual oscilará entre las cuarenta y doscientas UTM. Se valora positivamente esta adición, pues introduce un mecanismo que dice relación directa con la reparación del daño sufrido por la demandante a raíz del acto discriminatorio, el cual debe ser concedido por el juez en el mismo procedimiento en que conoce de la acción de no discriminación, sin necesidad de iniciar un procedimiento de lato conocimiento a parte para obtener dicha indemnización.

Por último, se suprime la multa en contra del recurrente que es vencido en juicio (el litigante “temerario”), derogando así el inciso final del artículo doce. Este es un cambio positivo, toda vez que la existencia de esta multa opera como un elemento que disuade a las personas de denunciar los actos discriminatorios de los que son víctima.

Son esas las modificaciones que propone la moción inicial del proyecto de reforma de la Ley 20.609, presentado mediante el Boletín N° 12.748-17. Luego de un par de informes evacuados por la comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y tras haberse incorporado las indicaciones planteadas por los Senadores, se presenta el Oficio de ley N° 357/SEC/21, con fecha 4 de agosto del 2021, que contiene el proyecto de reforma aprobado en el Senado para ser discutido por la Cámara de Diputados.

En el texto aprobado por el Senado, se incorporan todas las modificaciones propuestas inicialmente en la moción, y también constan varios cambios adicionales. Entre estos últimos, cabe mencionar algunos por su especial relevancia¹³⁸. En primer lugar, el artículo primero indica que los objetivos principales de la Ley son “erradicar, prevenir, sancionar y reparar toda discriminación en contra

¹³⁸ SENADO. 2021. Oficio de ley a Cámara revisora. N° 357/SEC/21. Boletín N° 12.748-17

de cualquier persona o grupo de personas y promover el principio de igualdad y no discriminación”, junto con consagrar y regular el procedimiento de la acción de no discriminación. Se modifica el deber genérico del inciso segundo del primer artículo, en tanto ya no se dirige de modo global a la Administración del Estado, sino que particularmente a la Subsecretaría de Derechos Humanos de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En efecto, se le encarga a dicha Subsecretaría en específico la promoción de la no discriminación arbitraria. Esto no es un cambio para mejor. No se logra precisar de manera debida el deber legal, y además, al radicar dicho deber en un solo órgano estatal, se hace un flaco favor a la construcción de una institucionalidad antidiscriminación que sea efectivamente integral y articulada, que involucre a los poderes del Estado en su conjunto.

Luego, se agrega al artículo segundo dos incisos nuevos. El primero de ellos, entrega una definición de “justificación razonable”, dando un estándar legal para determinar cuándo un trato diferenciado no se entenderá como arbitrario, sino como legítimo. Le corresponde al juez, en base a los antecedentes de hecho y este estándar legal, determinar la legitimidad de la distinción. En el otro inciso, atingente a las disidencias sexo-genéricas, se establece que toda práctica o tratamiento médico o psicológico, que tenga por fin cambiar la orientación sexual o identidad de género de una persona (las infames “terapias de conversión”), se considerarán actos discriminatorios.

Interesante es lo que se consagra en el artículo 2 bis. En él, se entregan definiciones legales de las diversas formas en que se puede manifestar la discriminación arbitraria, distinguiendo entre discriminación directa, indirecta, múltiple/agravada (toda distinción basada en dos o más categorías sospechosas, que tenga por objetivo o resultado anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos fundamentales), y de discriminación estructural (“discriminación de carácter grave que se ejerce en perjuicio de grupos vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido históricamente marginados, excluidos o discriminados en sus circunstancias materiales, producto de las condiciones reales de subordinación

pese al reconocimiento formalmente igualitario de sus derechos”). Esta última definición es un paso importante en el avance hacia un derecho antidiscriminación robusto, pues da la base sustantiva necesaria para el tratamiento de las situaciones de discriminación a la que históricamente se han visto expuestos los grupos minoritarios, entre ellos las diversidades sexuales y de género. Sin embargo, un reparo que se puede hacer a algunas de las definiciones, es que siguen haciendo referencia a que la discriminación debe repercutir en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Aun cuando en la definición de discriminación arbitraria del artículo segundo se contempla tanto la discriminación que afecta derechos y garantías fundamentales, como la que no produce este efecto, esta autonomía no se consagra de manera satisfactoria dentro del contenido sustantivo de la Ley 20.609. Al contrario, resulta inconsistente.

Por otro lado, y en relación con la discriminación estructural, el mismo artículo 2 bis, en su inciso final, consagra a nivel legal la posibilidad de que los órganos del Estado apliquen medidas de acción afirmativa, a favor de los grupos que así lo requieran, para enfrentar situaciones arraigadas de exclusión. Se indica que estas acciones no serán consideradas discriminatorias, siempre que no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se mantengan sino hasta que se hayan obtenido los objetivos por los que se implementaron.

Con respecto a la legitimación activa para interponer la acción regulada en la Ley, se propone una regulación especial cuando se trata de actos discriminatorios generalizados, que atentan contra el interés colectivo o difuso. En estos casos, la acción también podría ser interpuesta por personas jurídicas sin fines de lucro dedicadas a la promoción, protección y defensa de los derechos de las personas afectadas. También se entregan definiciones legales de interés general e interés difuso, específicos para materia antidiscriminación.

Otro punto que llama la atención, es el que consta en el artículo 5 ter. Este expresa la incompatibilidad de la acción de no discriminación con la acción constitucional de protección y la acción de tutela laboral. Ahora, si hubieren hechos que no estuvieren íntegramente contenidos en alguna de estas acciones, se

concede que el tribunal admita la acción de no discriminación solo respecto de esos hechos, y cuando en aquellas acciones se hubiere alegado la vulneración de derechos fundamentales distintos al de igualdad.

Ahora, un elemento cuestionable del proyecto aprobado en el Senado, que puede ser peligroso, corresponde a temas de apreciación de la prueba, del artículo diez. Se mantiene la regla general vigente, en tanto los jueces deben apreciar la prueba ofrecida por las partes de acuerdo al sistema de la sana crítica (teniendo como límite la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado). Sin embargo, se agrega que, en casos calificados, el tribunal podrá “estimarla según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él”. Si bien es cierto que del actuar de las partes litigantes, hasta cierto punto, puede llegar a inferirse un prejuicio o concepción discriminatoria, ampliar las facultades del juez de esta forma, y permitirle esgrimir sus apreciaciones personales, lo hace muy susceptible de incurrir en arbitrariedades. Esto resulta paradójico, considerando que el fin del juicio es imponer una sanción por haber perpetrado una acción u omisión arbitraria.

En cuanto a las providencias que puede adoptar el juez para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la persona afectada, el proyecto de reforma introduce en el artículo doce un listado de medidas concretas que puede decretar el tribunal en la sentencia. Entre ellas se incluye las disculpas públicas, asistencia de carácter físico o psicológico para la persona afecta (a cargo de la condenada), el establecimiento o adecuación de protocolos o reglamentos internos y medidas educativas y de capacitación. Lo bueno de estas medidas es que responden directamente a la reparación del daño sufrido a raíz de la discriminación, que debe ser el fin esencial de la acción consagrada en la Ley. Además, contemplan una faz preventiva de la discriminación, que es un pilar fundamental en toda institucionalidad antidiscriminación. Este listado no es taxativo, pues contempla la cláusula de “cualquier otra garantía de no repetición de actos

discriminatorios que el juez estime conveniente”, lo que permite adoptar las providencias más adecuadas para el caso concreto.

El artículo doce también establece una disposición relativa a lo penal. Se indica que, en caso de que el juez estime que los actos u omisiones declarados discriminatorios puedan constituir delito, deberá enviar copia de la sentencia y de los antecedentes del caso al Ministerio Público.

Otra modificación importante que plantea el proyecto aprobado por el Senado, consiste en suprimir el artículo dieciocho, que consagra la regla general de interpretación: salvo las disposiciones expresas, los preceptos de la Ley no pueden interpretarse como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes. La derogación de dicha regla resultaría positiva, pues permite adaptar la normativa vigente en pos de desarrollar una institucionalidad antidiscriminación debidamente articulada y coherente.

Ahora, en el plano de disposiciones que modifican otros cuerpos legales, este proyecto introduce un par de reformas interesantes a la agravante penal por discriminación. Estas son de suma importancia, pues repercuten directamente en el tema del presente trabajo: los crímenes y delitos de odio. Por un lado, se amplía considerablemente el catálogo de factores prohibidos que contempla la agravante, acercándolo más al que se establece en la definición de discriminación arbitraria.

Pero la modificación más relevante, consiste en cambiar la palabra “motivado” por la expresión de haber cometido el delito o participar de él “de un modo que exprese rechazo o desvalorización” basado en alguna de las categorías sospechosas que ahí se mencionan. Esta modificación al texto legal es más que bienvenida, pues se puede traducir en una mayor aplicación de la agravante penal ante crímenes de odio contra las disidencias sexuales. Como ya se mencionó, un factor importante consiste en que los fiscales no suelen invocar la agravante, debido a la concepción de que el odio o el prejuicio son elementos subjetivos, prácticamente imposibles de probar. Al expresar que se debe estar a la manifestación del odio, a su exteriorización en la realidad material, se consagra una base legal que opera en concordancia con la teoría del doble desvalor, y con el

modelo de selección discriminatoria. De esta manera, se deja claro que los operadores del sistema judicial penal (en particular los jueces) y todos los intervinientes del proceso penal, no deben basar el procedimiento en el fuero interno del imputado, sino en las acciones objetivas y perceptibles que fueron desplegadas por él, y que demuestran un prejuicio contra un grupo minoritario. Es más, no se trata tanto del odio en sí mismo que pueda sentir el autor del crimen, sino más bien de cómo la conducta punible exteriorizada permite concluir que se actuó basado en el rechazo hacia la víctima por su pertenencia a un grupo determinado. Este cambio de paradigma debería traducirse en una mayor iniciativa a la hora de invocar la agravante por discriminación dentro de la investigación penal, y su no aplicación ya no encontraría “amparo” en la ambigüedad del texto legal.

Son estas las iniciativas más importantes que contiene el proyecto de reforma aprobado en el Senado, iniciado por la moción del Boletín N° 12748-17. Se ve que implica un importante avance en la legislación antidiscriminación nacional, y una necesaria mejora a la hora de sentar bases para una institucionalidad antidiscriminación robusta y eficiente, que responda a los lineamientos y estándares fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin perjuicio de lo anterior, aún hay ciertos aspectos que no se regulan de manera completamente satisfactoria y que, si no se enmiendan en lo que queda del proceso legislativo, pueden acarrear problemas a la hora de prevenir y erradicar la discriminación de manera eficiente.

Cabe mencionar una discusión sido planteada por la doctrina, sobre si es necesario crear un nuevo ente estatal, dedicado exclusivamente a implementar políticas públicas en materia antidiscriminación; o si en su defecto, es conveniente entregar dichas facultades a un órgano ya existente (por ejemplo, el INDH). Independiente de la alternativa por la cual se opte, se estima necesario contar con un órgano específico que cuente con atribuciones que efectivamente sirvan para combatir y disminuir la discriminación en Chile.

Entre aquellas atribuciones y características, se contemplan las siguientes¹³⁹: independencia del órgano, para resolver casos de discriminación arbitraria y proponer las políticas y medidas que estime correspondientes; facultades de coordinación, para articular integralmente a diversos órganos del Estado para combatir eficazmente la discriminación; capacidad de desarrollar estudios en las materias atinentes; procesar y recibir denuncias de discriminación, y poder darles solución en sede administrativas (que no cumpla un rol meramente asesor); llevar a cabo investigaciones, lo cual es importante cuando se trata de prácticas discriminatorias estructurales y sostenidas en el tiempo (como es el caso de la violencia contra las disidencias sexuales y de género), o que suelen pasar desapercibidas; realizar denuncias y acciones judiciales para perseguir la responsabilidad de quienes cometen actos discriminatorios; y proponer políticas y planes de acción, con un plazo determinado de ejecución y evaluación.

Este desarrollo institucional se torna necesario, considerando que la discriminación es un fenómeno transversal, que exige un tratamiento sistemático y coordinado. Cuando nos enfrentamos a contextos de discriminación estructural, se requiere de una cierta dirección política que permita enfrentarla con fuerza y diligencia; sobre todo considerando que las soluciones a este tipo de discriminación suelen entrar en pugna con intereses de grupos que concentran poder social, cuya motivación principal es mantener un contexto conveniente para ellos mismos¹⁴⁰. Está por verse si estos elementos llegarán a incluirse en el texto definitivo de la reforma.

Sin embargo, la llegada del proyecto a buen puerto ha sido un trayecto lento, incluso poco prometedor al corto plazo. Desde que el proyecto de reforma aprobado por el Senado pasó a la Cámara de Diputados, ha habido casi nulos movimientos que tiendan a su avance. El Oficio de ley ingresó a la Cámara revisora el 4 de agosto del 2021. Dos días después, pasó a la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios. Y desde entonces no ha habido movimiento. Desde el Poder Ejecutivo,

¹³⁹ VIAL, T. 2013. La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento. Anuario de Derechos Humanos. N° 9. p. 186 - 187

¹⁴⁰ Ibid. p. 185 - 186

el Presidente de la República, junto con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, han presentado dos oficios formulando indicaciones al proyecto incluyendo los informes financieros correspondientes. El primero fue presentado el 29 de noviembre del 2022. El segundo se presentó el 31 de julio del 2023. Aun así, no hay registro de haberse incorporado dichas indicaciones. Por si fuera poco, desde el 1 de agosto del 2023 se ha hecho presente la urgencia simple en reiteradas ocasiones para agilizar el debate parlamentario. Recién el 24 de enero del 2024 se terminó de votar el proyecto en la Comisión de DD.HH. y Pueblos Originarios, para luego entregarlo a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados. Esta última evacuó su informe respectivo el 12 de marzo del 2024¹⁴¹.

Si bien aún no se acaba la tramitación en la Cámara revisora, hay algunos elementos relevantes que se votaron por la Comisión de DD.HH. y Pueblos Originarios. Se ratificó el fortalecimiento de la Subsecretaría de Derechos Humanos, creando una nueva división para darle sentido a acciones del Estado en varios organismos, con el objetivo de promover la eficiencia en el uso de los recursos estatales. También se contempla la función de asesoría jurídica a la víctimas de discriminación arbitraria. Además, se decidió la creación de un Consejo de Igualdad y No Discriminación Arbitraria, para asesorar a los órganos estatales en cuanto a la elaboración de políticas públicas (lo cual no estuvo libre de reparos por parte de algunos parlamentarios). Otros puntos incluyen la ratificación de la inversión de la carga probatoria en los casos correspondientes, siendo el demandado quien debe acreditar la justificación razonable del trato diferenciado; se busca mejorar el sistema recursivo, particularmente respecto a las apelaciones disponibles para los demandados; y se reafirma la posibilidad de tramitar la acción indemnizatoria en conjunto con la acción de no discriminación¹⁴². Aún está por verse si esto prospera en la reforma que llegue a promulgarse.

¹⁴¹ Los informes y el registro del proceso de tramitación de la reforma en la Cámara de Diputados se encuentra disponible en su portal web:
<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13286&prmBOLETIN=12748-17>

¹⁴² DERECHOS HUMANOS aprobó reforma que fortalece Ley Zamudio. 2024. Cámara de Diputadas y Diputados, Centro de Prensa, 25 de enero.

Sin perjuicio de los avances en estos últimos meses, es difícil ver esto sin un sentimiento de impotencia. Ya han pasado más de cuatro años desde la presentación de la moción parlamentaria, y todavía no se llega a una reforma definitiva. Pareciera que ha costado tomar conciencia sobre la importancia del derecho antidiscriminación en Chile.

Con todo, la tardanza en la tramitación no le quita mérito a lo que se ha debatido hasta el momento. De aprobarse, importaría un paso importante hacia la instauración de una institucionalidad antidiscriminación más acorde con lo que corresponde de acuerdo a los estándares imperantes en el foro internacional en esta materia, y que deben incorporarse en todo Estado democrático de Derecho.

CONCLUSIÓN.

A modo de recapitulación, partiendo de un marco general sobre discriminación estructural y crímenes/delitos de odio, se realizó un análisis crítico de la Ley 20.609. Se analizó su contenido a la luz de los estándares internacionales y su aplicación en sede judicial, tanto en términos generales como específicamente sobre la agravante penal por discriminación. También se trató el esfuerzo de reforma todavía en tramitación, y su pertinencia para solucionar las falencias y problemas identificados.

En virtud de lo investigado y plasmado en estas páginas, se concluye que, efectivamente, la ineficiencia de la Ley, tanto a nivel formal como práctico, responde a una situación de discriminación estructural. Los defectos de la Ley y de su aplicación se explican por la sociedad en que se encuentra inserta, y por las normas sociales imperantes que se han colado hasta las instituciones estatales.

Las falencias del texto legal y de su aplicación podrían resolverse con la aprobación del actual proyecto de reforma, del Boletín N° 12.748-17. Sin embargo, aún queda camino por recorrer en ese ámbito.

En realidad, la Ley 20.609 se ha visto marcada a lo largo de su existencia por la carencia. Ya sea de contenido sustantivo robusto, de mejoras en las situaciones de discriminación en el país, o incluso de interés por parte del Estado en cuanto a la reforma, esta Ley, tal y como se encuentra actualmente, carece todavía de mucho para poder estar a la altura de lo que una ley antidiscriminación debe ser: una verdadera herramienta para hacer frente a las distinciones arbitrarias, y servir de base para que los grupos minoritarios superen sus situaciones de vulnerabilidad.

Ante esto, la situación de las disidencias sexo-genéricas es bastante particular. Fue un homicidio homofóbico lo que logró la promulgación de esta Ley, y aun así no ha sido capaz de entregar a este colectivo la tutela necesaria para hacer frente a la discriminación a la que se ven expuestos/as/es. Discriminación que durante marzo del 2012 tuvo a toda la esfera pública en estado de shock, indignada.

Pero parece que una vez que se acaba el espectáculo mediático, también se desvanece el interés.

La configuración legal de los crímenes de odio no es más que una manifestación de esto: la falta de interés respecto a la discriminación. Finalmente, la consagración de la agravante de responsabilidad penal, instaurando un mecanismo de *ultima ratio* sin antes establecer bases sustantivas sólidas para una institucionalidad antidiscriminación integral, no es más que una medida punitivista y populista. Rápida. Sencilla. Deja tranquila a la opinión pública por un rato, bajo pretexto de imponer sanciones más graves. Pero peca de desprolija. Descuidada. Desinteresada. Y termina por ser insuficiente, incapaz de hacerse cargo de todo un bagaje histórico de segregación en contra de grupos minoritarios. En particular, no es capaz de hacerse cargo de la exclusión y violencia de la que ha sido objeto la comunidad LGBTIQ+ en nuestro país.

Incluso si el panorama fuera distinto, y efectivamente hubiera una institucionalidad robusta en materia antidiscriminación, no deja de ser relevante la cuestión sobre si el Derecho Penal es una vía adecuada para enfrentar la discriminación estructural. Pues al aplicar la agravante por discriminación, lo que se hace es poner el foco en la persona del agresor y de la víctima, apreciando la conducta punible de manera reduccionista. Se aborda la discriminación como un hecho particular e individual, sin tomar en cuenta de manera suficiente que es una expresión de patrones prejuiciosos, insertos en una sociedad en la que tienen lugar estos actos de odio. Ahora, esto no significa restar importancia a la agravante penal. Al contrario, de lo expuesto queda claro que es necesario contemplarla expresamente en el ordenamiento jurídico, en virtud del desvalor añadido que poseen los crímenes y delitos de odio. No obstante, es necesario que tanto el Estado como la sociedad civil tomen la iniciativa de implementar cambios y medidas en las demás áreas del sistema jurídico y del quehacer diario, para que realmente haya una institucionalidad eficiente, capaz de prevenir y enfrentar de manera integral los conflictos sociales, antes de reducir estos procesos a la criminalización.

Cabe mencionar una última inquietud, sin la cual no se puede avanzar en materia antidiscriminación. Se pueden impulsar miles de cambios y reformas a nivel legal, que cumplan con todos los estándares internacionales. Pero si no hay un cambio social que respalde esto, el principio de no discriminación se quedaría atrapado en lo meramente formal, y no serviría de nada. Se debe recordar que el cambio social impulsa el avance legislativo, no viceversa. Las leyes están hechas por y para una sociedad en concreto, en un contexto específico. Y si dicha sociedad no está dispuesta a avalar la ley, esta pierde todo sentido.

Si hay algo que se puede rescatar de todo lo planteado, es que esto en realidad nunca se trató exclusivamente de la Ley Zamudio. Se trata de situaciones de discriminación estructural, sostenidas por siglos, y profundamente arraigadas en el subconsciente colectivo. Es por eso que lo meramente legal (o incluso, lo meramente institucional), jamás será suficiente por sí solo para abordar este fenómeno en toda su complejidad. Ha habido importantes avances en los últimos años, pero todavía queda mucho camino por recorrer. Sobre todo considerando que la sociedad chilena sigue siendo marcadamente conservadora. Si se quiere combatir y erradicar toda forma de discriminación arbitraria, especialmente la de tipo estructural, se requiere de cambios profundos en nuestros procesos de socialización, de educación, y de políticas públicas. En definitiva, se requieren cambios que permitan a todas las personas acceder a la totalidad de la esfera pública, y al pleno desarrollo de su personalidad en igualdad de condiciones, sin verse sometidas, oprimidas o condicionadas, apreciando la diversidad y riqueza que aportan a nuestra sociedad.

Y en cuanto a las disidencias sexuales y de género, es importante que sean concebidas como seres multidimensionales. El miedo a lo diferente, tan característico de nuestra conservadora sociedad, termina por reducir la experiencia de la comunidad LGBTIQ+, para que sea más “digerible” o conveniente a los intereses y jerarquías impuestas por el *status quo*. Históricamente, se ha entendido que la violencia y el miedo es la única forma en que viven las disidencias. Esto ha llevado a que en la esfera pública, sean concebidas como un peligro o amenaza

social o, en el otro extremo del espectro, como un chiste o algo digno de burla. Cualquiera sea la aproximación, desemboca en una negación de la humanidad de estas personas, como si fueran algo completamente anómalo al engranaje social.

Al ser esto un tema de derechos humanos, es necesario partir de la base que nos encontramos ante humanos/as/es, capaces de llevar vidas completamente normales. Y ya se ha recibido demasiada compasión y paternalismo. Solo falta que la sociedad se ponga al día, y reconozca la dignidad y autodeterminación que por tanto tiempo ha sido negada injustificadamente a las disidencias sexuales y de género. Sólo así habrá cambios verdaderos.

BIBLIOGRAFÍA.

Legislación.

LEY 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

PROYECTO DE LEY Boletín N° 12.748-17, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Insulza, señora Muñoz y señores Elizalde, Guillier y Latorre, que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

Doctrina.

ABRAMOVICH, V. 2009. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Sur. N° 11.

ALBERTÍN, P, LANGARITA, J.A. y MAS GRAU, J. 2022. Delitos de odio anti-LGBTI+. Oportunidades, límites y desafíos en el sistema penal. Revista Española de Investigación Criminológica. Vol. 20 (2).

ÁLVAREZ, J. 2018. Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 16. N° 1.

CORN, E. 2013. Apuntes acerca del problema de la discriminación y de su tratamiento penal. Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales. Vol. II. N° 3.

COURTIS, C. 2010. Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. Rev. Derecho del Estado, 24.

COUSO, J. 2012. Acerca de la pertinencia de la nueva Ley de No Discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile. Derecho Público Iberoamericano. N° 1.

DÍAZ, I. 2013. Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los Derechos Internacional y Constitucional. Revista Chilena de Derecho. Vol. 40. N° 2.

DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2013. ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? Revista Actualidad Jurídica. N° 28.

DÍAZ DE VALDÉS, J.M. 2017. Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia. Estudios Constitucionales. Año 15, N° 2.

GAUCHÉ, X. 2014. Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 5. N° 1.

IRIARTE, C. 2018. La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos. N° 14.

LANDA, J. 2020. Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N° 22-19.

LASCURAÍN, J.A. 2012. ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito de la reforma del Código Penal chileno). Perspectiva Penal Actual. N° 1.

MEZA-LOPEHANDÍA, M. 2015. Reforma de la Ley Zamudio: definiciones y procedimientos. Sección Asesoría Técnica Parlamentaria. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

MUÑOZ, F. 2015. Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXVIII – N° 2. p.

NASH, C y NÚÑEZ, C. 2018. Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile. Estudios Constitucionales. Año 16, N° 2.

PRIETO SANCHÍS, L. 1995. Igualdad y minorías. Rev. del Instituto Bartolomé de las Casas.

RODRÍGUEZ, M. Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP.

SABA, R. 2005. (Des)igualdad estructural. Derecho y Humanidades, 11.

SALINERO, S. 2013. La nueva agravante de discriminación. Los “delitos de odio”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLI.

VIAL, T. 2013. La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento. Anuario de Derechos Humanos. Nº 9.

Estudios.

CIDH. 2015. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América.

CEJIL, HIVOS. 2013. Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua.

DESRUES, A. Diversidad sexual en dictadura militar (1973 – 1990). Museo de la Memoria y los Derechos Humanos.

FUNDACIÓN IGUALES. 2021. Reporte de Política Pública: Crímenes de Odio Contra personas LGBTIQ+ en Chile.

MOVILH. 2010. Discoteca Divine. La verdadera historia. III. Informe MOVILH-Divine, la justicia que merecen las víctimas.

MOVILH. 2015. XIII Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2014).

MOVILH. 2019. XVII Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2018).

MOVILH. 2020. XVIII Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2019).

MOVILH. 2022. XX Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2021).

MOVILH. 2023. XXI Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2022).

ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, “El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento”.

Jurisprudencia.

1º JUZGADO DE LETRAS DE ANTOFAGASTA. Rol N° 6332-2013. Peña con Tamayo. Sentencia de 08 de agosto de 2014.

22º JUZGADO DE LETRAS DE SANTIAGO. Rol N° 20750-2012. Ortiz con Ministerio Público. Sentencia de 26 de junio de 2013.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SAN BERNARDO. RIT N° 114-2018. Sentencia de 07 de junio de 2018.

Prensa.

A 25 AÑOS del incendio de la Divine: Olvido sin justicia. 2018. El Desconcierto, Santiago, Chile, 4 de septiembre.

BAEZA, M. 2022. “El escándalo de calle Huanchaca”: Uno de los peores casos de discriminación y persecución a la comunidad LGBTQIA+ en Antofagasta. El Diario de Antofagasta, Antofagasta, Chile, 29 de junio.

CABRERA, M. 2022. 15 años de cárcel para autor de homicidio en Renca: crimen se debió a orientación sexual de víctima. Radio Bio Bio, Concepción, Chile, 31 de enero.

CONDENAN a presidio perpetuo calificado a hombre acusado por robo con homicidio en el marco de un crimen de odio transfóbico en Valdivia. 2022. Fiscalía de Chile, Sala de Prensa, 05 de diciembre.

DERECHOS HUMANOS aprobó reforma que fortalece Ley Zamudio. 2024. Cámara de Diputadas y Diputados, Centro de Prensa, 25 de enero.

FALLO HISTÓRICO LGBTI: Condenan con agravante de crimen de odio a asesinos del transformista Marcelo Lepe. 2018. El Desconcierto, Santiago, Chile, 31 de mayo.

GUTIÉRREZ, C. 2012. La vida de Daniel Zamudio antes de la brutal golpiza. The Clinic, Santiago, Chile, 7 de marzo.

HOMICIDIO de Mónica Briones: primer caso documentado de un crimen de odio en Chile. 2019. Diario Uchile, Santiago, Chile, 9 de julio.

LAS PENAS por el crimen de Daniel Zamudio. 2013. Radio Cooperativa, Santiago, Chile, 28 de octubre.

MARCAZZOLO, L. 2011. La primera marcha gay. The Clinic, Santiago, Chile, 2 de octubre.

MENNICKENT, C. 2022. El homicidio de “Vicho”: cómo crimen de 1981 ayudó a condenar a asesino de joven trans en Valdivia. Radio Bio Bio, Concepción, Chile, 19 de diciembre.

MONTES, R. 2012. La Muerte de un joven gay reabre el debate sobre la homofobia en Chile. El País, Madrid, España, 27 de marzo.

MUERE DANIEL Zamudio, víctima y símbolo de la violencia homofóbica. 2012. El Mostrador, Santiago, Chile, 27 de marzo

OSTENTACIÓN de sus desviaciones sexuales hicieron los maracos. 1973. El Clarín, Santiago, Chile, 24 de abril. Año XIX, N° 6777.

ROBLES, V.H. 2018. Fallo histórico: condenan por crimen de odio a los asesinos de Marcelo Lepe. Agencia Presentes, 31 de mayo.

YÁÑEZ, C. 2019. Cuando en Chile tener relaciones homosexuales era un crimen: 20 años de la derogación del artículo 365 del Código Penal. La Tercera, Santiago, Chile, 3 de abril.

AGRADECIMIENTOS.

A mi familia. A mi madre Jessica, mi hermana Dafne y mi abuelita Adela, que me han dado impulso y fuerza no solo durante la redacción de este trabajo, sino que a lo largo de toda esta carrera, ayudándome a superar los momentos más complejos. Sin su apoyo y amor incondicional, esto no habría sido posible.

A mis amigos, las personas más hermosas con las que me crucé en mi paso por la facultad. Por brindarme su apoyo cuando lo necesitaba, por ser mi válvula de escape cuando la tensión me empezaba a abrumar, y por reírnos entre nosotros y de nosotros. Su amistad brindó calidez a los rincones más gélidos de Pio Nono 1.

Al profesor L. Felipe Abbott. Por su paciencia y diligencia, por tomarme en serio, por su ayuda al ordenar todas las ideas revoloteando en mi cabeza y aterrizarlas. En definitiva, por guiarme en este apasionante proceso.

A la profesora Myrna Villegas y al profesor Patricio Rosas. Sus clases fueron fundamentales para despertar y alimentar mi interés en esta área del Derecho, y entender cómo este se inserta en nuestra sociedad.

A ANHONI and the Johnsons, Yves Tumor y Honey Dijon. Fueron la banda sonora en los momentos más álgidos de este trabajo.

A todes les que vinieron antes de mí. A quienes no ruegan por respeto, sino que lo exigen. A quienes viven auténticamente. A les que han dado la lucha, para que yo pueda tener este espacio y poder expresarme libremente respecto a este tema. Y a todes les que siguen luchando por erradicar la discriminación en nuestra sociedad.