



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**Análisis crítico de la jurisprudencia sobre discriminación
sexual, antes y después a la ley 20.609 y propuestas de
modificaciones.**

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

Autores:

**Javiera Paz Carranza Morales
Benjamín Concha Figueroa**

Profesor Guía:

Paulino Varas Alfonso

Octubre 2014

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: INCENDIO EN LA DISCOTEQUE DIVINE	
1.1. Introducción	5
1.2. Los Hechos	6
1.2.1. La Investigación	9
1.2.2. Presión de los medios de comunicación	18
1.2.3. Nuevas diligencias	21
1.3. Resolución del caso	24
1.4. Conclusiones	28
CAPÍTULO 2: CASO “ATALA RIFFO E HIJAS”	
2.1. Introducción	31
2.2. Los Hechos.....	32
2.3. El Derecho.....	34
2.3.1. Primera Instancia	34
2.3.1.1. Sentencia de Primera Instancia.....	48
2.3.2. Segunda Instancia	51
2.3.3. Recurso de Queja	52
2.3.4. Demanda ante la CIDH.....	60
2.3.4.1. Consideraciones de la CIDH	62
2.4. Conclusiones	72

CAPÍTULO 3: CASO “DANIEL ZAMUDIO”

3.1. Hechos del caso “Zamudio”	75
3.2. Juicio Oral en lo Penal en el caso “Daniel Zamudio Vera”	83
3.2.1. Acusación del Ministerio Público en el Juicio Oral en lo Penal	84
3.2.2. Querellantes en el Juicio Oral	89
3.2.3. Alegatos en el Juicio Oral	90
3.2.4. Declaraciones de los imputados en el Juicio Oral	92
3.2.5. Medios de prueba en el Juicio Oral	93
3.2.6. Hechos acreditados por el Tribunal Oral en lo Penal	96
3.2.7. Delito.....	99
3.2.8. Penas establecidas en la sentencia	106
3.3. Repercusiones tras la muerte de Daniel Zamudio Vera.....	109
3.3.1. Dictación de la “Ley Zamudio”	116

CAPÍTULO 4: LA LEY 20.609

4.1. Introducción	119
4.2. Discriminación arbitraria de la ley de no discriminación.....	120
4.3. Categorías de la Ley 20.609 constitutivas de discriminación arbitraria	123
4.4. Situaciones en que la ley considera razonable las restricciones	125
4.5. Acción especial de no discriminación	126
4.5.1. Procedencia.....	126
4.5.2. Legitimación activa.....	127
4.5.3. Plazo de interposición.....	128
4.5.4. Formas de interposición.....	129

4.5.5. Declaración de admisibilidad.....	129
4.5.6. Suspensión del acto discriminatorio	130
4.5.7. Procedimiento	131
4.5.8. Plazo para dictar sentencia.....	132
4.5.9. Sentencia.....	132
4.5.10. Apelación	134
4.5.11. Funcionarios públicos	135
4.5.12. “Ley Zamudio” y Código Penal.....	137
4.6. Análisis Ley 20.609	136

CAPÍTULO 5: CASOS POSTERIORES A LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 20.609

5.1. Introducción	150
5.2. Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada	150
5.2.1. Los Hechos.....	150
5.2.2. El Derecho	152
5.2.3. Decisión del Tribunal.....	154
5.2.4. Conclusiones	155
5.3. Caso “Villaruel y Acevedo”	157
5.3.1. Los Hechos	157
5.3.2. El Derecho	158
5.3.3. Conclusiones	159

CAPÍTULO 6: CONCLUSIONES FINALES..... 160

BIBLIOGRAFÍA..... 165

INTRODUCCIÓN

La discriminación en la sociedad chilena no es algo nuevo. Desde sus comienzos, ha sido algo incluso característico de la cultura e idiosincrasia de este país¹. Esta actitud, por cierto negativa, ha obedecido en el tiempo a distintas razones, causas o motivos, pudiendo explicar esta evolución a los diversos cambios culturales, raciales, sociológicos, religiosos, económicos, sexuales o políticos, que son naturales en cualquier sociedad que avanza en el tiempo.

A pesar de esto, la lucha contra la discriminación y la concientización de dicha actitud como un problema de nuestra sociedad es mucho más reciente que el problema en sí mismo. Ésta lucha, de una manera u otra, termina buscando en la institucionalidad una solución al problema de la discriminación en nuestra sociedad, la cual, en mayor o menor medida, ha generado medidas que buscan la prevención, educación o castigo de actos que puedan considerarse discriminatorios.

Como existen distintos tipos de discriminación (género, clasismo,

¹ ROITMAN M. El racismo en América Latina y el pueblo mapuche en Chile [en línea]. La Jornada, 19 de enero de 2013. <<http://www.jornada.unam.mx/2013/01/19/opinion/015a1pol>> [consulta: 16 de octubre de 2014].

racismo, apariencia física, religión, color político, etcétera) las soluciones a cada uno de estos tipos de discriminación necesitan ser entendidos, ejecutados y aplicados en función a la discriminación de que se trata. Por ejemplo, si alguien es eliminado de un proceso de selección para un trabajo por sufrir de obesidad, puede recurrir a un organismo fiscalizador como lo es la Inspección del Trabajo y entablar su acción ante los tribunales de justicia². Aquí tenemos un organismo que vela por los derechos de los trabajadores establecidos en el Código del Trabajo, evitando violaciones a la ley y a la Constitución³. Si bien puede ser un organismo que funciona y fiscaliza de manera eficiente y en cumplimiento de la ley, se limita a la discriminación en el área laboral y trabajo. Pero ¿Qué sucede cuando la discriminación se da fuera de un ámbito laboral (por ejemplo) y se sufre en la vida civil, cotidiana y normal de las personas? ¿Que pasa además cuando

² La Inspección del Trabajo realiza fiscalizaciones periódicas con el fin de identificar y eliminar ofertas de trabajo que se encuentren prohibidas por el Código del Trabajo, tal como se establece en su artículo 2: *"Son contrarios a los principios de la leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Y con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación"*

³ Según lo que señala la Constitución de la República en su artículo 1º, en su inciso primero dispone: *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*; y el artículo 19 numero 2º que señala: *"La constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley"*.

Además, en el mismo artículo 19 Nº 16, en su inciso tercero, dispone: *"Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos"*.

dicha discriminación tiene como origen la orientación sexual de las personas?.

Estos son los problemas buscamos abordar y exponer en el presente trabajo, haciendo un recorrido por los grandes casos de discriminación sexual ocurridos en Chile, analizando la evolución jurisprudencial a lo largo de los años, generada en torno a un caso específico. Esto permitirá hacer una comparación al tratamiento jurídico dado a cada caso especial, teniendo como punto de referencia la publicación de la ley 20.609 por ser la primera ley en Chile que busca establecer un mecanismo en contra de la discriminación arbitraria⁴.

La finalidad del ejercicio comparativo de la jurisprudencia previa y posterior a la publicación de la ley 20.609, es formar un criterio informado capaz de determinar todo acierto o falencia de la ley, teniendo como fin último identificar de qué manera se puede hacer la ley 20.609 más efectiva y eficaz en la lucha contra la discriminación, y que caminos se deben tomar en el futuro para que Chile sea un ejemplo en la inclusión social de las minorías sexuales.

⁴ CHILE. Ministerio Secretaría General De Gobierno. 2012. Ley 20.609 “Establece medidas contra la discriminación”, Artículo 1º, párrafo primero: “Propósito de la ley. 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”.

CAPITULO 1: EL INCENDIO DE LA DISCOTEQUE DIVINE

1.1 Introducción

Incluir el caso de la discoteque Divine en el presente trabajo tiene una relevancia especial por ser considerado el primer caso de discriminación sexual que tiene cobertura mediática significativa en Chile. Hay que tener en cuenta que los hechos sucedieron el año 1993, a pocos años del fin de la dictadura, lo que significa que el país de esos años era un Chile muy distinto al de hoy, especialmente en cuanto a pensar en la posibilidad de la libertad sexual como un tema-país, y muy lejano a considerar un debate que planteara la autodeterminación sexual de las personas como un derecho propiamente tal. Aquellos, estos temas no tenían una presencia importante (o presencia alguna) en la agenda legislativa, política o social del país.

La importancia del caso “Divine” radica en las consecuencias de los hechos, tanto como la cobertura mediática que tuvo el caso, como el impulso que tomaron diferentes organizaciones a partir de éste lamentable hecho. Todo esto fue tremendamente importante para la difusión a la sociedad de la existencia de hechos discriminatorios graves que tienen como origen el rechazo a la libertad u orientación sexual de las personas y que pueden terminar incluso en la muerte.

1.2. Los Hechos

En pleno centro de la ciudad de Valparaíso, se encontraba la discoteque Divine, la cual funcionaba en una antigua casona ubicada en la calle Chacabuco N°2687. La noche del 4 de septiembre del año 1993 había alrededor de 59 personas entre asistentes y funcionarios.

Cerca de las 3.30 de la mañana se activó la alarma de incendio, haciendo reaccionar inmediatamente a los asistentes, los cuales se dirigieron a la salida de emergencia, la cual se encontraba después de una estrecha escalera al fondo del local.

Debido a que la estrecha escalera de emergencia no era apta para la cantidad de personas que intentaban salir, los asistentes de esa noche colapsaron el espacio, atropellándose y pisoteándose los unos a los otros, en el intento de escapar de las llamas que se esparcían velozmente al interior del centro de eventos, esto gracias a la naturaleza inflamable de los materiales que recubrían el local, tales como redes de pescadores y alfombras. Además, hay que añadir que la discoteque se encontraba en la parte superior de un almacén y distribuidora de maderas, por lo que prácticamente el lugar se convirtió en una verdadera antorcha. En éste

escenario, se produjo la primera muerte, como consecuencia de la histeria de los asistentes que intentaban escapar por la salida de emergencia, en donde arrollándose los unos con los otros, se terminó con la vida de uno de ellos, aplastado por los demás.

Provocado por la desesperación del momento, otro asistente decidió intentar salvarse saltando desde el tercer piso al vacío. Otros asistentes intentaron protegerse en el baño de las llamas que alcanzaban 1000° de temperatura⁵.

Los bomberos pasaron cerca de 36 horas en labores de búsqueda, que se vieron tremendamente dificultadas por el colapso de los pisos superiores del edificio. Los días siguientes a la catástrofe se procedieron a identificar los cuerpos, los cuales se encontraban calcinados por las llamas.

De los cuerpos, 10 fueron identificados por pruebas dactilográfica, mientras que otros fueron sometidos a pruebas de ADN por el grave estado en que se encontraban los cuerpos. Luego de las labores de identificación, se estimó la cifra oficial de muertos a 16, sin embargo no hubo acuerdo, en ese momento, de dicha cifra. En cuanto a los heridos, según el Hospital

⁵ CISTERNAS, C. 2007. Valparaíso, el mayor de los desastres en 50 años: Bajo el signo de la catástrofe. [en línea] El Mercurio de Valparaíso en Internet. 11 de febrero, 2007. <http://www.mercuriovalpo.cl/prontus4_noticias/site/artic/20070211/pags/20070211042532.html> [consulta: 11 abril 2014].

Carlos Van Buren el número ascendió a 14 asistentes, 5 trabajadores y un bombero, mientras que 17 personas pudieron escapar ilesas. La cifras fueron difíciles de determinar ya que algunos de éstos números corresponden solo a los que fueron atendidos en el Hospital Carlos Van Buren, sin embargo, otros asistentes escaparon del lugar con la intención de atenderse en clínicas privadas de Viña del Mar y así poder esconder su identidad sexual⁶.

1.2.1 La Investigación

Una vez apagadas las llamas, comenzaron las primeras pesquisas por parte de bomberos y carabineros. A pesar de que las sospechas de la causa del incendio eran problemas eléctricos, las primeras teorías de un ataque homofóbico comenzaron a circular.

El caso ingresó al Séptimo Juzgado del Crimen de Valparaíso, a manos del juez Jorge Gándara. Y luego, el 10 de septiembre del año 1993,

⁶ AUTOR DESCONOCIDO. 2005. Los ecos de la tragedia de la Divine. [en línea] La Estrella de Valparaíso en Internet. 11 de junio, 2005.
<http://www.estrellavalpo.cl/prontus3_sup1/site/artic/20050611/pags/20050611020858.html>
[consulta: 11 abril 2014].

el dueño de la discoteca, Nelson Arellano, interpone una querrela criminal contra quienes resulten responsables, atribuyendo los hechos sucedidos a un atentado homofóbico⁷.

Luego, sólo 6 meses después de investigación, el 23 de marzo de 1994, el juez Jorge Gándara, sobreseyó temporalmente la causa, tras cerrar el sumario sin agotar las diligencias, sin aclarar las causas de la tragedia, sin determinar el número e identidad de real de víctimas fatales y heridos, sin sanciones, además sin culpables ni procesados, decisión basada y argumentada en los informes oficiales que señalaban categóricamente que el incendio se había producido por un desperfecto eléctrico:

“Agotadas las diligencias sumariales no resulta completamente justificado en autos la existencia del cuerpo del delito investigado (...) se declara que se sobresee temporalmente esta causa”.

Debido a la pobre actividad jurisdiccional del juez Jorge Gándara en la etapa de la investigación, es que la se valió de numerosas críticas por parte de variados actores de la comunidad, tales como asociaciones defensores de los derechos de los homosexuales, de la prensa, e incluso del sector político.

⁷ LÓPEZ, M. 2010. Los hitos más importantes en los 16 años del caso “Divine”. [en línea] <<http://www.tresparrafos.com/archives/1203>> [consulta: 12 abril 2014].

Dicho fallo causó gran molestia en movimientos defensores de los derechos de las minorías sexuales, tales como el **Movimiento de Integración y Liberación Homosexual** (Movilh):

“En efecto, en el expediente figuran las versiones de testigos respecto a tres sospechosos que las autoridades jamás ubicaron, desistiendo tempranamente de las diligencias. Más aún, el juez Jorge Gándara se conformó con un mediocre y débil informe proporcionado por Carabineros respecto a dos de esos sospechosos, cerrando el sumario el 17 de marzo de 1994⁸”.

Estos dichos se explican porque gran parte de los testigos del siniestro defendieron la tesis de un atentado homofóbico, en especial los dueños de la discoteque Divine.

Uno de los problemas de la investigación, fue su poco interés en investigar lo declarado por testigos presenciales. Uno de los sospechosos fue visto por el testigo N.A.G.G, quien declaró en el expediente:

"Saliendo del interior (de la discoteque) alrededor de las 3:00 horas, ya que me sentía mareado por el alcohol ingerido, procedí a sentarme en un

⁸ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2002. La Justicia que merecen las víctimas. [en línea] <<http://www.movilh.org/noticias/divine.htm>> [consulta: 16 abril 2014].

escalón exterior de una casa, ubicada (...) a unos 25 metros de la señalada discoteque. En ese instante por el lugar pasó un hombre de 1,70 mts. de altura aproximadamente, maceteado, cara redonda, corte regular, ojos café claro y que vestía jeans y chaqueta azul y camisa a rayas celeste. **Él sujeto portaba una bolsa de papel color café, percatándome que en su interior llevaba un envase de aceite de motor de auto**, persona que se puso a orinar en un kiosco ubicado en la intersección de dichas calles. Acto seguido el tipo, me buscó conversación, preguntándome que hacía en el lugar. Le respondí (...) que había salido a tomar aire. El sujeto fue luego hasta donde funciona la disco y transcurridos unos tres minutos lo vi regresar, esta vez corriendo. Me dijo "chao", **no fijándome si aún portaba el paquete antes descrito**. Transcurridos unos tres o cinco minutos, regresé al local de la disco y al llegar a su puerta de acceso, sentí un intenso calor y luego me percaté que las puertas estaban siendo producto de las llamas".

A pesar de los hechos que se describieron en dicho testimonio, nunca se realizaron diligencias para ubicar al sospechoso.

La parte querellante, el día 11 de noviembre de 1993, informo al tribunal: "Horas antes del siniestro ingresaron a la discoteque dos individuos, uno de ellos apodado el vietnamita, al parecer de ocupación

taxista cuya descripción también fue entregada a personal de Carabineros de la Comisaría de Cerro Alegre por personal del local vecino del inmueble siniestrado, denominado Hollywood. Las características de esos sujetos coincidían con las señas de dos individuos que habrían comprado combustible suelto minutos antes del incendio en un servicio ubicado a unas cuadras de la discoteque, al parecer en Avenida Errázuriz⁹”.

La policía de investigaciones comunicó al juez Jorge Gándara, que investigó a este sujeto de unos 50 años, domiciliado en el cerro Arrayán. El informe policial dice lo siguiente:

“Un individuo de profesión taxista, apodado el vietnamita y un acompañante, quien el día 4 de septiembre de 1993 en horas de la madrugada al momento antes de iniciarse el incendio en la discoteque Divine de esta ciudad habría adquirido bencina suelta a una bomba de bencina de avenida Errázuriz, el subcomisario José Segura Alarcón procedió a efectuar diversas averiguaciones en esta ciudad a fin de ubicar a este vietnamita logrando establecer que se trataría de un individuo ex combatiente de la guerra de Vietnam de unos 50 años de edad

⁹ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2002. La Justicia que merecen las víctimas. [en línea] <<http://www.movilh.org/noticias/divine.htm>> [consulta: 23 abril 2014].

aproximadamente, pelo cano largo atado a una especie de cola, bigote blanco, el cual tendría su domicilio en el cerro Arrayán de esta ciudad en donde además tiempo atrás habría sido presidente de la Junta de Vecinos. Este individuo en la actualidad estaría desempeñándose como chofer de un camión de transporte, encontrándose en estos días en el sur del país, al parecer en la ciudad de Talca o Linares, esperándose su regreso a Valparaíso. Por este motivo y con el fin de proseguir con las averiguaciones a objeto individualizar y entrevistar respecto de lo dispuesto de investigar al tal vietnamita es que se evacúa el presente pre informe¹⁰”.

Llama la atención del pre informe de carabineros citado, el poco interés puesto en encontrar al sospechoso “vietnamita”, limitándose a “esperar” que éste vuelva a la ciudad. Esto se podría entender como una negligencia en la investigación cuando estamos hablando de un sospechoso responsable de la muerte de más de una docena de personas.

Además de diligencias testimoniales, en el transcurso de la investigación se realizaron peritajes en la escena de los hechos, para corroborar lo que la Superintendencia de Electricidad y Combustible (SEC)

¹⁰ AUTOR DESCONOCIDO. 2002. Implican a taxista que fue a Vietnam en incendio de la disco gay "Divine". [en línea] La Cuarta en Internet. 31 de agosto, 2002. < <http://www.lacuarta.com/diario/2002/08/31/31.02.4a.CRO.DIVINE.html> > [consulta: 23 abril 2014]

y el cuerpo de Bomberos habían determinado en una primera instancia. Se realizaron cuatro peritajes durante la investigación, uno realizado por un liquidador de seguros, otro por el Cuerpo de Bomberos de Valparaíso, un tercero por parte de la SEC, y por último, otro por el Laboratorio de Criminalística¹¹.

Por parte del liquidador de seguros, no hubo una conclusión del origen del fuego como tal, sin embargo, el peritaje a cargo del contador Norberto Pedrero Boudon, fue importante en determinar que el incendio no pudo haber sido causado por los dueños de la discoteque, ya que ésta no se encontraba con un seguro contra incendios. Por tanto, establecieron que ningún beneficio económico fue recibido por consecuencia del incendio de la discoteque.

En ese entonces, el comandante del Cuerpo de Bomberos de Valparaíso, Miguel Sánchez Paniagua, confirmó el reporte preliminar de bomberos, el cual establecía que el incendio tuvo como origen un desperfecto eléctrico: “El fuego se originó en conductores eléctricos en caja

¹¹ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2002. La Justicia que merecen las víctimas. [en línea] <<http://www.movilh.org/noticias/divine.htm>> [consulta: 06 mayo 2014].

de escala, siendo su causa el recalentamiento de conductores eléctricos por sobrecarga de esos y fusibles sobredimensionados¹²”.

Sin embargo, una nota publicada por la “Estrella de Valparaíso” en septiembre de 1993 señala que: “algunos voluntarios tienen dudas al respecto, en primer lugar les llama la atención la rapidez que se propagaron las llamas, las que cuando llegaron los primeros efectivos al lugar del siniestro ya consumían todo el inmueble. En segundo lugar los incendios generados por fallas eléctricas habitualmente se desarrollan con bastante humareda interna y en algunos casos con fuerte y nauseabundo olor (...) y, según todos los testimonios, estos síntomas no se dieron en el caso de la Divine. Luego, se estima que pese al profesionalismo al cual se apegan los encargados de los peritajes no encuentra el Cuerpo con los elementos técnicos que le permitan establecer en forma tan categórica y rápida las causas de un incendio”.

Por otro lado, la apreciación del SEC en cuanto a los orígenes del incendio, es bastante más determinante que las otras partes que realizaron peritajes: “De los vestigios que quedaron de la instalación se establece que el siniestro tuvo su origen en el tablero eléctrico general de la discoteque y

¹² Ídem.

se vio favorecido por la presencia de elementos combustibles en la proximidad de éste¹³”.

Esto coincide con un artículo publicado por el Ciudadano¹⁴, en el cual se establece que antes del incendio: la discoteque fue sometida a diversos arreglos de pintado, carpintería, ornamentación y eléctricos, siendo gran parte de ellos fatales. Además, dice que según algunos testigos, en agosto de 1993 se cubrieron las paredes y techos de la zona de acceso de la discoteca con cubre piso que fue pegado con Agorex, elemento de fácil combustión. Más aún, antes del incendio se compraron e instalaron nuevos equipos para la discoteca como televisores y luminarias, se agregaron más elementos de audio y se amplió el amperaje de 15 a 30 con cables de 1.5 milímetros y no de 2.5 milímetros, como lo exige la norma.

Tal como lo establece el Ciudadano, el dueño del local, Nelson Arellano, reconoce que hizo ciertos arreglos, debido al aniversario de la discoteque, sin embargo, el afirma que actuó según lo que establece la norma: “renové la instalación eléctrica comprando cables adecuados,

¹³ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2002. La Justicia que merecen las víctimas. [en línea] <<http://www.movilh.org/noticias/divine.htm>> [consulta: 25 mayo 2014].

¹⁴ AUTOR DESCONOCIDO. 2010. Tras 16 años aclaran causas y responsables de incendio en disco gay Divine. [en línea] El Ciudadano en Internet. 23 de abril, 2010. <<http://www.elciudadano.cl/2010/04/23/21369/tras-16-anos-aclaran-causas-y-responsables-de-incendio-en-disco-gay-divine/>> [consulta: 25 mayo 2014]

automáticos de mayor amperaje. Todos los elementos con los cuales contaba mi disco en el aspecto electrónico eran del orden semiprofesional, lo cual no constituía un gran consumo de energía. Contaba con los sistemas de fusibles automáticos e instalación nueva, exigida, firmada y aprobada por la SEC y la cambié por una más eficaz”. Agregó además que “hace aproximadamente tres meses volví a recibir la visita de uno de los inspectores de bomberos en momentos que la discoteque estaba funcionando. El inspector después de revisar el funcionamiento encontró que estaba todo en orden¹⁵”.

Lo que tenemos que entender de la investigación a cargo del juez Gándara, es que falló no sólo en determinar si se trataba de un delito homofóbico o no, sino que en también en determinar el responsable de que las instalaciones eléctricas cumplieran niveles de seguridad adecuados. Pudo ser el dueño, en el sentido de abaratar costos versus seguridad de las instalaciones, o la SEC, en su negligencia de deber de fiscalización de instalaciones eléctricas, o asimismo la Municipalidad, la cual debe

¹⁵ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2002. La Justicia que merecen las víctimas. [en línea] <<http://www.movilh.org/noticias/divine.htm>> [consulta: 27 mayo 2014].

considerar todos los aspectos importantes al otorgar patentes, o al renovarlas e incluso al hacer cambios significativos.

Lo importante es recordar que, ya sea a causa de un desperfecto eléctrico, o de un atentado homofóbico, hubo un responsable por el incendio de la discoteque Divine, y éste responsable nunca fue investigado, y menos determinado, al menos durante la primera etapa de investigación a cargo del juez.

1.2.2 Presión de la Prensa

El año 2002, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual MOVILH, publicó el “Informe Movilh-Divine: la justicia que merecen las víctimas” el cual causó gran revuelo a nivel nacional, poniendo al Movilh en posición de solicitar a la Corte Suprema, la reapertura del caso e incluso la remoción del juez Gándara. El MOVILH entregó una copia del documento al ex presidente don Ricardo Lagos, al Ministro de Justicia, don José Antonio Gómez Urrutia y al magistrado don Mario Garrido, ex presidente de la Corte Suprema. El documento fue acompañado por una

carta introductoria donde se demandó la reapertura del caso y la remoción del juez Gándara del proceso.

En consecuencia, en noviembre del 2002 la Secretaría de la Corte Suprema informó al Movilh que cinco magistrados de la Comisión de Ética habían decidido revisar el “Informe”, enviando el oficio rol 18726 que solicitaba al juez Gándara antecedentes sobre la materia.

Finalizadas las gestiones descritas, la Corte Suprema y el Quinto Juzgado de Valparaíso determinaron mantener cerrado el caso, sin justificar su decisión¹⁶.

Desde éste punto en adelante, la presión mediática hizo gran trabajo en los acontecimientos posteriores relacionados al caso. Por ejemplo, en septiembre de 2002 el dueño de la discoteque, Nelson Arellano, hizo una entrevista al diario “Opus Gay” en donde reafirma diferentes versiones de testigos en que se establecía que el “vietnamita” se habría jactado de cometer el delito: "En una tomatera con una persona que conocía, el vietnamita se jactó de haber quemado a los maricones. Le pedí a esa persona que averiguara donde vivía el "vietnamita", pero a los dos días de

¹⁶ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2004. Informe Anual DDHH Minorías Sexuales Chilenas. [en línea] <<http://www.movilh.cl/biblioteca/estudios/>> [consulta: 29 mayo 2014].

entregarme ese dato, apareció muerto. Lo acuchillaron en el cerro Barón", dijo Nelson Arellano en la entrevista, además se aseguró que sufrió presiones por el liquidador de seguros, y además denunció la desaparición de objetos de la escena de los hechos¹⁷.

Asimismo, en julio de 2003, el reconocido programa televisivo "Testigo" de Canal 13 transmitió al aire, en cooperación con el Movilh, un programa dedicado al incendio de la discoteca Divine, con el objeto de dar cuenta de la negligencia del tribunal en agotar todas las diligencias en cuanto a la investigación de los hechos. Dicho reportaje fue contundente, ya que demostró, sin apoyar ninguna hipótesis en particular, que las investigaciones en el juicio, no fueron exhaustivas, llegando incluso a ubicar el "vietnamita" en pocos días.

Luego de este reportaje, el 25 de septiembre de 2003, el juez Jorge Gándara, aceptó la reapertura del caso realizada por el Movilh ese mismo mes, para luego en el mes de octubre dar una orden amplia de investigación a la Brigada de Homicidios.

Buscando un rol activo en el proceso, el 11 de noviembre del 2003 el Movilh solicitó formalmente al tribunal, ser parte del proceso. El

¹⁷ Ídem.

magistrado acepta la petición, legitimando al Movilh como parte del procedimiento, siendo representados desde este punto por la abogada María Elena Quintana.

1.2.3. Nuevas Diligencias

En esta nueva etapa, el juez Gándara ordena las diligencias que fueron demandadas desde en un principio por el Movilh. Entre las diligencias ordenadas por el juez Gándara destacan la toma de declaraciones judiciales y extrajudiciales a unas 20 personas, entre sobrevivientes, familiares de las víctimas, testigos y el principal sospechoso de causar el incendio.

Además, se solicitó hacer por primera vez, un listado oficial de víctimas del incendio, y sus identidades, cosa que nunca se hizo en el primer expediente del juicio. Finalmente el listado oficial de víctimas

fatales ascendió a 16, como indico el Servicio Médico Legal al Juzgado del Crimen¹⁸.

Asimismo, desde la reapertura, se solicitaron nuevos informes a las instituciones, Laboratorio de Criminalística, al Cuerpo de Bomberos de Valparaíso y a la Superintendencia de Electricidad y Combustible, las cuales, realizaron peritajes con el fin de determinar las causas del incendio. Éstas instituciones coinciden en que la causa definitiva del incendio fue un desperfecto eléctrico, con excepción del Laboratorio de Criminalística el cual estableció el 11 de noviembre del 2003 en un informe dirigido al Juzgado que **“el fenómeno de naturaleza eléctrica atribuido como causa de incendio no fue constatado técnicamente en forma fehaciente, razón por la cual se le dio el calificativo de posible”** y luego agrega: **“El carácter de posibilidad de causa de incendio, infiere a no descartar como factible otra causa como pudiera ser por ejemplo un cuerpo portador de llama (corresponde a un elemento que se encuentra en**

¹⁸ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH). 2013. Exigen que responsables de incendio en Disco Divine pidan perdón. [en línea] <<http://www.elmartutino.cl/noticia/sociedad/exigen-que-responsables-de-incendio-en-disco-divine-pidan-perdon>> [consulta: 5 junio 2014].

combustión) atendiendo a la (...) la inexistencia de fuentes calóricas, tales como estufas y cocinas¹⁹”

Por otro lado, uno de los hechos más controversiales de la investigación era, para quienes apoyaban la hipótesis de un atentado homofóbico, la correcta indagación de los dichos del principal sospechoso del incendio, el “vietnamita” el cual fue localizado por el Movilh el año 2003.

El 24 de octubre del mismo año, el “vietnamita” (Juan Salvador Espinosa Vidal) declara ante la Brigada de Homicidios de Valparaíso, reconociendo que estuvo presente la noche del incendio en la Divine. Sus dichos fueron mantenidos posteriormente en declaración judicial y en un análisis psiquiátrico en abril pasado que descartó desórdenes mentales.

Espinosa aprovechó las declaraciones para explicar su versión de lo sucedido esa noche: “me encontré con un guardia quien me hizo algunas preguntas que no recuerdo. Le manifesté que sólo quería conocer el recinto y algo lo tiene que haber molestado ya que comenzó a agredirme con un linchaco, empujándome por las escaleras. Me trasladé al cuartel de la

¹⁹ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2004. Informe Anual DDHH Minorías Sexuales Chilenas. [en línea] <<http://www.movilh.cl/biblioteca/estudios/>> [consulta: 5 junio 2014].

Policía de Investigaciones que se encontraba a la vuelta de la esquina, siendo atendido por un funcionario quien me señaló que debía recurrir a la posta a constatar lesiones lo que no efectué”. Luego agrega: “Días después al regresar a la Hollywood, donde mi amigo Germán Rodríguez, este en un tono de broma me señaló: te fuiste al chanco quemando la hueá²⁰”

Espinosa argumenta que probablemente de sus dichos se genera la el rumor de que él quemó el recinto, en incluso añade que no es homofóbico y que de hecho ha asistido a shows transgénero junto a su esposa en el pasado.

1.3. La resolución del caso

Ya para el año 2005 el juez Gándara intentaría cerrar nuevamente el caso sin establecer culpables, lo que fue impedido por la apelación de la abogada representante del Movilh, María Elena Quintana, ante la cuarta sala de la

²⁰ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2004. Informe Anual DDHH Minorías Sexuales Chilenas. [en línea] <<http://www.movilh.cl/biblioteca/estudios/>> [consulta: 9 junio 2014]

Corte de Apelaciones de Valparaíso, en donde los magistrados Gonzalo Morales, Manuel Silva y Eduardo Niño, impiden su cierre²¹.

Es probable que el cierre se haya impedido por presiones provenientes del sector político, por ejemplo el público apoyo de Laura Soto y Guillermo Ceroni, patrocinando y presentando una querrela contra quienes resultaran responsables del incendio de la discoteca Divine en donde pidieron además que se citara a declarar a diversas personas involucradas directa o indirectamente en el proceso. Además, las denuncias del Movilh ante la Federación Internacional de Derechos Humanos, sobre violaciones y maltratos con ocasión de la investigación del caso Divine. Y por último, marchas realizadas en Valparaíso por diversas organizaciones culturales con el fin de que se obtenga una resolución en el caso. Todos estos factores tenían en el foco de la atención pública la resolución de éste caso, por lo que es probable que a causa de la presión social y política descrita previamente, el poder judicial no podía permitirse cerrar el caso sin determinar culpables.

²¹ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2010. La Justicia que Merecen las Víctimas. [en línea] Santiago, Chile.
< <http://www.movilh.cl/documentacion/informe-movilh-divine/III-informe-movilh-divine-2010.pdf>>
[consulta: 9 junio 2014]

Por las mismas razones, estas presiones significaron un cambio en el juez a cargo del caso, siendo doña María Elena González, la nueva jueza a cargo de la investigación de los hechos que causaron el incendio de la discoteque. Durante el transcurso del año 2005 llegan al Movilh nuevos antecedentes sobre el caso, los cuales fueron entregados al tribunal el 24 de junio y luego, el 16 de noviembre, fueron ahondados en una reunión de carácter privado con la actuario Mariana Díaz²². Dicha reunión tuvo como objeto hacer un análisis de los avances de la investigación y revisar los antecedentes entregados al caso.

Luego de esta reunión, a casi 13 años de ocurrida la tragedia, el Segundo Juzgado del Crimen de Valparaíso solicita destinar a un grupo de la Policía de Investigaciones exclusiva, con el fin de pesquisar los hechos durante un mes, factor que Rolando Jiménez, director del Movilh, considera uno de los mayores logros de la investigación. "La jueza y la actuario que llevan el caso tienen una actitud completamente distinta a la del juez anterior. Lástima que todo esto sea a más de 10 años de ocurridos los hechos", estos dichos de Rolando Jiménez son una comparación con don

²² MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2010. La Justicia que Merecen las Víctimas. [en línea] < <http://www.movilh.cl/documentacion/informe-movilh-divine/III-informe-movilh-divine-2010.pdf> > [consulta: 9 junio 2014].

Jorge Gándara, ex juez a cargo del caso, acusado por el Movilh como el principal culpable de que no se haya investigado los hechos y querer esclarecer que sucedió el día del incendio²³.

Durante los años 2006 al 2008 la investigación siguió buenos momentos, como por ejemplo cuando el entonces presidente del senado Eduardo Frei Ruiz Tagle, en una reunión con el Movilh, expreso su apoyo en la correcta conclusión del caso. Y también malos momentos cuando el año 2008, hubo un nuevo intento de cierre de investigación si determinar culpables.

Ya en diciembre del año 2009, habiendo revisado exhaustivamente todos los antecedentes del caso la jueza a cargo del caso sobresee definitivamente la causa, aclarando que el incendio se provocó por mala mantención eléctrica de la discoteque, aclarando que esto habría significado el procesamiento de los propietarios de la discoteque por cuasidelito de asesinato, lo que era imposible por encontrarse prescrita la acción penal²⁴.

²³ ESPINACE, S. 2006. Divine, Más Allá de la Película. [en línea] La Nación en Internet. 28 de mayo, 2006. <<http://www.lanacion.cl/noticias/reportaje/divine-mas-alla-de-la-pelicula/2006-05-27/174853.html>> [consulta: 10 junio 2014].

²⁴ LÓPEZ, M. 2010. Los hitos más importantes en los 16 años del caso "Divine". [en línea] <<http://www.tresparrafos.com/archives/1203>> [consulta: 10 junio 2014]

1.4. Conclusiones

Si bien el caso del incendio de la discoteque Divine no resalta desde un punto de la actividad jurisdiccional del tribunal, si destaca en que la discriminación sexual fue uno de los temas principales a considerar dentro del procedimiento, por ser una de las hipótesis del caso. Antes de este caso, la homofobia no se consideraba como un factor en la motivación del agente delictivo en la comisión del tipo penal, por tanto, al existir en un caso emblemático como lo es el incendio de la discoteque Divine, en donde se involucra la sociedad, el sector político e incluso el gobierno, sin duda se configuró como un factor que ayudaría en el futuro a concretar la idea de legislar al respecto.

En un escenario hipotético, en el cual el incendio de la discoteque hubiese sido efectivamente producto de un atentado homofóbico, nos daríamos cuenta de que no cambia en nada el tipo penal, o tampoco en algún tipo de agravante o calificante. Aun en este escenario, el delito siempre habría sido homicidio con las agravantes que correspondiese al caso, por ejemplo alevosía, pero nada relativo a la homofobia.

Esto sin duda nos hace reflexionar sobre el reproche de la discriminación, en cualquiera de sus formas, como motivo de una conducta que afecte en los derechos de una persona.

Después del incendio de la discoteque Divine, ésta idea, si bien, aún muy lejos de convertirse en una realidad como veremos más adelante, queda latente para muchos, lo que iniciaría una lucha que duraría muchos años con el fin de lograr verdaderas sanciones por parte de nuestro derecho positivo a los actos delictivos con motivo de discriminación sexual.

CAPITULO 2: EL CASO “ATALA RIFFO E HIJAS”

2.1 Introducción

La discriminación sexual puede manifestarse de distintas maneras, siendo algunas más evidentes que otras. Anteriormente vimos una faceta criminal de la discriminación sexual, en la cual, se pone en riesgo la integridad física y la vida de las personas afectadas. Esta es solo una de las formas que puede tomar la discriminación. Sin embargo, la discriminación, en algunas de estas formas, puede ser difícil de detectar, especialmente cuando se genera en las instituciones públicas que tienen a su cargo la defensa de los derechos de las personas. Éste fue el caso de Karen Atala Riffo, la cual sufrió la pérdida de la tuición de sus hijas, al ser injustamente discriminada por la Corte Suprema de Chile²⁵.

En éste capítulo, resumiremos el procedimiento llevado por Karen Atala, la que obtuvo resultado favorable en primera y segunda instancia, para luego perder ante la Corte Suprema, la que en virtud de un recurso de queja, desestimó lo decidido por los tribunales inferiores, como asimismo, revisaremos los argumentos esgrimidos por las partes, como también lo decidido por el tribunal correspondiente a la instancia.

²⁵ Como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo veremos más adelante.

También se revisará brevemente, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual condenó a Chile por discriminación sexual a Karen Atala Riffo, ordenando al Estado una variedad de medidas para mitigar el daño, y evitar futuras discriminaciones.

Este es un caso en que la discriminación sexual se esconde bajo argumentos como la protección del menor o el principio del interés superior del niño, pero sin embargo, haciendo un ejercicio reflexivo, nos podemos dar cuenta, que el motivo que Karen pierde la tuición de sus hijas, es por ser homosexual.

2.2 Los hechos

Karen Atala Riffo contrajo su segundo matrimonio con Jaime López Allende el año 1993, ambos abogados. Juntos decidieron irse a vivir el mismo año a la ciudad de Temuco, y entre 1994 y 1999 nacieron las tres hijas del matrimonio. Entre los años 2000 y 2001 Atala paso por un proceso de depresión que tenía la relación matrimonial desgastada. Esto llevo a la

pareja a asistir a sesiones de mediaciones familiares. Para el año 2001 Atala confesó su lesbianismo en estas sesiones de pareja²⁶.

Como consecuencia de la confesión de su orientación sexual, el matrimonio, en marzo de 2002, dio término a su relación, acordando que, por el bien de las niñas, ella mantendría su tuición y cuidado; regularon un régimen de visitas semanal en Temuco, como otros aspectos propios de toda separación, y mantuvieron para todos los efectos, en torno a las necesidades de las hijas comunes, comunicación permanente. Atala estimó necesario continuar con asesoría profesional psicológica individual que le permitiera regularizar su vida y obtener las mejores herramientas disponibles para los efectos de relacionarse adecuadamente con sus hijas menores desde su condición sexual recién asumida, asesoría a la que señala haber incorporado a sus hijas, en carácter de terapia familiar.

En junio de 2002, inició una relación afectiva con Emma de Ramón Acevedo, de 42 años, Licenciada en Teoría e Historia del Arte de la Universidad de Chile, quien se traslada al hogar común e incorporándose al su núcleo familiar. Hecho que señala haber informado a sus terapeutas

²⁶ TORO, I. y RIVAS, M. 2012. La bitácora del caso Atala. [en línea] La Tercera en internet. 24 de marzo 2012. <<http://diario.latercera.com/2012/03/24/01/contenido/reportajes/25-104493-9-la-bitacora-del-caso-atala.shtml>> [consulta: 19 junio 2014]

quienes avalaron su decisión y la orientaron con el tratamiento que a esta situación debe dar frente a sus hijas²⁷.

“Teníamos un acuerdo de palabra para las visitas pero cuando llegó Ema a vivir a mi casa, ahí él demandó, judicializó el tema. Su idea siempre fue instalar dentro del proceso el prejuicio, hacer del prejuicio una suerte de pánico social²⁸”

2.3 El Derecho

2.3.1 Primera Instancia

El 14 de enero de 2003, López interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica, en contra de Karen Atala, por su falta de idoneidad para tener el cuidado de las hijas. Los argumentos de la demanda, los cuales se señalan en la parte expositiva de la sentencia, se pueden resumir en los siguientes puntos:

- i. Que, la conducta poco maternal y cariñosa de la madre, su falta de paciencia y mal humor permanente, unido a la capacidad de infligir

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Menores de Villarrica. 2003. Sentencia de Primera Instancia, foja del 26, 29 de octubre 2003.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Atala en audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 23 de agosto 2011.

castigos físicos a sus hijos, fue una situación constante asumida por el grupo familiar. Expone que, los lapsos de entrega y permanencia con los menores siempre fueron marcados por la presencia del padre, quien asumió incluso la crianza y cuidado del pequeño Sergio, primero hijo de Atala de un matrimonio anterior²⁹.

- ii. Que la demandada ha declarado abiertamente su lesbianismo como opción sexual y que las consecuencias y estragos ante esta nueva posición de la demandada, se comienzan rápidamente a sentir. Por ejemplo el hijo mayor (del primer matrimonio), Sergio, fue sacado del seno maternal, por su padre, don Sergio Vera Aparicio, quien se lo llevó a vivir con él. Además, la conducta de las menores, Matilde, Regina y Victoria, quienes no sólo afectadas por la separación de sus padres, y la ausencia de éste último en la casa familiar, han sido espectadoras directas de esta nueva imagen asumida por la demandada, en la cual ejerciendo un rol absolutamente marital, trajo consigo a su pareja, doña Emma de Ramón Acevedo, instalándola en el hogar común, asumiendo ésta última el rol maternal con respecto a estas menores. López agrega que, desde la separación hasta la fecha,

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Menores de Villarrica. 2003. Sentencia de Primera Instancia. 29 de octubre 2003.

y con el objeto de que las menores no se sientan desamparadas, su representado las tiene bajo su cuidado prácticamente todos los fines de semana. Ello, ha permitido constatar que sus hijas se encuentran en una situación de conflicto y competitividad respecto del cariño de su padre en forma muy dañina. La mayor Matilde, evade toda conversación que pueda involucrar las conductas de su madre; las dos menores por su parte, Regina y Victoria manifiestan conductas notorias de masturbación³⁰.

iii. Asimismo, en el aspecto interno o psicológico, señala que hay situaciones que ameritan un llamado de alerta por el concepto distorsionado de familia que tienen las menores, producto de los mensajes que le transmite su ambiente familiar, y que las induce a una relación de competencia y agresividad con las figuras masculinas³¹.

iv. Que, la madre de las menores, teniendo 39 años de edad, abogado, y no padeciendo algún impedimento físico, y declarando abiertamente su opción sexual, ha permanecido incólume frente a al deterioro que las menores evidencian tanto psicológica como físicamente. Por otro

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

lado expresa que, por su parte, tiene 38 años de edad, es abogado trabaja en la Defensoría Penal Pública en Temuco, tiene actualmente una pareja que también es abogado, arrienda una casa que cuenta con las condiciones necesarias para acoger a sus tres hijas con absoluta tranquilidad y proporcionarle los medios necesarios para satisfacer sus necesidades, cuenta con asesoría doméstica para los quehaceres del hogar, dispone de tiempo para compartir con sus hijas y para cumplir funciones inherentes al cuidado personal de éstas³².

En cuanto al derecho:

- i. También fundamenta la demanda en el artículo 3° de la Convención del Niño, entre otros, en cuanto establece como consideración primordial el Interés Superior del Niño. Agrega, que en el contexto que se encuentran sus hijas, y amparado por las normas de dicha Convención, las tres menores, de tan solo 8, 4 y 3 años, respectivamente, "no están siendo protegidas en su fin último que significa la protección a desarrollarse en un ambiente normal, que importe un equilibrio para su desarrollo emocional". Señalando que, a esto apunta la presente demanda, ya que la opción sexual ejercida

³² Ídem.

por la madre altera esta convivencia sana, justa y normal a la que tienen derecho Victoria, Regina y Matilde³³.

- ii. Ampara además su petición, en lo dispuesto en el artículo 225, 226 del Código Civil y 26 en relación al artículo 42 de la Ley de Menores, señalando que la ley considera entregar el cuidado personal de los menores al padre o al otro de los padres, cuando viven separados, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada y entrega la facultad a los jueces de menores para entender cuando uno o ambos padres se encuentran inhabilitados física o moralmente para tener la tuición de los menores, señalando en su N° 7 "cuando cualesquiera otra causa coloque al menor en peligro moral y/o material"³⁴.

Asimismo, alega ciertas incompetencias en los deberes de madre de Karen Atala, acusando, por ejemplo, de propinar castigos físicos a sus hijas. Además de ser negligente en el cuidado de éstos, ya que fue el (López) quien asumió el rol paterno del hijo mayor, Sergio, desde que era pequeño.

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

Por tanto, en nuestra opinión, podemos concluir que el padre de las menores argumenta que la homosexualidad de la madre, y la vida en un hogar homoparental afecta el ambiente en que se desarrollan las menores, incluso provocando un daño en el desarrollo moral de éstas que se ha hecho evidente en el tiempo.

Al respecto, creemos que la homosexualidad de una persona, no afecta de ninguna manera la competencia de una persona para ejercer el rol de padre, y de la misma manera, tampoco existen razones para pensar que habilitan a alguien para ser buen padre, por tanto, rechazamos categóricamente los dichos de la demanda que establecen que afecta el crecimiento de las menores el hecho de que la crianza se desarrolle en un hogar homoparental.

Como dijimos antes, el hecho de ser homosexual no significa que una persona esté ejerciendo sus deberes de padre o madre de la manera que corresponde, o al menos, como la ley lo indica. Es por esto que la demanda puede tener una pretensión legítima, siempre que los argumentos por los cuales se quiera quitar la tuición de los hijos a la madre, sea exclusivamente por su incompetencia como madre, lo que deberá ser debidamente probado en juicio.

A continuación, presentaremos un resumen de la contestación a la demanda:

- i. Karen Atala responde a la demanda explicando que formar una familia, irse a vivir fuera de la capital y trabajar en el servicio público era una aspiración que compartía en común en ese momento con López, por lo que emigraron con Sergio, hijo de Atala de su primer matrimonio, a Temuco, para radicarse definitivamente en la ciudad de Villarrica el año 1995, donde nacieron las 3 hijas del matrimonio. Explica que a pesar del entusiasmo inicial del proyecto de familia, al poco andar del matrimonio surgieron problemas. Las dificultades empezaron cuando la difícil inserción laboral se hizo evidente, teniendo que asumir diversos cargos y funciones que postergó el fortalecimiento de la vida familiar. Explica que desde este punto la incompatibilidad de caracteres de ambos se hizo evidente, comenzando a tener fuertes discusiones en donde Atala acusa de haber recibido maltrato de palabra a su persona, lo que derivó en un distanciamiento sentimental de ambos.
- ii. Este distanciamiento culminó en la decisión unilateral de López de radicarse en la ciudad de Temuco, decisión que causó un daño psicológico enorme por el abandono que tanto ella como sus hijos

estaban sufriendo. Por tanto, entre el año 1999 y 2000, la separación de hecho se encontraba materializada.

iii. En noviembre del año 2000, y como último intento de salvar el matrimonio, Atala explica que buscaron ayuda profesional, contratando al psiquiatra Dr. Héctor Faúndez Bustos como mediador familiar, quien, luego de un año de terapia, sugirió no continuar los esfuerzos para mantener a la pareja junta. En las palabras del doctor: “Su relación era de amistad y colaboración profesional, fraternal, y que dentro de los aspectos de su personalidad estaba la de su identidad sexual y la necesidad de asumir su condición de lesbiana, la cual inconscientemente había reprimido desde su niñez”.

iv. Expone que en marzo de 2002 dieron término a su relación, acordando que, por el bien de las niñas, ella mantendría su tuición y cuidado; regularon un régimen de visitas semanal en Temuco, como otros aspectos propios de toda separación, y mantuvieron para todos los efectos, en torno a las necesidades de las hijas comunes, comunicación permanente.

v. Además explica, que la razón que su hijo mayor, Sergio, se fue del hogar por acuerdo con su padre que se hizo en su oportunidad, en el cual

se decidió que a los 16 años continuara sus estudios en la ciudad de San Carlos, Ñuble.

- vi. Explica que tiene el derecho a realizarse en toda esfera de su vida, incluyendo su vida sentimental, razón por la cual decidió comenzar una relación con doña Emma de Ramón Acevedo, de 42 años, historiadora, Licenciada en Teoría e Historia del Arte de la Universidad de Chile, Licenciada en Estética y Doctora en Historia de la Universidad Católica de Chile y quien desde noviembre de 2002 se desempeña como coordinadora del Archivo Regional de la Araucanía de la ciudad de Temuco. Emma de Ramón Acevedo se trasladó al hogar común, incorporándose al núcleo familiar. Hecho que señala haber informado a sus terapeutas quienes avalaron su decisión y la orientaron con el tratamiento que a esta situación debe dar frente a sus hijas.
- vii. Agrega disponer del tiempo necesario para compartir en familia. Expone no realizar manifestaciones físicas ni verbales de afecto en presencia de sus hijas y mantener el debido decoro en su intimidad. Destacando la favorable recepción de sus hijas, hacia su pareja incorporándola como un referente más de la familia.

- viii. Por su parte señala que el demandante ejerce como Defensor Penal Público de la IX Región, designado en la especialidad de la Defensoría Indígena, con sede en Temuco, además es profesor en la Universidad Católica de esa ciudad y como abogado ejerce privadamente la profesión y vive en una casa sin auxiliares permanentes que le ayuden en sus aspectos domésticos, señala que tiene un carácter violento, el que canaliza a través de su pasión por las artes marciales y que esto lo identifica como un hombre con escaso desarrollo afectivo y emocional que lo impulsa a ejercer violencia psicológica sobre su entorno inmediato y que desde el año 2000 no ha compartido con su familia en forma permanente, sino como un padre de fin de semana, por lo que no conoce ni ha acompañado íntimamente el desarrollo de sus hijas.
- ix. Finalmente manifiesta haber velado por el cuidado personal, integridad y seguridad de sus hijas, las que, señala, fueron testigos de la dificultosa relación conyugal con su padre, del abandono físico y emocional de éste.

En cuanto al derecho:

- i. Que resulta discriminatorio, contrario a la Constitución y a los tratados Internacionales de Derechos Humanos reducir el concepto de

"familia" a la unión entre un hombre y mujer, como es el intento del demandante quien descalifica y discrimina otras formas a través de las cuales pueda desarrollarse y prosperar la afectividad humana.

ii. Calificar en abstracto la identidad sexual de lesbiana como una condición que coloca a las menores en estado de peligro moral y material, resulta una falacia. Agrega que el demandante se esfuerza por desacreditar su rol maternal atendido a que su opción sexual "altera la convivencia sana", justa y normal a la que tienen derecho sus hijas, otorgando a su identidad sexual la intensidad disvalórica de "otra causa calificada" en los términos contenidos en el artículo 225 del Código Civil, y el carácter de impedimento moral grave, en los términos del artículo 42 de la Ley de Menores 16.618, señalando que las menores "sufren el descuido y desamparo de esta madre que a través de una opción sexual distinta, aleja y afecta a sus hijas del normal y verdadero desarrollo".

iii. Agrega que en caso de separación de los padres, el niño deberá vivir con uno de sus padres y mantener con el otro un relacionamiento permanente directo y regular, señalando que nuestro legislador en el artículo 225 del Código Civil ha establecido que en este evento sea la

madre quien ejerza el cuidado personal de los hijos y, en este sentido, ni el Código Civil ni la Ley de Menores contempla como causal de inhabilitación parental el tener una opción sexual distinta.

Al igual que la demanda de López, la defensa de Atala se puede agrupar en dos puntos. Primero, en la defensa propiamente tal, la cual busca demostrar sus atributos de madre, en respuesta a la demanda por parte de López que busca desacreditarla en éste rol. Asimismo, se ataca también las aptitudes de López para ser aquel quien detente el cuidado personal de las hijas.

En cuanto a éste primer punto, al igual que los dichos del demandante, opinamos que deben ser acreditados en el respectivo probatorio del juicio, ya que a priori no se puede determinar la veracidad de los dichos de las partes del juicio.

El segundo eje en la defensa de la demandada, gira en torno en defender su rol de madre desde su posición de homosexual, advirtiendo así, que resulta discriminatorio asociar su lesbianismo, con una de las causales del artículo 225 del Código Civil, o el artículo 42 de la Ley de Menores.

Al respecto nos encontramos absolutamente de acuerdo con la postura de la demandada, en cuanto considerar absolutamente discriminatorio que el

solo hecho de tener una orientación sexual distinta se configura como un hecho que atenta en contra del interés superior del niño.

El interés superior del niño, fue consagrado por primera vez por la Convención de los Derechos del Niño el año 1989, siendo objeto de muchos artículos de dicho cuerpo normativo. En su artículo 3.1 establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Luego, en su artículo 9 N° 1 señala: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto del maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

En cuanto a lo que debe entenderse por interés superior del niño, el Juzgado de Familia de Iquique estableció lo siguiente³⁵: “Que, de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.”

Según lo expuesto por la Convención de Derechos del Niño, y asimismo como por el Juzgado de Familia de Iquique, podemos concluir que el Interés Superior del Niño está siendo cautelado por los padres cuando se cumplen estos tres puntos: 1) Se están velando por el respeto a sus derechos; 2) Se está procurando por la realización de los potenciales del menor; y 3) No haya maltrato físico ni psicológico hacia éstos.

Por tanto, cuando López establece que el artículo 225 del Código Civil respalda en derecho su demanda, argumentando que el principio del interés superior del niño ha sido violado por la condición de homosexual de Atala, no queda más que considerarlo discriminatorio, ya que atendido a lo literal

³⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Familia de Iquique. 2009. Sentencia de Primera Instancia. 8 de octubre 2009.

de la norma, a lo que establece la Convención de Derechos del Niño, y a la jurisprudencia chilena, no hay manera de concluir esto solo en base de la orientación sexual de un padre.

Como dijimos anteriormente, los hechos que significan cualquier tipo de maltrato al menor, y que por consiguiente configuran lo establecido por el artículo 225 del Código Civil³⁶, dando el cuidado del menor al padre, en virtud del principio del interés superior del niño, deberán ser acreditados en el respectivo probatorio del juicio, y no a priori por la condición sexual de la madre.

2.3.1.1 Sentencia De Primera Instancia⁴⁰³⁷

Como señalamos previamente, la carga de la prueba en relación a la inhabilidad de la madre, corresponde al demandante, tal como lo expone el tribunal³⁸: “Al tenor de lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil la ley presume la idoneidad de toda madre por lo que la prueba de la

³⁶ CHILE. Código Civil. Art. 225 inciso 3°: “En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.”

³⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Menores de Villarrica. 2003. Sentencia de Primera Instancia. 29 octubre 2003.

³⁸ Ídem. Considerando vigésimo primero.

inhabilidad le corresponde al actor. En consecuencia, para privar a la madre de la tuición de las menores deberá acreditarse la inhabilidad a que se refieren los artículos 225 o 226 del Código Civil en relación con el artículo 42 de la ley 16.618”

Agrega después:

Que, en relación a la inhabilidad de Atala, en cuanto a su competencia para ejercer el rol de madre, se realizaron las siguientes pruebas: Informe de terapia de la demandada, rolante a fojas 74 y siguientes; Informe médico de fojas 119 y 120; Informe social rolante a fojas 302 y siguientes; Carta del representante de la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, rolante a fojas 361 y 362; Informe de Evaluación Psicológica de la demandada evacuado por Servicio Médico Legal rolante a fojas 372 y siguientes; e Informe Psicológico de fojas 406 y siguientes. Que, con estas pruebas se dan por establecidos los siguientes hechos:

- i. La orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable.
- ii. La demandada no presenta ninguna patología psiquiátrica que le impida ejercer su rol de madre.

- iii. De acuerdo a Informe Social de la demandada, no existen indicadores que permitan presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores con relación al artículo 42 de la Ley N° 16.618.
- iv. La homosexualidad no está considerada como una conducta patológica.
- v. La demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno³⁹.

Finalmente, expone: "La orientación sexual de la demandada no representa un impedimento para desarrollar una maternidad responsable (...). La homosexualidad no es una conducta patológica. (...) La voluntad de las tres menores es que sus padres vuelvan a vivir juntos y en la última de las audiencias, (R. y V.) expresaron su deseo de volver a vivir con su madre. En el caso de M., sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna".

Es así, como Karen Atala vence en primera instancia y mantiene la tuición de sus hijos, los cuales en ese momento se encontraban con el padre, Jaime López.

³⁹ Ídem.

2.3.2. Segunda Instancia

La decisión del tribunal de primera instancia fue apelada por el demandante, dictando el tribunal de alzada sentencia el día 30 de marzo del año 2004 la cual se transcribe a continuación:

“Temuco, treinta de Marzo de dos mil cuatro.- VISTOS: Se reproduce la sentencia en alzada en su parte resolutive, considerandos y citas legales, sustituyéndose a fs.663 vta., el guarismo IV, romano, por el guarismo V, romano, que es el que corresponde. Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE: Que los elementos probatorios acompañados en la vista de la causa y que corren de fs.738 a 761, en nada alteran las conclusiones que consigna la sentencia recurrida, razón por la cual SE CONFIRMA la sentencia apelada de fecha veintinueve de Octubre de dos mil tres, escrita de fs.659 a 673 vta., con declaración que se complementa su decisión V agregándose y en consecuencia, se declara que la tuición de las menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, le corresponde a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Riffo". Déjese sin efecto la orden de no innovar concedida a fs.708. Ofíciase. Regístrese y notifíquese y, oportunamente, devuélvase. Rol N°2158-2003.- Redacción de la señora

Fiscal Judicial, Tatiana Román Beltramín. Pronunciado por la I. Corte 2º Sala. Presidente Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega y Sra. Fiscal Judicial Tatiana Román Beltramín. En Temuco, a treinta de marzo de dos mil cuatro, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede. Mirna Espejo Guiñez. Secretaria.”

Como establece la sentencia, no es posible concluir de manera diferente, en atención a los elementos probatorios expuestos durante el probatorio de primera instancia, como en la vista a la causa en segunda instancia, de que es la madre quien le corresponde la tuición de los hijos. Por tanto no ahondaremos más en la decisión de la Corte, ya que no existe variación sustancial con lo decidido por el tribunal de primera instancia.

2.3.3 Recurso De Queja

Luego de conocer la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco, López interpone un recurso de queja ante la Corte Suprema por estimar que “arbitraria e injustamente y actuando contra derecho, confirmaron la

sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas Matilde, Victoria y Regina a su madre doña Jacqueline Karen Atala Riffo⁴⁰”.

La sentencia de la Corte Suprema indica brevemente los fundamentos de López para la interposición del recurso⁴¹:

- . Haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas;
- i. Haber faltado a su deber legal de proteger la vulnerabilidad de las menores, contrariando lo ordenado en normas constitucionales y legales relativas a la materia;
- ii. Haber transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia;

El tribunal, en el considerando Quinto del fallo, explica las supuestas consecuencias negativas de que las hijas vivan con la madre: “QUINTO.- Que, en las circunstancias descritas, el padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener la tuición de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores; que el interés de sus hijas hace

⁴⁰ CORTE SUPREMA. 2004. Fallo Recurso de Queja “Atala con López”. 31 mayo 2004.

Considerando primero

⁴¹ Ídem, considerando segundo.

necesario precaver las consecuencias perniciosas que les provocará criarse bajo el cuidado de una pareja homosexual y que, en cambio, la vida junto al actor, les brindará un ambiente en el que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal”.

Es importante tener en consideración este punto establecido por el tribunal, ya que en éste, se deja expresamente señalado el argumento esgrimido por el padre para obtener la tuición de las hijas (la homosexualidad, provoca daños...).

Finalmente, la Corte Suprema revocó los fallos anteriores basándose en dos argumentaciones: "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo síquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas" y "la convivencia entre Atala y su pareja, sitúa a las menores en un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y

relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal⁴².

Por tanto, teniendo en cuenta que la Corte Suprema solo revisa el derecho y no los hechos, y que dicha revisión se hace un virtud de un recurso de Queja, que sin perjuicio a las medidas disciplinarias que puedan ser procedentes al caso, la Corte Suprema debe adoptar las medidas necesarias para reparar la falta o el abuso cometido por los tribunales inferiores, y además, teniendo en consideración lo expuesto en la parte resolutive de la sentencia, podemos concluir que para el máximo tribunal de nuestro país, es determinable a priori, que una pareja homosexual es inhábil para la crianza de niños, por el hecho de ser homosexual.

Cabe señalar que el fallo expuesto se hizo con votos disidentes de los magistrados José Benquis C. y Orlando Álvarez H. A continuación una reseña de sus reflexiones:

- i. “Descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia –

⁴² ORTÍZ E. Y ORTÍZ O. 2012. Manual de Docencia, uso y aplicación de la ley N° 20.609 Antidiscriminación Arbitraria (p.367). [en línea] <<http://es.slideshare.net/ultrateknos/manual-antidiscrimacin-ley-20609-o-zamudio>> [consulta: 23 julio 2014].

que nuestro sistema procesal no acepta- o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Riffo el cuidado de sus tres hijas menores, Matilde, Victoria y Regina López Atala, de 10, 8 y 4 años⁴³”.

- ii. “(...) Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño⁴⁴”.
- iii. “Que no aparecen de los autos tenidos a la vista que existan antecedentes de los que pudiera especularse que la madre (de profesión Abogado y que se desempeña como Jueza) hubiese maltratado o descuidado a sus hijas⁴⁵”.
- iv. “Que para armonizar las diferentes disposiciones legales aplicables en la especie e interpretar debidamente a qué tipo de causa se refiere el ya

⁴³ CORTE SUPREMA. 2004. Fallo Recurso de Queja “Atala con López”. 31 mayo 2004. Votos en contra, N° 3.

⁴⁴ CORTE SUPREMA. 2004. Fallo Recurso de Queja “Atala con López”. 31 mayo 2004. Votos en contra. Considerando N° 6.

⁴⁵ Ídem. Considerando N° 7.

referido artículo 225, conviene examinar el artículo siguiente (art. 226, inc.1º), el cual previene que “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.” El concepto de inhabilidad física o moral se encuentra expresamente definido en el artículo 42 de la Ley de Menores (...) ⁴⁶”.

- v. “Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los sicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como Jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad. **En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad –como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una**

⁴⁶ Ídem. Considerando N° 8. Además es importante agregar que el artículo 42 de la Ley de Menores no hace referencia alguna a la sexualidad de los padres.

sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria⁴⁷”.

Respecto de la decisión del tribunal (que acoge el recurso), como primera crítica, opinamos que el tribunal cayó en el mal de la “tercera instancia”, ya que recordemos que la dictación de la Ley N° 19.374, de 18 febrero de 1995, limitó considerablemente la viabilidad de este recurso, restituyéndole su carácter eminentemente disciplinario, y trasladando la discusión de fondo a donde efectivamente debe producirse, que es en sede de casación. No obstante, la Corte Suprema trajo a colación la discusión del fondo⁴⁸, a pesar de que la aplicación errónea del derecho por parte de los tribunales, es materia del recurso de casación en el fondo.

Como segunda crítica, coincidimos con los votos disidentes del fallo, en que la decisión del tribunal es arbitraria y discriminatoria. Esta opinión la

⁴⁷ Ídem. N° 9

⁴⁸ Ídem. N° 6: “SEXTO.- Que para resolver sobre el recurso de queja entablado en contra de los jueces que se pronunciaron en segundo grado sobre la tuición de las menores antes individualizadas, es preciso tener en cuenta que las normas que rigen la materia se contienen básicamente en el Título IX de Libro I del Código Civil y han sido aplicadas en la sentencia que motiva el presente recurso disciplinario.

expresa de manera clara el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales⁴⁹:

“El principio de igualdad y no discriminación es un elemento transversal dentro del ordenamiento jurídico internacional encontrándose absolutamente prohibida la discriminación arbitraria por causas de edad, género, nacionalidad, etnia y opción sexual”.

A su vez el Código Civil Chileno, establece el derecho preferente de la madre para el cuidado de los hijos cuando los padres viven separados, con excepción de que exista maltrato, descuido u otra causal calificada. En este caso, la Corte Suprema interpretando el interés superior del niño y conociendo la opción sexual de su madre, entrega el cuidado de sus hijas al padre.

Lo anterior evidencia el incumplimiento del Estado de Chile tanto de sus obligaciones internacionales, como de la normativa civil interna, asimilando una opción sexual distinta a la heterosexual a una circunstancia de maltratos y descuidos. Además mal interpreta el interés superior del

⁴⁹ DERECHOS HUMANOS. 2009. Discriminación por orientación sexual: Caso Atala. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/discriminacion-por-opcion-sexual-caso-atala/>> [consulta: 08 agosto 2014].

niño, desprendiéndolo de todo contenido y sin considerar la verdadera voz del niño⁵⁰».

2.3.4 Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ante esta situación, la jueza Karen Atala Riffo concurre a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que con fecha 17 de septiembre de 2010, presenta, de conformidad a los artículos 51 y 61 de la Convención Americana de Derechos Humanos (la Convención), demanda en contra del Estado de Chile, por haberse incurrido en un trato discriminatorio en contra de la afectada y una interferencia en su vida privada y familiar, producto de su orientación sexual, durante el proceso de cuidado y custodia de sus hijas⁵¹:

⁵⁰ DERECHOS HUMANOS. 2009. Discriminación por orientación sexual: Caso Atala. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/discriminacion-por-opcion-sexual-caso-atala/>> [consulta: 31 agosto 2014].

⁵¹ ZUÑIGA F. 2012. Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” de 24 de febrero 2012. [en línea] Centro de estudios constitucionales Año 10, N° 1 <[http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20\(429-468\)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf](http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20(429-468)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf) > [consulta: 27 septiembre 2014].

“De acuerdo a la Comisión, el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. La Comisión solicitó a la Corte que declare la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación⁵²”.

Es importante señalar que el padre de las menores, Jaime López, solicitó a la Corte ser parte del proceso⁵³, solicitud que fue rechazada por el tribunal: “(...) el Tribunal no tiene competencia para atender las solicitudes

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, Sentencia 24 febrero 2012. [en línea] <http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2012/03/seriec_239_esp-1.pdf> [consulta: 05 octubre 2014]

⁵³ Ídem, párrafo 8.

formuladas por individuos u organizaciones distintos a las presuntas víctimas que participan en la tramitación de un caso ante la Corte (...)»⁵⁴.

Luego de establecer el objeto del caso⁵⁵: “En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala”, desde sus párrafos 30 al 58 la sentencia se dedica a establecer los hechos acreditados, para luego analizar el fondo del conflicto, que resumimos a continuación:

2.3.4.1 Consideraciones de la Corte.

A continuación, se expondrán algunos puntos considerados importantes en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales atañen de manera más directa a los puntos expuestos en este capítulo.

A) Derecho a la Igualdad y Prohibición de Discriminación

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente

⁵⁴ Ídem, párrafo 9.

⁵⁵ Ídem, párrafo 29.

de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación⁵⁶.

Luego, la Corte analiza específicamente la orientación sexual como una de las categorías del artículo 1.1⁵⁷: “La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁸, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas

⁵⁶ Ídem, párrafo 79.

⁵⁷ Convención sobre Derechos Humanos, artículo 1.1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁵⁸ En este mismo sentido, en el párrafo 87 se cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos: “Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios.. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo.

generales de interpretación. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano⁵⁹.

“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, Sentencia 24 febrero 2012. [en línea] <http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2012/03/seriec_239_esp-1.pdf> [consulta: 10 octubre 2014]; párrafo 84.

disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁶⁰”.

B) El principio del interés superior del niño

“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección⁶¹”.

“En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin

⁶⁰ Ídem, párrafo 91.

⁶¹ Ídem, párrafo 108

probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”.

Luego, la sentencia se encarga de analizar cada uno de los puntos señalados por la Corte Suprema, como argumentos para revocar las sentencias de primer y segunda instancia:

- i. **Discriminación que sufrirán las niñas:** La Corte se refiere expresamente al argumento relativo al rechazo que se argumenta que están sufriendo las hijas. “La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por

condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición⁶²’.

- ii. **Confusión de roles:** En este sentido, la Corte analiza que una supuesta confusión de roles pueda tener efectos negativos en los niños “En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto el debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre

⁶² Ídem, párrafo 115.

estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño (...) ⁶³”.

“La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas ⁶⁴”.

- iii. **Derecho a la vida privada:** en este sentido, la corte se refiere al argumento en que se acusa a Atala de privilegiar sus intereses sobre los de sus hijas. “En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su

⁶³ Ídem, párrafo 125.

⁶⁴ Ídem, párrafo 131.

existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, ‘la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad⁶⁵’.

En este sentido, Francisco Zúñiga Urbina señala que del párrafo anterior se desprende: “que no puede exigirse a la madre que posponga su propio proyecto de vida, que es fruto de su propia libertad, de la forma en cómo las sentencias lo hacen⁶⁶”. La Corte sigue: “En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia excepcional’, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)⁶⁷”.

⁶⁵ Ídem, párrafo 136.

⁶⁶ ZUÑIGA F. 2012. Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” de 24 de febrero 2012. [en línea] Centro de estudios constitucionales Año 10, N° 1 <[http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20\(429-468\)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf](http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20(429-468)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf) > [consulta: 15 octubre 2014] (p.443).

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, Sentencia 24 febrero 2012. [en línea] <http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2012/03/seriec_239_esp-1.pdf>

La Corte concluye lo siguiente: “Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo⁶⁸”.

C) Derecho a la Vida Privada y Derecho a la Vida Familiar

Luego, la corte analiza la injerencia de este derecho, consagrado en el artículo 11 de la Convención, como se expone a continuación:

[consulta: 15 octubre 2014]. Párrafo 145.

⁶⁸ Ídem, párrafo 145.

“El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública⁶⁹”.

“El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo⁷⁰”.

⁶⁹ Ídem, párrafo 161.

⁷⁰ Ídem, párrafo 167.

2.4 Conclusiones

Chile aprendió de manera forzosa que los derechos humanos avanzan y evolucionan en el tiempo. La sentencia en contra del Estado de Chile en el caso Atala fue una importante lección en cuanto al respeto a los derechos humanos, incluyendo el no ser discriminado arbitrariamente por nadie, y más específico, que la aptitud de una persona para ser padre no va en la orientación sexual de éste, sino que en la dedicación, cariño y preocupación que los padres pongan en la crianza de sus hijos en conjunto a las aptitudes psicológicas del mismo.

Si bien las consecuencias en los niños criados por una pareja homoparental pueden ser diferentes, habida consideración de los factores sociológicos, políticos, religiosos del lugar que se practique, esto no es razón para perpetuar actos discriminatorios por parte de las autoridades. De acuerdo a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Atala en su párrafo 115, la discriminación social no es argumento para acentuar tratos discriminatorios, más bien, es necesario tomar medidas para que dicho trato discriminatorio no vuelva a suceder.

Lo correcto es buscar la manera de educar a la sociedad de la existencia de familias que pueden diferentes, y que no por esto deban ser discriminadas.

CAPITULO 3: EL CASO “DANIEL ZAMUDIO”

3.1 Hechos del caso Zamudio.

De manera introductoria, es necesario comenzar por contextualizar la vida del Daniel Zamudio Vera, de manera de comprender las circunstancias en las que se llevó a cabo el delito. Daniel nació el día 3 de agosto del año 1987. Su infancia y adolescencia se desarrolló en la comuna de San Bernardo, al sur de Santiago. Sus padres son Iván Zamudio Contreras y Jacqueline Vera Muñoz, tuvo 3 hermanos. Tras un largo matrimonio, sus padres se separaron, por lo que el joven se va a vivir con su madre y abuela. Daniel era un joven alegre, a quien le gustaba “cocinar comida china y escuchar a Britney Spears, Placebo y Odisea, entre otros artistas o bandas⁷¹”. Cuando tenía aproximadamente 17 años de edad decide contarle por primera vez a su familia que es homosexual.

Al momento en que fue atacado, Daniel se encontraba trabajando en una tienda de ropa china, de la comuna de Providencia. Ello con el fin de juntar dinero para poder estudiar modelaje o teatro, y así lograr una carrera en el mundo de las comunicaciones.

⁷¹ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 3. [http://movilh.cl/documentacion/Daniel Zamudio Informe Movilh 1013.pdf](http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf) [consulta 10 de marzo de 2014]

Su madre, Jacqueline Vera Muñoz, lo vio por última vez el día 1 de marzo del año 2012, que fue uno anterior al del ataque en el Parque San Borja. El día viernes 2 de marzo, entró a su trabajo en tienda de ropa en la que trabajaba, alrededor de las 14:00 horas, para luego salir del mismo lugar a las 19:00 horas. Más tarde, se trasladó a un cibercafé, en donde permaneció hasta alrededor de las 22:00 horas. La próxima noticia que su familia tuvo de él fue que lo encontraron inconsciente a las 05:30 de la madrugada del día 3 de marzo del año 2012, en el Parque San Borja. Había sido torturado aproximadamente 6 horas, por un grupo de 4 jóvenes vinculados a grupos neo-nazis, que lo atacaron sólo por el hecho de ser homosexual.

Al momento de ser encontrado por los guardias del parque, su estado era grave. Las lesiones que presentaba, producto del ataque, eran un “TEC grave, fractura expuesta de tibio-peroné izquierdo, neumonía aspirativa, rabdomiólisis en regresión, lesiones múltiples corto contusas y contusas en zona facial, tórax, dorso y extremidades⁷²”.

⁷² MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 3. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 12 de marzo de 2014]

Además de las lesiones señaladas precedentemente, también recibió golpes con una botella de vidrio en la cabeza, tenía quemaduras de cigarro en el cuerpo, sangraba por la nariz y la boca y tenía heridas con cortes en forma de esvástica en la espalda y pecho. Estas lesiones, fueron producto de golpes y también de que los agresores le lanzaron piedras de considerable tamaño en la cabeza, piernas y abdomen.

Tras investigaciones y testimonios, Carabineros de Chile logró identificar a las personas que cometieron el delito. Los sindicados como responsables de este ataque, que tuvo un resultado de muerte para Daniel Zamudio, fueron: Raúl López Fuentes, Alejandro Angulo Tapia, Patricio Ahumada, y Fabián Mora. Al ser identificados, los imputados fueron detenidos, y mediante sus declaraciones y las de otros testigos, se logró recomponer lo acontecido esa noche.

Los acusados se encontraban bebiendo en el Parque San Borja, junto a otras personas, cuando se encontraron a Daniel Zamudio en estado de ebriedad. De acuerdo al relato de Alejandro Angulo Tapia, en su declaración ante el OS-9, lo sucedido fue lo siguiente: "Me fui a comprar nuevamente. Al volver con los cabros, el Daniel ya estaba inconsciente. Le estaban pegando los tres muchas patadas y combos en la cabeza, cara,

testículos, piernas, en verdad por todo el cuerpo. Yo le pegué un par de patadas con las zapatillas que ando trayendo ahora. Creo que le pegué en las piernas y la cabeza⁷³”.

En el mismo sentido, y para retratar lo horrible del ataque, Raúl López Fuentes, en su declaración ante el OS-9 señaló: "El muchacho ya sangraba por la nariz y la cara. Después, Alejandro le rompió una de sus botellas en su cabeza y, como ya estaba muy inconsciente, él y el Pato Core, con el gollete, le dibujaron una esvástica, que es el símbolo nazi. Esto se lo hicieron en el pecho, la guata (sic) y la espalda⁷⁴”.

Los horribles relatos de los acusados demuestran la extrema crueldad con la que actuaron, con una intención clara de aumentar deliberadamente el dolor de la víctima, con el único fin de aumentar su sufrimiento. Debido a la gravedad de las lesiones provocadas al joven en el Parque San Borja, y tras el análisis médico de los doctores de la Posta Central, Daniel tuvo que ser sometido a un coma inducido. Al no poder comunicarse y relatar lo sucedido, fue difícil saber quién era la víctima, hasta que recién “a las 2:30 horas del domingo 4 de mayo, y tras variados análisis, en la Ex Posta

⁷³ Zamudio: declaraciones detallan las horas cruciales antes y tras el ataque. 2012. La Tercera, País, Santiago, Chile, 01 de abril.

⁷⁴ Ibíd.

Central, se logró dar con la identidad del joven, tras lo cual la madre es notificada de lo sucedido⁷⁵”.

La evolución médica de Daniel Zamudio fue confusa. Al comienzo, el diagnóstico de los doctores para era alentador. A pesar de sus múltiples y graves lesiones, se esperaba que tuviera una recuperación rápida y sin secuelas neurológicas. El 8 de marzo de 2012, sus padres, Jaqueline Vera e Iván Zamudio, reciben una noticia esperanzadora por parte de Ex Posta Central; Daniel estaba recuperando la conciencia. El pronóstico era alentador, se creía que el joven se encontraba fuera de riesgo vital y se estaba recuperando lentamente.

Luis Castillo, subsecretario de redes asistenciales, declaró el 7 de Marzo de 2012 que “Aparte de lo que está recibiendo ya -que está en bastante buenas manos- le he dado a su familia plena seguridad y calma de que una vez que supere esta fase aguda, va a obtener un equipo de soporte

⁷⁵ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 4. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 12 de marzo de 2014]

multisistémico que lo va a ayudar a superar (sus lesiones) y a reinsertarse en las actividades que él desarrollaba previamente⁷⁶”.

Luego, el panorama cambió. Se comenzó a barajar la hipótesis de un posible daño cerebral, hasta que finalmente los doctores reconocieron que existían grandes probabilidades de que muriera.

Ello se demuestra en las declaraciones del subsecretario de redes asistenciales, Luis Castillo, quien declaró que Daniel “Ha presentado un foco de una neumonía aspirativa y tiene algunas imágenes radiológicas compatibles con este elemento y estado febril (...) Está en una condición estable, algo mejor, lo que sí, esto dilata la posibilidad de extubarlo y alejarlo de la ventilación mecánica (...) Es probable que los plazos de recuperación se retrasen unos cuatro o cinco días⁷⁷”.

El día 19 de marzo del año 2012 a las 10:50 am., Daniel sufrió un paro cardiorrespiratorio, el cual fue causado por las mordeduras que el mismo provocó, sin voluntad debido a su estado de coma, a las mangueras que le proporcionaban el oxígeno. En este momento es cuando el pronóstico

⁷⁶ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 3. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 11 de marzo de 2014]

⁷⁷ *Íbid.*

médico para Daniel se torna negativo y se alerta a la familia de los posibles daños que podrían traer las agresiones propinadas al joven.

Tan solo 4 días después del incidente de la mordedura de la manguera de oxígeno y consecuente paro cardiorrespiratorio, Emilio Villalón, director de la ex Posta central en ese tiempo, señaló que “el golpe fue de tal magnitud que generó un daño cerebral con hipoxemia y un daño focal-difuso grave. En la probabilidad milagrosa de que él rescate con vida, efectivamente lo va a dejar con una secuela neurológica de grado variable⁷⁸”. En el mismo, el subsecretario de redes asistenciales, Luis Castillo, declaró que Daniel “Ha presentado un foco de una neumonía aspirativa y tiene algunas imágenes radiológicas compatibles con este elemento y estado febril (...) Está en una condición estable, algo mejor, lo que sí, esto dilata la posibilidad de extubarlo y alejarlo de la ventilación mecánica (...) Es probable que los plazos de recuperación se retrasen unos cuatro o cinco días⁷⁹”.

El día 27 de marzo del año 2012, mientras los familiares de Daniel Zamudio junto a activistas del Movimiento de Integración y Liberación

⁷⁸ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 5. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 12 de marzo de 2014]

⁷⁹ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 4. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 12 de marzo de 2014]

Homosexual (MOVILH) almorzaban en un recinto cercano a la ex Posta Central, su padre, Iván Zamudio, recibió un llamado del hospital. En él le comunicaban la devastadora noticia de que a las 16:00 horas de ese día se había constatado la muerte encefálica de su hijo Daniel. Finalmente, unas horas más tarde, a las 19: 45 horas, muere Daniel Zamudio Vera.

La noticia causó gran dolor en todas las personas que acompañaban a Daniel, tanto dentro del hospital, como afuera con demostraciones de apoyo. Pocos minutos después de su muerte, Jaime Parada, comunicó a la opinión pública la postura del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) frente al hecho, y sostuvo que “nuestro hermano falleció. Es una víctima de la intolerancia, de la homofobia, del odio que algunos han cultivado. Hoy día pasa a ser para nosotros un mártir, un mártir de las minorías sexuales que no hizo nada más que tener una orientación sexual distinta, que su único pecado fue haber nacido como nació. La discriminación está viva, es uno de los flagelos más grandes de este país. Una parte del país no quiere vivir con el otro, pero una mayoría quiere convivir ciudadanamente, quiere pasear tranquila⁸⁰”.

⁸⁰ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 5. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 12 de marzo de 2014]

3.2 Juicio Oral en lo Penal en el caso de Daniel Zamudio Vera:

Inmediatamente después de que los guardias de seguridad que encontraron a Daniel en el Parque San Borja, denunciaron el hecho ante Carabineros de Chile, quienes comenzaron una investigación para encontrar a los responsables del delito.

Tras largas diligencias, los acusados fueron detenidos “en el marco de un operativo de la OS-9 de Carabinero y de una investigación encabezada por el fiscal Ernesto Vásquez⁸¹”, y se logró dar con el paradero de las 4 las personas a quienes se les imputaba el homicidio calificado en calidad de autores de la muerte de Daniel Zamudio. Ellos son:

- a) Raúl Alfonso López Fuentes, de 25 años de edad.
- b) Alejandro Axel Angulo Tapia, de 26 años de edad.
- c) Patricio Iván Ahumada, de 25 años de edad.
- d) Fabián Alexis Mora Mora, de 19 años de edad, quien era el único de los acusados que contaba con antecedentes penales.

⁸¹ MOVILH [en línea] Chile <http://www.movilh.cl/decretan-prision-preventiva-para-cuatro-sospechosos-de-atacar-a-daniel-zamudio/> [consulta: 19 abril 2014]

Además, el coronel Eric Gajardo, al momento de la detención de los imputados dio a conocer un hecho muy relevante y determinante en este caso, declarando que “los antecedentes recopilados hasta el momento, nos permiten señalar categóricamente que ellos simpatizan con la ideología nazi⁸²”.

El Juicio Oral en lo Penal, conocido por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, comenzó el día lunes 23 septiembre del año 2013. El periodo de investigación tuvo una duración de 90 días, tiempo durante el cual los presuntos autores del delito fueron puestos en prisión preventiva como medida cautelar en el proceso, al ser considerada su libertad como un peligro para la sociedad.

3.2.1. Acusación del Ministerio Público en el Juicio Oral en lo Penal:

La acusación del Ministerio Público, es la relación de los hechos y su calificación jurídica, que fiscal efectúa ante el juez de garantía, solicitando la pena que estima se debe aplicar a los acusados. En este caso, la acusación de la institución señalada anteriormente es la siguiente:

⁸² *Íbid.*

“Entre las últimas horas de la noche del día viernes 2 de marzo de 2012 y las primeras horas de la madrugada del día sábado 3 de marzo del mismo año, en el interior del parque San Borja ubicado en calle Carabineros de Chile esquina Eyzaguirre en la comuna de Santiago; los imputados: PATRICIO AHUMADA GARAY, ALEJANDRO ANGULO TAPIA, RAUL LÓPEZ FUENTES y FABIAN MORA MORA actuando voluntaria y conjuntamente, con el propósito de darle muerte, prevaleciendo de su imposibilidad de defensa y atendida la hora, lo solitario del lugar y las pocas posibilidades de ser descubiertos; agredieron reiteradamente a la víctima don DANIEL ZAMUDIO VERA, con zamarreos, golpes de pie, puño y objetos contundentes, en diversas partes de su cuerpo, especialmente en su cabeza, tronco y extremidades⁸³”.

En la acusación también se señala que los autores del delito se aprovecharon del hecho de que Daniel no podía defenderse, lo que se demuestra por la magnitud de sus lesiones. Entonces, con la intención de causar más daño y dolor en la víctima, utilizan elementos como una botella de vidrio para herirlo. Con el mismo propósito utilizaron piedras y cigarrillos sobre el cuerpo de Daniel ya indefensa.

⁸³ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

Otro hecho que se señala en la acusación del Ministerio Público, es que además de las graves lesiones ocasionadas, los delincuentes dejaron el cuerpo del joven a su suerte. No solo lo abandonaron, sino que ello fue realizado en un lugar oscuro, donde sería difícil de encontrar de manera de poder recibir auxilio oportunamente. Todo ello demuestra la decisiva intención de causar el daño.

Para el organismo señalado en el párrafo anterior, la causa de muerte del joven es sin duda un traumatismo craneo encefálico, que es “un daño axonal difuso (DAD) – necesariamente mortal- consecuencia de las agresiones, golpes, zamarreos, malos tratos de obra y por ende, las lesiones que le ocasionaron en conjunto PATRICIO AHUMADA GARAY, ALEJANDRO ANGULO TAPIA, RAUL LÓPEZ FUENTES y FABIAN MORA MORA, entre la noche del 2 y la madrugada del día 3, ambos días del mes de marzo del año dos mil doce⁸⁴”.

Para el Ministerio Público, los hechos descritos anteriormente se pueden subsumir dentro del tipo penal del delito de homicidio calificado. Este último se encuentra establecido artículo 391 N°1 del Código Penal, que señala que “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo

⁸⁴ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

anterior, será penado: 1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía. Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno. Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido. Quinta. Con premeditación conocida. 2°. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso⁸⁵”.

El ente persecutor, en su acusación, considera que la circunstancia primera y cuarta del artículo mencionado anteriormente se configuran en este caso. La alevosía y ensañamiento se demuestran claramente por la crueldad e intención de dañar a Daniel Zamudio. Además, el grado de desarrollo del delito sería el de consumado, evidentemente, por el resultado que este tuvo. Todos los acusados son imputados como autores del delito, ya que actúan en él de manera directa.

En lo que se refiere circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público señala que respecto de Alejandro Angulo y Fabián Mora concurre la atenuante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, en el cual se señala que “Son circunstancias atenuantes: 6. Si

⁸⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal, 1874.

la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable⁸⁶”. En cuanto a Patricio Garay y Raúl López, concurre la agravante establecida en el artículo 12 N° 9 del Código Penal, que señala que “Son circunstancias agravantes: 9. Emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho⁸⁷”.

De acuerdo a todo lo señalado precedentemente, las penas que solicita el Ministerio Público para los imputados son: “a) PATRICIO AHUMADA GARAY, se requiere la imposición de la pena de presidio perpetuo. b) RAÚL LÓPEZ FUENTES, se solicita imponer la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo. c) ALEJANDRO ANGULO TAPIA; se requiere se imponga la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo. d) FABIÁN MORA MORA, se solicita la imposición de la pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo⁸⁸”.

Así mismo, junto con lo anterior, se solicita el comiso de los objetos incautados, el pago de las costas de la causa y que se incorpore la huella genética al registro de los imputados. Esto último de acuerdo a lo señalado

⁸⁶ *Íbid.*

⁸⁷ *Íbid.*

⁸⁸ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

por el artículo 17 de la ley 19.970, que crea el Registro Nacional de Registros de ADN.

3.2.2. Querellantes en el Juicio Oral en lo Penal:

Adhieren plenamente y en todas sus partes a la acusación anterior, los querellantes, don Iván Orlando Zamudio Contreras y doña Jacqueline del Carmen Vera Muñoz, padres de Daniel Zamudio Vera. Ellos fueron representados por los abogados don Jaime Andrés Silva y don Francisco Soto Ramos. Junto con los anteriores, es querellante de la causa la Intendencia de Santiago, la cual presentó una acusación particular, “haciendo suya la imputación del Ministerio Público, señalando además que los hechos descritos son constitutivos del delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, circunstancias primera y cuarta, esto es, alevosía y ensañamiento, en grado

de desarrollo consumado y a los acusados les ha cabido participación en carácter de autores⁸⁹”.

Sin embargo, hay diferencias en cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y las penas que determinó que concurrían en el caso el Ministerio Público para cada uno de los imputados. En lo relativo a Patricio Ahumada y Raúl López, se establece que concurre la agravante del artículo 12 N° 9 y N° 12 del Código Penal. Este último numeral se refiere a que la ejecución del delito sea de noche o en un lugar despoblado. En cuanto a Alejandro Angulo y Fabián Mora, coinciden con el Ministerio Público en la atenuante que este último estimó que existía, agregando las agravantes del artículo 12 N° 9 y N° 12 del Código Penal.

3.2.3. Alegatos en el Juicio Oral en lo Penal:

En lo que se refiere a los alegatos de apertura, el Ministerio Público, los querellantes Iván Orlando Zamudio Contreras y Jacqueline del Carmen

⁸⁹ *Íbid.*

Vera Muñoz, y la Intendencia de Santiago, señalan que el delito cometido por los imputados es el homicidio calificado, en el mismo sentido que se argumentó en la acusación. La defensa de los imputados, utiliza como principal argumento que no hay relación de causalidad entre la muerte de Daniel Zamudio y las lesiones causadas por los imputados. Exponen que el resultado de la muerte se produjo debido a las infecciones que adquirió el joven en el hospital y por la falta de un tratamiento adecuado para frenarlas. Se señaló que en el cuerpo de Daniel se encontró “la bacteria clostridium difficile, misma bacteria que se encontró en otras treinta y seis personas de la Posta Central⁹⁰.”

Sin embargo, el fiscal, en su alegato de clausura argumentó que “La causa de muerte debidamente acreditada es un traumatismo encéfalo craneano (TEC) grave. La principal lesión cerebral de origen traumático, daño axonal difuso (DAD) o Lesión axonal difusa (LAD), da cuenta de este aserto, la palabra difusa se usa como antónima de focal, la lesión cubría gran parte del cerebro, lo que se refrendó con la autopsia⁹¹”. Por lo anterior se establece que el actuar de los imputados es idóneo y apto para matar a

⁹⁰ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

⁹¹ *Íbid.*

Daniel Zamudio, ya que su muerte se debe a las lesiones sufridas esa noche. No se puede señalar que la causa de la muerte son las infecciones intrahospitalarias, ya que finalmente se determina que ella se debió a las graves lesiones cerebrales.

El juicio oral continúa con los alegatos de clausura de los querellantes particulares y de la Intendencia de Santiago. Luego viene la etapa de los alegatos de clausura de la defensa de los imputados.

3.2.4. Declaraciones de los imputados en el Juicio Oral en lo Penal:

En la etapa de las declaraciones de los imputados, ellos renunciando a su derecho de defensa, exponen los hechos de acuerdo a sus perspectivas e intentan acreditar sus responsabilidades y la del resto de los imputados, respecto de lo que ocurrió esa noche.

Por ejemplo, en su declaración, Fabián Mora Mora dice que “Ahumada y Angulo le pegan nuevamente a Daniel, zamarrean brutalmente su cabeza

tomándola de las orejas y golpeándola, rebotaba en el suelo, ve que también le pega Raúl, pero de una manera más suave, como obligado, luego Ahumada rompe otra botella en la cabeza de Zamudio y le dice a Angulo que aprenda a hacer los cortes y le hace otras dos esvásticas en la espalda, luego Angulo le hace otro corte en el cuello; Ahumada le dice que ese corte está mejor. Después Ahumada y Angulo toman un camote y se lo tiran en la cabeza y el cuerpo constantemente, a él le dijeron que le pegara, pero él se rehusó nunca hizo nada, pero estuvo en el lugar, presencié lo que ocurrió. Posteriormente, Angulo y Ahumada saltaban en la cabeza, le pegaban en la nariz, ojos, genitales, luego los dos orinan de nuevo sobre Zamudio, en el estómago y en la boca⁹²”.

3.2.5. Medios de prueba en el Juicio Oral:

Los medios de prueba que se utilizaron para comprobar la comisión del delito y que se aportaron en el Juicio Oral por parte del Ministerio Público son:

⁹² *Íbid.*

1) Prueba testimonial: se declara por diversos testigos para acreditar la participación de los imputados mediante sus relatos. Los testigos son: “Rodrigo Orlando Villavicencio López, Juan Claudio Muñoz Gaete, Diego Alvarez Carrasco, Edison Navarrete Dutour, Juan Hidalgo Farías, Felipe Andrés Zambrano Huichacura, Dick Fernando Núñez Gómez, Claudio Paul Quintanilla Contreras, Claudia Andrea Quintanilla Contreras, Katherine Perroni González, Melanie Perroni González, Jacqueline Del Carmen Vera Muñoz, Ramón Enrique Merino Barrera, Gerardo Enrique Herrera Manríquez, Leandro Enrique Aliste Herrera, Juan José Osos González, Cynthia Anchil Asenjo, Lissette Arenas Antimil, Francisco Javier De Ramón Portilla, Mauricio Carrasco Salgado, Jorge Alejandro González Hernández, Enzo Leonardo Sáez Herrera, Victorino Garzón Cardozo, Douglas José Álvarez Montalvo, Gino Virgilio Perroni Blamey⁹³”.

2) Prueba Pericial: se aportan al juicio los testimonios de expertos en diversas áreas para acreditar la responsabilidad de los imputados en el delito. Los peritos que declaran en este juicio son: “Priscilla Morales Martínez, Pamela Reyes Báez, Elvira Miranda Vásquez, Claudio Pérez Molina, José Luis Vásquez Fernández, Marcelo Alonso Concha, Sebastián

⁹³ *Íbid.*

Cabrera Tapia, Pablo Leiva Garrido, Gladys Alarcón Droguett, María Soledad Arredondo Bahamonde⁹⁴”.

3) Prueba documental: se aportan diversos tipos de documentos al juicio que acreditan la comisión del delito y la participación de los imputados, como por ejemplo el certificado de defunción de la víctima, una copia de la entrevista dada por imputado señor Ahumada a LaTercera.com de abril de 2012, entre otros.

4) Otros medios de prueba: además de los medios probatorios señalados anteriormente, se aportan otros instrumentos, como por ejemplo fotografías de la autopsia de la víctima entregadas por el Servicio Médico Legal, planos del sitio del suceso hechos por Carabineros de Chile, ilustraciones del cuerpo humano en que se señalan las lesiones de la víctima y que fueron efectuadas por la Policía de Investigaciones de Chile, entre otros.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago aportó al juicio oral otros medios de prueba, como por ejemplo un bolso, un par de zapatillas, una piedra de 6 kilogramos aproximadamente, entre otros.

⁹⁴ *Íbid.*

Por su parte, las defensas de los imputados también aportaron pruebas al proceso, como testigos y declaraciones de peritos. Su intención con ellas, era demostrar la falta de participación de los imputados y que el nexo causal entre las lesiones provocadas y la muerte de Daniel Zamudio no existía.

3.2.6. Hechos acreditados por el Tribunal Oral en lo Penal:

El Tribunal Oral en lo Penal, para lograr la acreditación del hecho, debe ponderar y analizar los diversos medios probatorios. Además el artículo 297 del Código Procesal Penal señala que “Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo⁹⁵.” De acuerdo al artículo recién mencionado, el Tribunal estimó que se tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho:

⁹⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. Código Procesal Penal, 2000.

“Que entre las últimas horas de la noche del día viernes 2 de marzo de 2012 y las primeras horas de la madrugada del día sábado 3 de marzo del mismo año, en el interior del Parque San Borja ubicado en calle Carabineros de Chile esquina Eyzaguirre en la comuna de Santiago; un grupo de sujetos agredieron reiteradamente a Daniel Zamudio Vera, con golpes de pies, de puño, objetos corto punzantes, en diversas partes de su cuerpo, especialmente en su cabeza, rostro, tronco y extremidades.

Precisando las acciones anteriores, los agresores ocuparon restos de vidrio de botellas quebradas con los cuales provocaron cortes en su oreja izquierda y rostro, del mismo modo dibujaron esvásticas en su tórax, abdomen y región dorsal. Asimismo, empleando una piedra de tamaño considerable, de aproximadamente ocho kilos de peso, fracturaron su pierna derecha a la altura de la tibia y peroné, para lo cual arrojaron dicho objeto sobre la extremidad antes señalada, imprimiendo además una fuerza inusitada sobre la misma, mediante maniobras de palanca, con miras al mismo fin. Por último, utilizando cigarrillos encendidos, quemaron la piel de la víctima en su mentón, región torácica y mano izquierda⁹⁶”.

⁹⁶ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

Las acciones antes descritas fueron causadas a Daniel Zamudio Vera sin que éste pudiera defenderse, ni menos oponer su resistencia a ellas, atendida la superioridad numérica de los agresores, su estado de ebriedad y su pequeña contextura física. Además, la intención detrás de dichas es sin duda aumentar deliberada e inhumanamente el dolor experimentado por la víctima.

Al finalizar el ataque a Daniel, los hechores se retiraron del lugar, dejando abandonado al joven en un lugar apartado y oscuro del Parque San Borja. El cuerpo de la víctima fue encontrado alrededor de las 04:00 am de la madrugada del día sábado 3 de marzo de 2012, por uno de los guardias del recinto, quien lo auxilió y dio aviso a carabineros. Éstos últimos, llamaron a los servicios de urgencia, los cuales trasladaron el cuerpo a la Posta Central “Dr. Alejandro del Río”, a la cual ingresó en estado grave, inconsciente y con riesgo vital, producto de las múltiples lesiones sufridas.

El servicio de urgencia acreditó que al momento en que Daniel ingresó al recinto, éste presentaba las siguientes lesiones: “1.- Traumatismo cráneo encefálico (TEC) grave, con hemorragia subaracnoidea (HSA) traumática, colección yuxtadural laminar fronto parieto occipital (F-P-O) derecha y daño axonal difuso. 2.- Fractura expuesta tibia-peroné derecha de carácter

grave. 3.- Lesiones múltiples corto-contusas y contusas en región facial, torácica, dorsal y extremidades. 4.- Quemaduras por cigarrillos⁹⁷”.

Desde el momento en que el guardia del Parque San Borja encontró el cuerpo inconsciente de Daniel Zamudio, él permaneció ininterrumpidamente en estado de coma. Desde que fue víctima de este horrible delito, Daniel no volvió a despertar, hasta que finalmente, el día 27 de marzo del año 2012, y Daniel Zamudio Vera, “falleció producto de un traumatismo craneo encefálico (TEC) que tuvo como consecuencia un daño axonal difuso (DAD) y una encefalopatía hipóxica isquémica, ambos severos, los cuales coexistieron simultáneamente teniendo como origen común la agresión ya descrita⁹⁸”.

3.2.7. Delito.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, los hechos que se consideraron acreditados por el Tribunal Oral en lo Penal, configuran el delito de homicidio calificado. En él se “provoca la muerte de una persona con la

⁹⁷ MOVILH [en línea] <http://www.movilh.cl/documentacion/Sentencia-Daniel-Zamudio-Vera.pdf> [consulta: 28 abril 2014].

⁹⁸ *Íbid.*, p.84.

conurrencia de circunstancias como alevosía, premio o recompensa remuneratoria, por medio de veneno, con ensañamiento, aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido y con premeditación conocida⁹⁹”. Su sanción es “la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo (de 15 años y un día a presidio perpetuo)¹⁰⁰”. En este caso particular, el tribunal estima que concurren las circunstancias primera y cuarta, en grado de desarrollo de consumado.

En el caso del homicidio calificado de Daniel Zamudio, el bien jurídico lesionado es la vida. Dicho bien jurídico es protegido por la Constitución Política de la República, en el Título I, capítulo 2°, artículo 15, el que señala que “Todos tienen derecho a la vida”. Podemos señalar que se logra acreditar la responsabilidad de los imputados en cuanto a la no protección de la vida de la víctima, ya que cada uno de ellos produjo lesiones de tal magnitud, que el resultado fue la muerte del joven.

Además, es necesario destacar la actitud dolosa con la que actuaron los 4 imputados en la comisión del delito en cuestión. Para el Derecho Penal, el

⁹⁹ TODOJUICIO. Abogados penales, homicidio [en línea] <http://www.todojuicio.cl/abogados-penales-homicidio.php> [consulta: 01 de junio 2014].

¹⁰⁰ *Ibid.*

dolo es “la realización de un comportamiento típico objetivo¹⁰¹”. En el caso resulta evidente el dolo con el que actuaron los delincuentes. Ello debido a la crueldad extrema con que los imputados atacaron a la víctima, demostrando que su propósito no era solo lesionar al joven, sino que dolosamente provocar su muerte.

Como se señaló anteriormente, además de configurarse el delito tipificado como homicidio calificado, también concurren en el caso ciertas circunstancias agravantes. Una de ellas es la alevosía, que de acuerdo a Vivian R. Bullemore G., Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile, “el obrar sobre seguro se asocia ante todo con el despliegue de medios materiales, con una conducta física, graficándose el hecho incluso en el sentido de que el agente procede al ocultamiento del propio cuerpo o de los medios materiales¹⁰²”. De acuerdo a lo anterior, es posible señalar que los imputados actuaron con alevosía, debido a que en el momento de comisión del delito, Daniel Zamudio, se encontraba en estado de ebriedad, “estado etílico que fue corroborado por los testigos Cynthia Anchil y Juan

¹⁰¹ RAGUES R. 2004. Consideraciones sobre la prueba del dolo. [en línea] Revista de estudios de la justicia Vol.4, http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%20_8_.pdf [consulta: 10 de junio 2014].

¹⁰² BULLEMORE, R y Mackinon, J. 2007 Curso de Derecho Penal. Tomo III, Parte Especial, 2da edición. Santiago, Lexis Nexis, p.28.

Osores quienes compartieron con el afectado y los acusados en el Parque San Borja¹⁰³”.

Además de lo dicho anteriormente, debemos agregar al estado de ebriedad de la víctima como fundamento de la agravante de actuar con alevosía, la superioridad numérica de los imputados, su mayor contextura física y el lugar de comisión del delito. Todo lo anterior disminuye de manera considerablemente las posibilidades de defensa de Daniel Zamudio.

En lo relativo a la agravante de ensañamiento, Vivian R. Bullemore G., Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile, ha señalado que ella, “como sinónimo de la crueldad ejercida por el agente, se basa en un elemento objetivo evidente, como es el aumento innecesario del dolor de la víctima o el sufrimiento excesivo que se le causa, mediante torturas y actos de barbarie¹⁰⁴”. El autor agrega que “el legislador deja claro que debe exigirse perentoriamente dolo directo respecto de esta circunstancia. Así mismo, debe obrarse inhumanamente, esto es, revelando extrema crueldad o insensibilidad por parte del hechor. Si no se cumplen estos estrictos requisitos de la calificante, solo podrá agravarse un homicidio simple

¹⁰³ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

¹⁰⁴ BULLEMORE, R y Mackinon, J. 2007 Curso de Derecho Penal. Tomo III, Parte Especial, 2da edición. Santiago, Lexis Nexis, p.29.

mediante la circunstancia genérica del artículo 12 N° 4 del Código Penal¹⁰⁵».

El Tribunal Oral en lo Penal consideró que esta última agravante sólo estuvo presente en las conductas de los acusados Patricio Ahumada, Alejandro Angulo y Raúl López. Ellos actuaron dolosamente para provocar un sufrimiento excesivo e innecesario a Daniel Zamudio, como por ejemplo al realizar cortes con forma de esvástica en su tórax y quemar su cuerpo con cigarrillos.

Relacionado con la agravante anterior, es relevante mencionar una conducta en especial, la cual es que los acusados intentaron romper la pierna de la víctima, y al no poder lograrlo, realizaron movimientos de palanca hasta quebrar la tibia y peroné de la pierna derecha. Ello ya que esta última conducta no está destinada a producir la muerte del joven, sino que sólo pretende lesionar y provocar dolor a la víctima. Por eso, a juicio del tribunal, este tipo de conductas son claros ejemplos de que en éste caso se buscó provocar un sufrimiento inhumano e innecesario.

El tribunal desestima considerar la agravante de la alevosía en su modalidad de obrar a traición, debido a que no se comprueba la existencia

¹⁰⁵ Íbid.

de vínculo personal de confianza o de otra índole entre la víctima y sus agresores.

Como mencionamos anteriormente, el Ministerio Público y los querellantes invocaron la agravante establecida en el artículo 12 N°9 del Código Penal, que se refiere a emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito. En este sentido, se argumentó que la orientación sexual de la víctima Daniel Zamudio fue lo que provocó las agresiones de los imputados. Ello se logra establecer mediante “las declaraciones de los acusados Mora y López que dieron luces sobre el tema y además, por las lesiones de esvásticas que constituyeron un signo de discriminación¹⁰⁶”.

Sin embargo, la homofobia de los imputados no se logró adecuar dentro de la agravante del artículo 12 N°9 del Código Penal, ni en ninguna otra agravante de esta norma. Este punto es de suma importancia, ya que precisamente por no lograr incluir a la homofobia como una agravante en la comisión de este delito, es que el legislador se apresura concluir con los trámites legislativos necesarios para dictar la Ley N°20.609, publicada en el

¹⁰⁶ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

Diario Oficial el 24 de julio de 2012. En ella se agrega un numeral al artículo 12 del Código Penal, en el cual se establece como agravante el cometer el delito o participar en él, motivado, entre otras razones, por la orientación sexual de la víctima. Si los jueces del Tribunal Oral en lo Penal que conocieron del caso hubiesen agravado la responsabilidad penal de los acusados con esta calificante, fundándose en la condición sexual de la víctima hubiesen dado aplicación retroactiva a la Ley 20.609, lo que sería ilegal.

De la misma manera, el tribunal desestima la agravante del artículo 12 N°12 del Código Penal, la cual se refiere a la ejecución del delito de noche o en un lugar despoblado, la cual fue invocada por la Intendencia de Santiago. Ello debido a que el delito fue cometido en el Parque San Borja, el cual se encuentra dentro de la ciudad de Santiago, además de contar con iluminación y guardias de seguridad.

En la sentencia se acoge “respecto de los acusados Angulo y Mora, la atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el N° 6 del artículo 11 del Código Penal, la que se encuentra acreditada con el mérito de sus extractos de filiación incorporados en los cuales consta que no tienen

antecedentes penales anteriores¹⁰⁷”. Además, también se acoge la atenuante establecida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, que se refiere a haber colaborado sustancialmente en el establecimiento de los hechos, respecto de Fabián Mora Mora, ya que sus declaraciones ayudaron a generar convicción en los jueces. Además, se rechaza “respecto de los acusados Ahumada y Angulo, la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, puesto que no existen antecedentes de relevancia que permitan configurar su concurrencia¹⁰⁸”.

3.2.8. Penas establecidas en la sentencia del caso Daniel Zamudio Vera.

Finalmente, las condenas que establece el Tribunal Oral en lo Penal para los acusados son:

I. “Que se CONDENA al acusado PATRICIO IVÁN AHUMADA GARAY, ya individualizado, en calidad de autor del delito de homicidio calificado de Daniel Zamudio Vera, previsto y sancionado en el artículo 391

¹⁰⁷ Íbid.

¹⁰⁸ Íbid.

N° 1, circunstancias primera y cuarta, del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado entre la noche del día viernes 2 de marzo de 2012 y la madrugada del día sábado 3 del mismo mes y año, en la comuna de Santiago a la pena de presidio perpetuo, a las accesorias legales de 220 inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del condenado.

II. Que se CONDENA a ALEJANDRO AXEL ANGULO TAPIA, ya individualizado, en calidad de autor del delito de homicidio calificado de Daniel Zamudio Vera, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias primera y cuarta, del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado entre la noche del día viernes 2 de marzo de 2012 y la madrugada del día sábado 3 del mismo mes y año, en la comuna de Santiago a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

III. Que se CONDENA a RAÚL ALFONSO LÓPEZ FUENTES, ya individualizado, en calidad de autor del delito de homicidio calificado de Daniel Zamudio Vera, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1,

circunstancias primera y cuarta, del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado entre la noche del día viernes 2 de marzo de 2012 y la madrugada del día sábado 3 del mismo mes y año, en la comuna de Santiago a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

IV. Que se CONDENA a FABIAN MORA MORA, ya individualizado, en calidad de autor del delito de homicidio calificado de Daniel Zamudio Vera, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera, del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado entre la noche del día viernes 2 de marzo de 2012 y la madrugada del día sábado 3 del mismo mes y año, en la comuna de Santiago a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena¹⁰⁹”.

Es relevante destacar no se concede a los sentenciados ninguno de los beneficios que de la Ley 18.216, la cual establece penas que indica como

¹⁰⁹ Íbid.

sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, debiendo por tanto cumplirlas efectivamente.

De acuerdo con lo anterior, Patricio Ahumada Garay fue condenado a presidio perpetuo, debiendo pasar a lo menos 20 años en la cárcel. Alejandro Angulo Tapia y Raúl López Fuentes, fueron sentenciados a 15 años de presidio mayor en su grado medio, por ser autores del delito de homicidio calificado consumado. Por su parte Fabián Mora Mora, el más joven de los 4 imputados, fue condenado a 7 años de cárcel, por contar con la atenuante de irreprochable conducta anterior y colaboración con la investigación.

3.3. Repercusiones tras de la muerte de Daniel Zamudio:

La muerte del joven Daniel Zamudio Vera no fue solo un delito más de los ocurridos en nuestro país. Hubo repercusiones de todo tipo, siendo una de las más importantes la aceleración de la promulgación de ley de no discriminación, también llamada “Ley Zamudio”. El proyecto de la ley

estuvo en tramitación durante 7 años, previos al asesinato de Daniel, quién se convirtió en un ícono de lucha contra la discriminación.

Lo anterior se reconoce en las palabras del Ex presidente de la República, Sebastián Piñera, durante la ceremonia de promulgación de la Ley Zamudio, donde declaró que “no podemos olvidar que fue sólo después del cruel asesinato de Daniel Zamudio, que murió precisamente a manos de la discriminación, de la intolerancia, del odio y de los prejuicios, que Chile por fin se decidió a dar este paso fundamental para construir juntos una sociedad más tolerante, más inclusiva, más respetuosa y más acogedora para todos y cada uno de nuestros compatriotas, cualquiera sea su edad, su origen étnico, su condición económica, sus ideas políticas, sus creencias religiosas o su orientación sexual¹¹⁰”.

No se puede dejar de destacar las consecuencias sociales que trajo la horrible tortura que duró 6 horas y la posterior muerte del joven Daniel Zamudio. Pocas veces antes en Chile se había visto tanta unidad y recriminación ante un hecho homofóbico. Junto con el repudio social del crimen, esto generó que el país despertara frente a una realidad mucho más

¹¹⁰ SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER 2012. Presidente Piñera promulga Ley Antidiscriminación: “El paso que estamos dando hoy día es de extraordinaria trascendencia histórica, política y jurídica [en línea] Santiago, Chile, <http://portal.sernam.cl/?m=sp&i=2619> [consulta 10 de agosto 2014]

cotidiana de lo que gustaría reconocer. No era la primera que esto sucedía, pero Daniel Zamudio logró que muchos se horrorizaran y comprendieran las fatales consecuencias que implica no respetar los derechos humanos del otro.

Una muestra de la reacción social es la placa que se instaló en el Parque San Borja en conmemoración de Daniel Zamudio. En ella está escrita la frase del escritor José Agustín Goytisolo: “Tu destino está en los demás. Tu dignidad es la de todos¹¹¹”.

Daniel Zamudio fue uno entre la gran lista de personas que habían muerto debido a crímenes de odio. Como por ejemplo “Pilar Ibáñez Carrasco, Mauricio Ortega Julio, Amanda Jofré Cerda, Fernanda Covarrubias, Edgardo Vera...¹¹²”, entre otros. Muchas de estas quedaron impunes, y sus responsables nunca fueron encontrados. Aunque que el final para Daniel fue su muerte, ella logró que la sociedad despertara y se diera cuenta de la gravedad de lo que estaba ocurriendo.

¹¹¹ MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL 2014. Con eventos, cortometraje, libro y placa recuerdan a Daniel Zamudio a dos años de su muerte [en línea] Santiago Chile. <http://www.movilh.cl/con-eventos-cortometrajes-y-placa-recuerdan-a-daniel-zamudio-a-dos-anos-de-su-muerte/> [consulta 15 de agosto 2014]

¹¹² MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL 2014. Con eventos, cortometraje, libro y placa recuerdan a Daniel Zamudio a dos años de su muerte [en línea] Santiago Chile. <http://www.movilh.cl/con-eventos-cortometrajes-y-placa-recuerdan-a-daniel-zamudio-a-dos-anos-de-su-muerte/> [consulta 15 de agosto 2014]

Las repercusiones y demostraciones de apoyo también provinieron desde el ámbito cultural. Una organización de actores se sumó a la lucha contra la homofobia tras el homicidio. El sindicato de actores, junto con el abogado representante de la familia de Daniel, Jaime Silva, “organizaron un acto cultural en el teatro Caupolicán, destinado a decir no a la discriminación y a recolectar fondos para la tumba-memorial del joven¹¹³”. Este acto no solo abarcó la lucha contra la discriminación por razones de orientación sexual, sino que se expandió a otros ámbitos como la discriminación por razones de raza, mujeres, discapacidad física y mental e inmigrantes.

La comunidad internacional también reaccionó frente a este crimen. Diversas organizaciones internacionales exigieron que el estado de Chile se pronunciara y tomara acciones frente a las violaciones de los derechos humanos con respecto al tema de la discriminación.

Es relevante destacar lo que señaló el portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Rupert Colville, el 30 de Marzo de 2012, quien dijo que “el asesinato de Daniel Zamudio es el último

¹¹³ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 6. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 18 de agosto 2014]

recordatorio de la gravedad y la prevalencia de la violencia homofóbica. Este caso debe considerarse en el contexto más amplio de odio motivado por la violencia contra lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en todo el mundo¹¹⁴».

Relacionado con lo anterior, la Comisión Internacional de Derechos Humanos también emitió declaraciones sobre la muerte de Daniel Zamudio. Dentro de una serie de declaraciones con respecto al tema, señaló que “La Comisión Internacional de Derechos Humanos condena enérgicamente este ataque y cualquier hecho de violencia contra las lesbianas, los gays, y las personas trans, bisexuales e intersexuales. La violencia contra una persona por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género es condenable en toda circunstancia¹¹⁵”.

Además, la Comisión se refirió a la responsabilidad del estado de Chile por este tipo de violaciones a los derechos humanos, señalando “... que es obligación de los estados investigar de oficio hechos de esta

¹¹⁴ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 6. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 18 de agosto 2014]

¹¹⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, Diversidad Sexual y Derechos Humanos [en línea] Santiago, Chile. < http://www.derechoshumanos.udp.cl/ddhh1/informeanual_ddhh/2012/2-diversidad-sexual-y-derechos-humanos.pdf > [consulta 22 agosto 2014]

naturaleza y sancionar a los responsables. En este sentido, la Comisión Internacional de los Derechos Humanos insta al estado de Chile a desarrollar la investigación en forma inmediata, seria, con todas las garantías de un debido proceso y con el objeto de identificar y sancionar a todos los responsables. La impunidad de un crimen de odio promueve la tolerancia social de este fenómeno¹¹⁶”.

Como se puede inferir, las organizaciones internacionales pusieron gran énfasis a la responsabilidad del estado en cuanto a la persecución y castigo de los responsables por este delito. Por la magnitud de los hechos ocurridos, y las razones que lo motivaron, el Estado adquiere el deber de actuar, sancionar y prevenir este tipo de delitos. Ello ya que su impunidad fomenta que se cometan que se siga discriminando y cometiendo ilícitos, por el hecho de no actuar.

En torno a las repercusiones que tuvo el crimen en los medios de comunicación, y su papel preponderante en el impacto que gracias a ellos tuvo, debe analizarse que es lo que diferencia a este caso del resto de los

¹¹⁶ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, Diversidad Sexual y Derechos Humanos [en línea] Santiago, Chile. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/ddhh1/informeanual_ddhh/2012/2-diversidad-sexual-y-derechos-humanos.pdf> [consulta 22 agosto 2014]

delitos que se han cometido a lo largo de la historia por las mismas razones. Es importante la pregunta de la razón que hace que este caso tenga tanto impacto tanto a nivel nacional como internacional.

Estos actos de discriminación contra este grupo de la población no son recientes ni desconocidos. Puede ser que las horribles características de la tortura hayan causado impacto en la sociedad. Sin embargo, es innegable que esto no hubiera sido posible sin la inmensa cobertura que dieron los medios de comunicación a este hecho.

Las lesiones, evolución y muerte de Daniel fueron seguidas y reportadas minuto a minuto, tanto por la prensa nacional como por la internacional. Diarios, revistas, twitter y facebook son solo algunas de las plataformas donde se dio a conocer la noticia.

Esta noticia causó impacto en todo el mundo, debido a su inusitada crueldad. La muerte del joven, tras largas horas de tortura y agonía, fue titular de varios diarios en todo el mundo. A modo ejemplar, podemos mencionar que el periódico peruano “El Comercio”, encabezó uno de sus

ejemplares con el siguiente titular: "Murió Daniel Zamudio, joven chileno brutalmente golpeado por ser gay"¹¹⁷.

Es reprochable que la repercusión en los medios de comunicación de este delito no haya sucedido con otras víctimas de casos similares. A pesar de lo anterior, podemos destacar que la muerte de Daniel Zamudio no fue en vano. Gracias a la amplia difusión de la prensa, el estado de Chile se vio obligado a reaccionar. Con las miradas atentas de todo el mundo, y de las Organizaciones Internacionales Protectoras de Derechos Humanos, este crimen debía tener consecuencias sociales y legales.

3.3.1. Dictación de la ley Zamudio:

Además de todas las repercusiones de que tuvo la muerte de Daniel Zamudio, debemos destacar una de gran importancia, que es la aceleración y posterior dictación de la Ley Antidiscriminación.

¹¹⁷ EMOL.2012. Muerte de Daniel Zamudio generó amplia repercusión en prensa internacional [en línea] El Mercurio en Internet. 28 de marzo, 2012. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/03/28/533102/prensa-internacional-realiza-amplia-cobertura-en-caso-zamudio.html>>. [consulta 30 septiembre 2012].

Poco tiempo después de la muerte del joven, el día 30 de marzo del año 2012, la Organización de las Naciones Unidas, a través de Rupert Colville, portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, solicitó al estado de Chile acelerar la dictación de una ley que protegiera a los ciudadanos de la discriminación. El portavoz recién mencionado señaló lo siguiente con respecto a la dictación de la ley: “Instamos al Congreso de Chile a aprobar una ley contra la discriminación, incluso por razones de orientación sexual e identidad de género, en plena conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. También instamos a Chile a promulgar la legislación contra delitos de odio que tipifica el odio basado en diversos motivos, incluido la orientación sexual e identidad de género, como un factor agravante para los efectos de enjuiciamiento penal¹¹⁸”.

El día 3 de abril del año 2012 se hizo efectiva la suma urgencia en el proyecto de ley. Finalmente, la ley fue promulgada el día 12 de junio del año 2012, y publicada en el Diario Oficial el día 24 de junio del año 2012, después de 7 años de tramitación.

¹¹⁸ MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 12. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movilh_1013.pdf [consulta 18 de agosto 2014]

CAPITULO 4: LA LEY 20.609

4.1. Introducción.

La Ley 20.609, más conocida como la Ley Zamudio, establece medidas contra la discriminación, lo que se logró tras un largo y complejo proceso legislativo. Lamentablemente, la dictación de esta ley de no discriminación tiene como causa uno de los más horribles crímenes de odio que se hayan cometido en nuestro país: el homicidio calificado de Daniel Zamudio Vera. Tras lo anterior, la publicación de la ley Zamudio fue presentada ante el país y la opinión pública como una nueva bandera de lucha en contra de estos actos.

Uno de los grandes debates que se generó en el marco de la discusión de la ley mencionada en el párrafo anterior, fue la inclusión o no de la orientación sexual y la identidad de género, dentro de los criterios en que se basa la discriminación, lo que finalmente llegó buen puerto y fueron incorporadas.

Esta ley constituyó un gran avance en la protección de los derechos de las personas a no ser discriminado arbitrariamente. Su principal objetivo fue crear un mecanismo judicial que permita resguardar a las personas y

restablecer el imperio del derecho cuando se cometa un acto discriminatorio y arbitrario.

La ley contra la discriminación se divide en 3 partes. El título I establece normas generales y la definición de discriminación. El título II establece la acción de no discriminación. Finalmente, el título III modifica ciertas normas legales.

4.2. Discriminación arbitraria en la ley de no discriminación.

La Ley 20.609 define en su artículo 2 lo que se entiende por discriminación arbitraria, señalando que es “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 legítimo ejercicio de los derechos fundamentales establecidos por la constitución política de la república o tratados internacionales sobre derechos humanos y que se encuentren vigentes¹¹⁹”.

¹¹⁹CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

Es importante resaltar que no debe existir una justificación razonable en la realización de un acto arbitrario, ya que es solo la arbitrariedad en su acción u omisión la que genera que un acto pase de ser legal a ilegal la luz de la ley en cuestión. Es decir, no toda diferenciación constituye una discriminación arbitraria. Por lo tanto, si los criterios utilizados para tal discriminación son objetivos y razonables, dicho acto no sería ilegítimo.

De acuerdo a la ley de no discriminación, existen diversas modalidades en las que puede desarrollarse una acción u omisión de discriminación arbitraria. Ella puede darse en el ámbito público o privado. Además, de acuerdo al Proyecto de la Ley 20.609 “esta se puede traducir en distinciones, exclusiones, en restricciones o en preferencias. Cualquiera de estas modalidades se puede realizar por acción u omisión¹²⁰”.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece que discriminación es una “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.¹²¹”.

¹²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley Nº 20.609, Establece medidas contra la Discriminación [en línea] Santiago, Chile <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37416/1/HL20609.pdf>> [consulta 3 de septiembre 2014]

¹²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la Lengua Española [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=discriminacion> [consulta: 1 de octubre 2014]

Por lo tanto, la no discriminación, más que un concepto jurídico, es un principio, que envuelve todo nuestro ordenamiento.

Es importante mencionar que es lo que señala la Constitución Política de la Republica en torno a este tema en su artículo 19, numero 2: “La Constitución asegura a todas las personas: 2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias¹²²”.

Además de encontrarse plasmado en la Constitución Política de Republica, este principio de no discriminación está consagrado en diversos convenios internacionales, de los cuales Chile es parte. Dentro de ellos, podemos resaltar la “Convención Americana de Derechos Humanos”, ratificada por nuestro país en el año 1990. En su artículo 24 ella señala que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley¹²³”.

¹²² CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1980. Constitución Política de la República, 1980.

¹²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1969. Convención Americana de Derechos Humanos [en línea] San José, Costa Rica, <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>> [consulta: 20 septiembre 2014]

Este principio también se encuentra reconocido en la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial”, ratificada por Chile en el año 1971. Americana.

Entre otros convenios que reconocen el principio de no discriminación, y que han sido ratificados por Chile, podemos mencionar el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, la “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, la “Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, y la “Convención Sobre los Derechos del Niño”.

4.3 Categorías que la Ley 20.609 señala expresamente como constitutivas de discriminación arbitraria.

A pesar de que cualquier discriminación arbitraria constituye una ilegalidad de acuerdo a la Ley Zamudio, se establecen ciertas categorías a priori. La ley manifiesta expresamente un listado de motivos que hacen que

un acto sea discriminatorio sólo por el hecho de fundarse en ellas. Estas categorías son las que se señalan en el artículo 2 de la ley 20.609, y son las que se mencionan a continuación:

- Raza o etnia.
- Nacionalidad.
- Situación socioeconómica.
- Idioma.
- Ideología u opinión política.
- Religión o creencia.
- Sindicalización o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas.
- Sexo.
- Orientación sexual.
- Identidad de género.
- Estado civil.
- Edad.
- Filiación.
- Apariencia personal, y
- Enfermedad o discapacidad.

Sin embargo, las categorías de discriminación enumeradas anteriormente no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones con conductas contrarias a la ley o al orden público.

4.4. Situaciones en las que la ley considera razonable las restricciones.

El Artículo 2, inciso final de la Ley 20.609 establece lo siguiente: “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 legítima¹²⁴”.

Los derechos constitucionales mencionados en el párrafo anterior se refieren al respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia; la libertad de conciencia y de culto; la libertad de enseñanza; la

¹²⁴CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

libertad de informar y emitir opinión; el derecho de asociación; la libertad de trabajo, y el derecho a ejercer actividades económicas lícitas.

4.5. Acción especial de no discriminación arbitraria:

Uno de los puntos más importantes y creativos de ésta ley fue la incorporación de un nuevo procedimiento judicial para combatir las discriminaciones arbitrarias. De esta forma, se materializa jurídicamente la herramienta para combatir las acciones u omisiones discriminatorias. En cuanto a esta acción, debemos distinguir los siguientes aspectos:

4.5.1 Procedencia.

La acción especial de no discriminación procede a pesar de que existan leyes especiales que regulen una determinada materia. Al efecto, el proyecto de ley determina que “con ello se busca salvaguardar las distintas acciones especiales que existen –o puedan existir- para proteger uno o más factores específicos de discriminación arbitraria. Se trata de no derogar los

recursos o acciones especiales, dejando al recurrente la decisión de cual mecanismo optar¹²⁵”.

4.5.2. Legitimación activa.

Se refiere a las personas que pueden presentar esta acción ante los tribunales de justicia. De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 20.609, ellos son:

“Cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado¹²⁶”.

Además, en ciertos casos delimitados por el legislador, esta acción también puede ser interpuesta por un tercero independiente, a favor de otra persona. En relación con ello, el artículo 4 señala que la acción de no discriminación arbitraria “También podrá interponerse por cualquier

¹²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.609, Establece medidas contra la Discriminación [en línea] Santiago, Chile <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37416/1/HL20609.pdf>> [consulta 3 de septiembre 2014]

¹²⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla¹²⁷”.

4.5.3. Plazo de interposición.

De acuerdo al artículo 5 de la Ley 20.609, “La acción de no discriminación arbitraria debe ser presentada dentro de 90 días corridos, contados desde que ocurra la acción u omisión discriminatoria, o desde que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida la acción u omisión¹²⁸”.

¹²⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

¹²⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

4.5.4. Forma de interposición.

La acción especial de no discriminación puede interponerse de las siguientes maneras: de forma escrita, o verbalmente, cuando sean casos urgentes.

Lo anterior se encuentra en el artículo 5 de la Ley de no discriminación.

4.5.5. Declaración de inadmisibilidad.

De acuerdo al artículo 6 de la ley 20.609, el tribunal que conozca de la acción puede no admitirla a tramitación en los siguientes casos:

“a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela de derechos, establecida en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo”.

b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.

c) Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la

d) Constitución o la ley.

- e) Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.
- f) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo¹²⁹”.

4.5.6. Suspensión del acto discriminatorio.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 7 de la Ley Zamudio, “En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior.

El tribunal podrá revocar la suspensión provisional del acto reclamado, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida¹³⁰”.

¹²⁹ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

¹³⁰ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

4.5.7. Procedimiento.

Después de presentada la acción, el tribunal pide informe al denunciado. Luego de lo anterior, citando a las partes, se fija una audiencia.

Si no existieren hechos sustanciales, pertinentes o controvertidos, el tribunal, en la misma audiencia mencionada en el párrafo anterior, citará a las partes a oír sentencia cuando: una de las partes no asiste, o concurriendo ambas partes, no se produce conciliación.

En el caso contrario, es decir, cuando existan hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el tribunal recibirá la causa a prueba. Para ello se realizara una nueva audiencia, luego de la cual se citara a las partes a oír sentencia.

En lo relativo a los medios probatorios de la acción especial de no discriminación, el Artículo 10 de la Ley 20.609 declara que: “Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su

juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.

El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica¹³¹”.

4.5.8. Plazo para dictar sentencia.

El tribunal tiene un plazo de 15 días hábiles para dictar la sentencia, contados desde que la causa queda en estado de fallo.

4.5.9. Sentencia.

En la sentencia dictada para resolver la acción especial de no discriminación, se debe establecer si se produjo o no una acción discriminatoria. En el caso de que así sea, el juez “dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para

¹³¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

cumplir con lo dispuesto¹³²”. Además, es relevante de este artículo, el hecho de que el juez, en la sentencia, puede “adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado¹³³”.

Se debe destacar, que uno de los puntos relevante en la Ley Zamudio, fue la incorporación de multas en contra de los que resultaren responsables de las acciones u omisiones discriminatorias. De esta manera, se busca crear un desincentivo monetario, que aleje a la población de este tipo de conductas. Sin embargo, la multa no es solo aplicable para quienes cometan estas acciones u omisiones, sino que también para aquellas personas que intentaren la acción especial de no discriminación sin tener fundamentos, evitando así el abuso de este tipo de herramientas jurídicas en forma errónea que termina desgastando el aparato jurisdiccional.

En relación con señalado en el párrafo anterior, el artículo 12 señala que “Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u

¹³² CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

¹³³ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

omisión discriminatorio. Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal¹³⁴».

4.5.10. Apelación.

De acuerdo a la Ley 20.609, se puede apelar las siguientes resoluciones dictadas por el tribunal que conoce de la acción especial de no discriminación:

- La sentencia definitiva,
- La resolución que declare la inadmisibilidad de la acción, y
- Las resoluciones que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución.

Este recurso de apelación se puede interponer en el plazo de 5 días ante la Corte de Apelaciones correspondiente.

El artículo 13 de la Ley 20.609, establece que una vez “interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos el día hábil siguiente. La Corte de

¹³⁴CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

Apelaciones agregará extraordinariamente la causa a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Deberá oír los alegatos de las partes, si éstas los ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa, y resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quede en estado de fallo¹³⁵”.

4.5.11. Funcionarios públicos.

De manera genérica, podemos decir que la Ley Zamudio modifica el estatuto administrativo y el de funcionarios municipales, incorporando a la discriminación como una causa de destitución del cargo. Este punto es uno de los más relevantes, ya que se pone énfasis que la administración del estado debe tener especial cuidado, y es sancionada directamente en el caso de cometer un acto u omisión discriminatorio y arbitrario.

Estas modificaciones se consagran en los artículos 15 y 16 de la Ley 20.609. En lo relacionado con la modificación al estatuto administrativo, El

¹³⁵ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

artículo 15 señala: “Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo: 1) En el artículo 84, reemplázase la letra l) que se ordenó incorporar a dicho precepto por la ley N° 20.005, por la siguiente: "l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación.". 2) Reemplázase la letra b) del artículo 125 por la siguiente: "b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto¹³⁶”.

En cuanto a los funcionarios municipales, el artículo 16 de la ley 20.609, establece lo siguiente: “Reemplázase la letra l) del artículo 82 de la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, por la siguiente: "l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este

¹³⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación¹³⁷”.

4.5.12. Ley Zamudio y Código Penal.

Otro aspecto relevante y nuevo que aporta esta ley se da en el ámbito penal. La comisión de un acto discriminatorio es una agravante de la responsabilidad penal de ciertos delitos.

Estas circunstancias se encuentran establecidas en el artículo 12 del Código Penal, y la Ley Zamudio agrega a estas la siguiente agravante de la responsabilidad penal: “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

¹³⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.¹³⁸».

4.6. Análisis de la ley 20.609.

La Ley Zamudio es un importante avance en materia de no discriminación en Chile. Esta ley genera nuevos espacios de protección jurídica en casos de violación al derecho de no discriminación arbitrarias. A modo ejemplar podemos mencionar la acción especial de no discriminación, que antes no existía. Sin embargo, y pesar del progreso que genera en esta materia, ella es insuficiente para asegurar que este principio no sea vulnerado. Por un lado, queda una deuda en cuanto a las exigencias internacionales establecidas para la protección de los derechos humanos.

En relación con lo anterior, existen diversos tratados internacionales y recomendaciones de los organismos encargados de hacer cumplir dichos tratados, aplicables al principio de la no discriminación en Chile, que no son totalmente abarcados por la nueva ley 20.609.

¹³⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

En estos tratados se establecen obligaciones generales a los Estados de no discriminar en el ejercicio de los derechos establecidos en ellos. El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹³⁹”.

Además, Chile se encuentra obligado por la Convención Americana de Derechos Humanos. En su artículo 1° se establece que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de

¹³⁹ESTADOS UNIDOS 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 1966.

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁴⁰”.

Otros instrumentos internacionales que hacen referencia a la discriminación son: la Convención Interamericana para Eliminar toda forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención contra todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas contra la Discriminación de la Mujer.

Otro ámbito en que podemos analizar la Ley 20.609, es en cuanto a sus similitudes y diferencias de la acción especial de no discriminación con el recurso de protección. La acción especial se interpone ante un juez ordinario, por lo que su tramitación es más rápida comparada al recurso de protección. Este último recurso se interpone ante la Corte de Apelaciones en un plazo de 30 días. Se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Se define como aquella “acción que la Constitución concede a todas las personas que como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales¹⁴¹”. Como vemos, el plazo de interposición del recurso de protección es más corto que el de la

¹⁴⁰ COSTA RICA. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre 1969.

¹⁴¹ CHILE. 1980. Constitución Política de la República., 1980.

acción especial de no discriminación. Además, es fundamental destacar esta última acción es “incompatible con la interposición de los recursos de amparo, protección, y de la tutela laboral, si estos ya fueron declarados admisibles, y con la impugnación de leyes vigentes y de sentencias anteriores¹⁴²”.

El artículo 1 de la Ley de no discriminación se refiere al propósito general de la misma. Este es “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, 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 vigentes¹⁴³”.

¹⁴² ALBERTO CODDOU, JUDITH SCHÖNSTEINER Y TOMÁS VIAL. La Ley Antidiscriminación: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile. [en línea] Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2013/10/libro_DD_HH_capitulo8.pdf> [consulta: 20 septiembre 2014]

¹⁴³ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

Como vemos, la ley impone una obligación a los órganos de la administración del estado de implementar políticas públicas que garanticen el goce de los derechos establecidos en la ley contra la discriminación y los demás cuerpos legales vigentes en Chile. Esta es una de las deficiencias de la ley, ya que se impone la obligación solo a los órganos de la administración, dejando fuera al resto del aparato gubernamental, como por ejemplo el poder judicial. Otro aspecto negativo de este artículo es que es extremadamente genérico, sin detallar específicamente en que deberían consistir las políticas públicas mencionadas anteriormente, careciendo de cualquier tipo de plazos y requisitos. Falta una institución que sea responsable de fiscalizar y hacer que se ejecuten dichas políticas públicas.

Tampoco se cumple con las obligaciones internacionales que pretenden lograr una real concreción de la acción. En el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica se señala que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se

comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso¹⁴⁴». Debe existir un compromiso de los estados para desarrollar las posibilidades para que exista una real acción que proteja los derechos y elimine la discriminación, por lo que en Chile aun esta la deuda de crear una institucionalidad adecuada que permita garantizar la no discriminación arbitraria.

En este sentido, Elías Jiménez, asesor jurídico del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), señaló en una discusión de la Comisión Mixta que “La inexistencia de una institucionalidad que se haga cargo de la no discriminación es una falencia que Chile debe solucionar, sea mediante la creación de un organismo sobre este tema o mediante la elaboración de políticas públicas que resuelvan la problemática. En la región, países que bajo gobiernos de signo conservador, como México y Colombia, han avanzado decididamente en esta materia, al igual que Brasil, Ecuador o Argentina, poseen organismos con presupuesto estatal para hacerse cargo de

¹⁴⁴ COSTA RICA. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos, noviembre 1969.

la educación, promoción y defensa de las personas frente a la discriminación¹⁴⁵”.

Es importante destacar que en la definición de discriminación arbitraria, que se establece en el artículo 2 de la Ley 20.609, ya señalada anteriormente, es deficiente. El hecho de que establezca categorías precisas y que acote los casos de acción u omisión discriminatoria, hace pensar que ella puede ser taxativa. Esto limita los casos que pudieran subsumirse dentro del artículo y restringe el ámbito de interposición de la acción especial de no discriminación.

En lo relativo a las formalidades que deben observarse para la interposición de la acción, ella debe hacerse por escrito, y verbalmente en casos urgentes, levantándose acta en la secretaria del tribunal para este último caso. Acá nos damos cuenta de otra gran deficiencia de la ley. La ley 18.120, relativa a la comparecencia en juicio, establece reglas específicas en torno al patrocinio y poder con que se debe contar en la primera actuación en juicio. En de la acción especial de no discriminación, lo anterior se

¹⁴⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.609, Establece medidas contra la Discriminación [en línea] Santiago, Chile
<<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37416/1/HL20609.pdf>> [consulta 1 octubre 2014]

transforma en la falta de patrocinio de un abogado para la presentación de la acción, lo que convierte en ilusión un fin concreto de la presentación.

Otro punto muy discutible de la acción de no discriminación es el establecido en artículo 12 de la Ley 20.609. Por un lado, si efectivamente se realizó una acción u omisión discriminatoria, el tribunal aplicara en la sentencia una multa de 5 a 50 Unidades Tributarias, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables. Por otro lado, la ley establece que “si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal¹⁴⁶”. Mediante la aplicación de la multa se crea un desincentivo para presentar la acción, ya que si eventualmente el tribunal considera que no hubo fundamento presentarla, la persona sería condenada a una monetariamente. Ello trae consigo que menos personas se atrevan a interponer esta acción, debido a la poca seguridad de no ser condenado a una multa.

Con todo lo dicho anteriormente, vemos que la ley de no discriminación termina solo por establecer una acción de tutela, claramente insuficiente para proteger a la ciudadanía de actos u omisiones

¹⁴⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación, julio 2012.

discriminatorios, y que nos deja al debe con las obligaciones internacionales. No queda más que proponer una reforma al citado cuerpo legal en el sentido ya analizado, para garantizar adecuadamente la igualdad y no discriminación.

Falta generar debate doctrinario y político que permita avanzar en el contenido de las normas de la Ley Zamudio, para que efectivamente ella garantice lo que se pretende. En palabras de Gauche Marchetti: “un presupuesto de estas reformas sería, desde nuestro punto de vista, retomar el propósito original de una ley sobre estas materias, que vaya más allá del solo establecimiento de una acción procesal, sino que tenga por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona, lo que daría el marco necesario para introducir reformas de carácter estructural, relacionadas, por ejemplo, con la institucionalidad, nada de lo cual se incorpora en la ley vigente, cambiando de paso su errado título ya que hemos visto que en verdad, no establece medidas contra la discriminación¹⁴⁷”.

¹⁴⁷ XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI. 2014. Análisis crítico de la Ley 20.209, 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. [en línea] Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Enero- Abril 2014, Volumen N° 5, N°1 <http://portalrevistas.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/708/pdf> [consulta: 10 octubre 2014]

El caso Atala emblemático en demostrar que Chile está lejos de cumplir con los estándares de no discriminación que imponen los organismos internacionales. Es relevante destacar que “es un hecho reconocido en Chile que cada vez más, especialmente desde la reforma constitucional del año 2005, los tribunales superiores de justicia chilenos, y también por su parte el Tribunal Constitucional, vienen incorporando como fundamento de sus decisiones normas internacionales que se encuentran vigentes en Chile, particularmente en el ámbito de los derechos humanos¹⁴⁸”.

Al considerarse a la discriminación como una agravante de los delitos cometidos por estas razones, se vislumbra la configuración en nuestro país de los llamados crímenes de odio.

Otro punto de discusión es la ley en cuestión es verdaderamente una ley general de no discriminación. La respuesta es negativa. Si bien, podemos señalar que la ley cumple con su función visibilizadora de la problemática al estado y la ciudadanía, junto con sancionar con mayor severidad este tipo de conductas. Sin embargo, es inevitable resaltar sus

¹⁴⁸ XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI. 2014. Análisis crítico de la Ley 20.209, 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. [en línea] Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Enero- Abril 2014, Volumen N° 5, N°1 <http://portalrevistas.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/708/pdf> [consulta: 10 octubre 2014]

múltiples falencias, como su insuficiente desarrollo de un derecho a la no discriminación sustantivo.

Luego de este análisis no queda más que concluir la insuficiencia del cuerpo legal en análisis. Se promueve por tanto una reforma, que permita incorporar una verdadera protección a los derechos humanos vulnerados que busca garantizar, más que solo una nueva acción judicial. La idea es promover reales medidas para la no discriminación, tal como su nombre lo establece incongruentemente en este momento.

**CAPITULO 5: CASOS POSTERIORES A LA PUBLICACIÓN DE
LA LEY 20.609.**

5.1 Introducción.

El presente capítulo busca exponer como ha sido el tratamiento de los casos de discriminación sexual luego de la publicación de la ley 20.609. El fin es tener un punto comparativo de un antes y después de la aplicación de dicha ley, para que más adelante, en el presente trabajo, podamos desarrollar las críticas y falencias de la ley, desde un punto de vista con conocimiento de su aplicación.

5.2 Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada

El juicio entre Zapata y Sociedad comercial Marín Limitada fue el primer caso en entrar a un juzgado civil bajo la acción creada por la ley 20.609, y por lo demás, tener una sentencia favorable.

A continuación describimos someramente los hechos y el derecho:

5.2.1 Los Hechos.

Doña Pamela Zapata Pichinao y doña Carla de la Fuente Vergara decidieron pasar una velada en un motel de providencia, el cual fue elegido por sus

comodidades publicadas en su página web. Al llegar al lugar, la pareja vio como primero atendían a una pareja heterosexual, y se le conducía a una pieza del recinto. Al ser atendidas ellas, se les hizo pasar a un despacho aledaño y se les solicitó que esperaran, lo que les causó extrañeza ya que a la otra pareja la habían atendido inmediatamente.

Luego llega un guardia de seguridad, el cual les indicó que ya no quedaban habitaciones. En ese momento llega una segunda pareja heterosexual, la cual les es entregada inmediatamente una habitación. La pareja le pide una explicación al guardia de por qué no habían habitaciones para ellas. La respuesta que el guardia les entregó fue “por políticas de la empresa no pueden ingresar por ser ustedes”, a lo que Pamela respondió directamente: “¿es porque somos lesbianas?”, limitándose el guardia a repetir que la prohibición “era por ser ustedes”, sin profundizar más en las razones que tenían para no dejarlas entrar¹⁴⁹.

¹⁴⁹ TERCER JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. 2003. Sentencia Definitiva: Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, fojas 64 y 65 del 05 de diciembre 2012.

5.2.2 El Derecho.

La pareja, amparados por el artículo 3 de la ley 20.609, interponen demanda en contra de la Sociedad Comercial Marín Limitada, por haber sido violados los artículos 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 3° letra c) de la Ley N° 19.496, sobre Protección al Consumidor y el artículo 2° de la Ley N° 20.609, y solicitan que se acoja lo siguiente¹⁵⁰:

- Que la Sociedad Comercializadora Marín Limitada, ha incurrido en una discriminación arbitraria al no permitir el ingreso de parejas homosexuales al Motel Marín 014
- Disponer que la discriminación arbitraria, no podrá ser reiterada en el futuro.
- Que se condene a la demandada al pago de una multa de 50 UTM, o a la suma que este Tribunal estime conforme a derecho¹⁵¹.
- Que se condene a la demandada al pago de las costas de la causa.

¹⁵⁰ Ídem, foja 65.

¹⁵¹ La multa solicitada se ampara a lo establecido en el artículo 12 de la ley 20.609, en el cual, se establecen los montos de las multas que pueden condenar los tribunales a los supuestos infractores.

Por otro lado, la demandada se defiende negando absolutamente los hechos alegados por la demandante, explicando la situación de la siguiente manera: “Sostiene que cada pareja que ingresa al hotel, ya sea en vehículo o caminando, es acompañada por el guardia del recinto hasta unos cubículos o reservados ubicados al interior del local, de aproximadamente cuatro metros cuadrados, los cuales son cerrados por un empleado con una cortina gruesa a fin de garantizar su privacidad mientras esperan una habitación disponible, de acuerdo a la tarifa o tipo de habitación requerida por el cliente. Una vez que hay una habitación disponible, las parejas son llevadas a ésta por otro empleado, el cual les muestra la habitación, que en caso de ser del gusto de los clientes, se les asigna, para lo cual son conducidos hasta la recepción, a fin de dejar sus cédulas de identidad y pagar el precio convenido. Hacen presente que el guardia del recinto está en contacto radial permanente con la recepción y es informado sobre la disponibilidad de cubículos o reservados de espera y en caso de no haberla, informa dicha circunstancia al cliente, denegando el acceso al local, a fin de evitar aglomeraciones en los pasillos, protegiendo la intimidad o reserva de quienes concurren. Destacan que dado el hecho de existir diferentes tarifas y tipos de habitaciones en el hotel, los tiempos de espera y orden de ingreso

de los clientes a las habitaciones son aleatorios y distintos para cada pareja ya que dependerán de la habitación, servicio y cantidad de clientes que coincidan en tales requerimientos¹⁵²”.

Además, niegan lo dicho por el guardia del recinto, y no obstante de ser un motel acondicionado para parejas heterosexuales, nunca se ha discriminado a parejas homosexuales. Por lo demás, solicitan que se rechace la demanda con costas¹⁵³.

5.2.3 Decisión del Tribunal.

A continuación exponemos brevemente la decisión del tribunal;

“Que, por consiguiente, y en virtud de todo lo señalado anteriormente, concluye esta magistrado que la acción discriminatoria ejecutada por la sociedad demandada, reviste el carácter de arbitraria, pues no nos encontramos en presencia de una “distinción, exclusión o restricción” razonable, fundada en el derecho que le reconoce al efecto el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, pues el

¹⁵² Ídem, foja 66.

¹⁵³ Ídem, foja 67.

permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad. Pensar de tal modo importaría avalar constantes actos de discriminación, consistentes, por ejemplo, que en un restaurante o en una sala de cine, no se permitiera el ingreso de parejas homosexuales, lo que repugna al principio de igualdad ante la ley y la necesaria tolerancia y aceptación que deben existir entre los seres humanos¹⁵⁴.

La demandada fue condenada en primer lugar a “abstenerse en lo sucesivo de prohibir o restringir de cualquier modo el ingreso de parejas homosexuales a sus establecimientos”, y en segundo lugar, al pago de una multa a beneficio fiscal de 50 UTM¹⁵⁵.

5.2.4. Conclusiones.

El juicio entre Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada fue el primero en tener una condena favorable a la demandante, en virtud de la ley

¹⁵⁴ *Ibidem*, foja 84.

¹⁵⁵ *Ibidem*, foja 86.

20.609, por lo que se hace significativa en el sentido de ser la primera medida para lo que serán los casos que ingresen posteriormente.

En este sentido destacamos lo dicho por Alan Spencer, abogado del Movilh, Spencer dice que al principio era pesimista respecto de la ley. Creía que el recurso de protección como vía judicial para proteger garantías constitucionales podía ser suficiente. Pero ahora dice que los beneficios han quedado demostrados. Por ejemplo, explica, si hubieran usado el recurso de protección para el mismo caso de la pareja de lesbianas, podrían haber obtenido una sentencia favorable de la Corte de Apelaciones, pero la prohibición hubiera estado dirigida a no discriminar a esa pareja en particular, para ese caso específico. En cambio, con la ley Zamudio, que se presenta ante tribunales de primera instancia, la orden es: “No puede discriminar a parejas del mismo sexo en el futuro, sean los demandantes o no¹⁵⁶”.

En efecto, creemos que comparativamente el efecto general que tiene la “Ley Zamudio” a diferencia del recurso de protección es evidentemente claro, lo que es positivo en cuanto a la evaluación de la ley, ya que significa

¹⁵⁶ DOEBBEL, S. 2013. El balance de la ley Zamudio [en línea] <<http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2013/03/1-11418-9-el-balance-de-la-ley-zamudio.shtml>> [consulta: 29 septiembre 2014].

que efectivamente es un método de protección al discriminado, pero también un modo de prevenir la discriminación en el futuro.

5.3. Caso Villarroel – Acevedo

El caso de los acusados Villarroel y Acevedo fue el primer caso en Chile en aplicarse el agravante introducida por la ley 20.609, asentándose así, como un fallo histórico en la defensa de la discriminación sexual en el país.

A continuación describimos brevemente los hechos y el derecho:

5.3.1. Los Hechos.

De acuerdo con los antecedentes entregados por la fiscalía de Viña del Mar, el 16 de diciembre de 2012, alrededor de las 18:30 horas, **Felipe Villarroel y Claudia Acevedo fueron al domicilio de M.C (39) y P.A (42), ubicado en la población Puerto Aysén de Forestal de Viña del Mar**¹⁵⁷.

¹⁵⁷ SOTO, K. 2014. Dictan primera condena con agravante de Ley Zamudio por agresión a lesbianas en Viña del Mar [en línea] La Tercera en Internet. 22 de mayo, 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579261-9-dictan-primera-condena-con-agravante-de-ley-zamudio-por-agresion-a-lesbianas-en.shtml>> [consulta: 01 de octubre de 2014].

En el lugar, las víctimas fueron agredidas delante de su hija con golpes de pie y puños por los imputados y recibieron amenazas de muerte, en medio de constantes acosos por su orientación sexual y consignas neonazis. Como consecuencia, MC quedó con múltiples hematomas, TEC cerrado y licencia médica por 15 días. En tanto, P.A quedó una fractura ocular y TEC cerrado¹⁵⁸.

5.3.2. El Derecho.

El 12 de diciembre pasado el Movilh presentó en el Juzgado de Garantía de Viña del Mar una querrela por “lesiones graves, lesiones leves y amenazas” contra los responsables, aportando fotografías que demuestran la ideología neonazi de. En un juicio abreviado la jueza de Garantía Ingrid Alvial aplicó así la agravante a Felipe Villarroel Álvarez y Claudia Acevedo Ceballos. El primero fue condenado a 400 días por amenazas, y a 900 días por lesiones, lo que suma 3 años y medio de presidio, que se

¹⁵⁸ AUTOR DESCONOCIDO. 2014. MOVILH festeja primera aplicación de agravante por Ley de Zamudio [en línea] < <http://www.ucvradio.cl/bsite/2014/05/23/movilh-festeja-primer-a-aplicacion-de-agravante-por-ley-de-zamudio/> > [consulta: 02 octubre 2014].

cumplirán en régimen de reclusión nocturna. Contra Claudia Acevedo, en tanto, se impusieron 122 días por amenazas y 511 por las lesiones a las víctimas, lo que suma cerca de un año y 7 meses¹⁵⁹.

5.3.3. Conclusiones.

Con anterioridad a la dictación de la ley 20.609, la discriminación como motivo en la comisión de un delito no era considerada por el juez al momento de fallar. Podemos apreciar que con posterioridad a la dictación de la ley, los dichos discriminatorios que dijeron los acusados al momento de cometer el delito, como lo hemos visto anteriormente, constituye una agravante, según lo que indica el artículo 17 de la ley 20.609. Esto es fundamentalmente relevante, ya que en otras palabras, dicha agravante se convierte en una tutela jurídica más, al derecho que tienen todas las personas de no ser discriminadas por sus creencias, ideologías, religión y menos por su orientación sexual.

¹⁵⁹ MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2014. Dictan primera condena con agravante de Ley Zamudio tras ataque a pareja lésbica [en línea] <<http://www.movilh.cl/dictan-primera-condena-con-agravante-de-ley-zamudio-tras-ataque-a-pareja-lesbica/#sthash.6xD6Y8mF.dpuf>> [consulta: 03 octubre 2014].

CAPITULO 6: CONCLUSIONES FINALES.

A modo de finalizar este trabajo, debemos señalar que la discriminación no es un tema reciente ni novedoso en nuestro país. Tal como se demostró, hay numerosos casos a lo largo de la historia delictual que nos relatan los crímenes de odio que se han cometido en Chile.

En cuanto a lo anterior, debemos señalar que la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género, es tan sólo una de las aristas que de este extenso tema. Sin embargo, quisimos abordar con mayor abundancia el tema de la discriminación por razones de orientación sexual, debido a que fue principalmente el caso de Daniel Zamudio el que logró la promulgación de la Ley 20.609.

La dictación de la ley señalada anteriormente provocó un debate a nivel nacional. Este largo proceso legislativo duró más de 7 años, y culminó una vez que Daniel Zamudio Vera muere a manos de un grupo de neonazis, que lo asesinan por el ser homosexual. Se demuestra a través de otros casos expuestos en este trabajo, como el del incendio en la discoteca Divine, o el de Karen Atala Riffo, que más la dictación de una ley que estableciera medidas en contra la discriminación era necesaria y urgente. Ello ya que a pesar de que fue el caso de Daniel Zamudio el que logró la mayor

visibilización del tema, estos hechos venían ocurriendo desde hace muchos años.

Debemos destacar que en Chile se dictara una ley que estableciera medidas contra la discriminación, pero no podemos dejar de mencionar que es lamentable que existan tantas víctimas que sufrieron silenciosamente, y que solo después de que un joven muriera tras horas de tortura, recién los legisladores aceleraran un proyecto que dormía en el congreso. Es necesario que para generar cambios en tema de los derechos humanos, y especialmente en cuanto a la discriminación de grupos vulnerables, no debamos esperar que hayan más víctimas para tomar conciencia y generar herramientas legislativas que permitan proteger, garantizar, sancionar y prevenir los crímenes de odio.

Creemos que la dictación de la Ley 20.609, se debe a un cambio en la sociedad chilena. Ya no está dispuesta a tolerar o ignorar cuando se cometen actos discriminatorios, generando una mayor conciencia que logra presionar a nuestros legisladores para que generen herramientas jurídicas que nos protejan de los abusos que atentan contra los derechos humanos. De modo ejemplar, en caso de Daniel Zamudio, las numerosas demostraciones de apoyo de la sociedad hacia él y su familia en sus días de agonía,

demuestran que los chilenos no dudan en apoyar de manera fuerte y clara a las minorías de nuestro país.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho anteriormente en el sentido de valorar que por fin se haya dictado una ley que proteja a los grupos más vulnerables en contra de la discriminación arbitraria, debemos señalar que aún queda un largo camino por recorrer para lograr una protección eficiente y verdaderamente preventiva de estos delitos. La Ley 20.609 es un avance, pero en ningún caso es suficiente para generar una verdadera protección a las minorías que se intenta proteger.

Como mencionamos anteriormente, la ley establece la obligación a los órganos del estado para elaborar políticas públicas que fomenten la no discriminación arbitraria. Sin embargo, la generalidad del texto no permiten establecer claramente quien cuando y como se deben dictar e implementar dichas políticas.

Para nosotros es fundamental promover la creación de organismo especializado, que tenga dedicación exclusiva a la creación de políticas públicas preventivas y sancionatorias de los actos u omisiones discriminatorios arbitrariamente. No basta con la que la ley establezca una acción judicial, ya que ella actúa de manera posterior a la acción u omisión.

Es fundamental que un organismo cree medidas y ayude a destacar el conflicto en la agenda nacional, para que exista un énfasis permanente en torno al tema de la no discriminación.

Queda claro que esta ley, a pesar de ser un avance, no va a lograr por sí sola que se dejen de cometer este tipo de acciones u omisiones discriminatorias. Además de lo señalado anteriormente, creemos que hace falta un cambio cultural, hacia la aceptación, respeto y tolerancia de las diferencias.

BIBLIOGRAFÍA

A) DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS:

- 1) ALBERTO CODDOU, JUDITH SCHÖNSTEINER Y TOMÁS VIAL. La Ley Antidiscriminación: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile. [en línea] Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2013/10/libro_DD_HH_capitulo8.pdf
- 2) AUTOR DESCONOCIDO. 2014. MOVILH festeja primera aplicación de agravante por Ley de Zamudio [en línea] < <http://www.ucvradio.cl/bsite/2014/05/23/movilh-festeja-primera-aplicacion-de-agravante-por-ley-de-zamudio/>>
- 3) AUTOR DESCONOCIDO. 2005. Los ecos de la tragedia de la Divine. [en línea] La Estrella de Valparaíso en Internet. 11 de junio, 2005.< Http://www.estrellavalpo.cl/prontus3_sup1/site/artic/20050611/pags/20050611020858.html>.
- 4) AUTOR DESCONOCIDO. 2002. Implican a taxista que fue a Vietnam en incendio de la disco gay "Divine". [en línea] La Cuarta en Internet. 31 de agosto, 2002. < <http://www.lacuarta.com/diario/2002/08/31/31.02.4a.CRO.DIVINE.html>>
- 5) AUTOR DESCONOCIDO. 2010. Tras 16 años aclaran causas y responsables de incendio en disco gay Divine. [en línea] El Ciudadano en Internet. 23 de abril, 2010.

<<http://www.elciudadano.cl/2010/04/23/21369/tras-16-anos-aclaran-causas-y-responsables-de-incendio-en-disco-gay-divine/>>

- 6) BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.609, Establece medidas contra la Discriminación [en línea] Santiago, Chile, <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37416/1/HL20609.pdf>>
- 7) CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, Diversidad Sexual y Derechos Humanos [en línea] Santiago, Chile. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/ddhh1/informeannual_ddhh/2012/2-diversidad-sexual-y-derechos-humanos.pdf>
- 8) CISTERNA, C. “Valparaíso, el mayor de los desastres en 50 años: Bajo el signo de la catástrofe” [en línea] El Mercurio de Valparaíso. 11 de febrero 2007. <http://www.mercuriovalpo.cl/prontus4_noticias/site/artic/20070211/pags/20070211042532.html>.
- 9) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, Sentencia 24 febrero 2012. [en línea] <http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2012/03/seriec_239_esp-1.pdf> [consulta: 05 octubre 2014]
- 10) DERECHOS HUMANOS. 2009. Discriminación por orientación sexual: Caso Atala. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/discriminacion-por-opcion-sexual-caso-atala/>>

- 11) DOEBBEL, S. 2013. El balance de la ley Zamudio [en línea] <<http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2013/03/1-11418-9-el-balance-de-la-ley-zamudio.shtml>>
- 12) EMOL.2012. Muerte de Daniel Zamudio generó amplia repercusión en prensa internacional [en línea] El Mercurio en Internet. 28 de marzo, 2012. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/03/28/533102/prensa-internacional-realiza-amplia-cobertura-en-caso-zamudio.html>
- 13) ESPINACE, S. 2006. Divine, Más Allá de la Película. [en línea] La Nación en Internet. 28 de mayo, 2006. <<http://www.lanacion.cl/noticias/reportaje/divine-mas-alla-de-la-pelicula/2006-05-27/174853.html>>
- 14) LÓPEZ, M. 2010. Los hitos más importantes en los 16 años del caso “Divine”. [en línea] <http://www.tresparrafos.com/archives/1203>
- 15) MOVILH [en línea] Chile < <http://www.movilh.cl/decretan-prision-preventiva-para-cuatro-sospechosos-de-atacar-a-daniel-zamudio/>>
- 16) MOVILH [en línea] <<http://www.movilh.cl/documentacion/Sentencia-Daniel-Zamudio-Vera.pdf>>
- 17) MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 3. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movil_h_1013.pdf

- 18) MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL 2014. Con eventos, cortometraje, libro y placa recuerdan a Daniel Zamudio a dos años de su muerte [en línea] Santiago Chile. <<http://www.movilh.cl/con-eventos-cortometrajes-y-placa-recuerdan-a-daniel-zamudio-a-dos-anos-de-su-muerte/>>
- 19) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2002. La Justicia que merecen las víctimas. [en línea]< <http://www.movilh.org/noticias/divine.htm>>
- 20) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2004. Informe Anual DDHH Minorías Sexuales Chilenas. [en línea] <<http://www.movilh.cl/biblioteca/estudios/>>
- 21) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2010. La Justicia que Merecen las Víctimas. [en línea] Santiago, Chile. < <http://www.movilh.cl/documentacion/informe-movilh-divine/III-informe-movilh-divine-2010.pdf>>
- 22) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH). 2013. Exigen que responsables de incendio en Disco Divine pidan perdón. [en línea] <http://www.elmartutino.cl/noticia/sociedad/exigen-que-responsables-de-incendio-en-disco-divine-pidan-perdon>
- 23) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2014. Dictan primera condena con agravante de Ley Zamudio tras ataque a pareja lésbica [en línea] <<http://www.movilh.cl/dictan-primera-condena-con-agravantedeley-zamudio-tras-ataque-a-pareja-lesbica/#sthash.6xD6Y8mF.dpufarroel>>

- 24) ORTÍZ E. Y ORTÍZ O. 2012. Manual de Docencia, uso y aplicación de la ley N° 20.609 Antidiscriminación Arbitraria (p.367). [en línea] <http://es.slideshare.net/ultrateknos/manual-antidiscrimacin-ley-20609-o-zamudio>
- 25) RAGUES R. 2004. Consideraciones sobre la prueba del dolo. Revista de estudios de la justicia [en línea] <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%20_8_.pdf>
- 26) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la Lengua Española [en línea]<<http://lema.rae.es/drae/?val=discriminacion>>
- 27) ROITMAN M. 2013. El racismo en América Latina y el pueblo mapuche en Chile [en línea]. 19 de enero de 2013. <<http://www.jornada.unam.mx/2013/01/19/opinion/015a1pol>>
- 28) SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER 2012. Presidente Piñera promulga Ley Antidiscriminación: “El paso que estamos dando hoy día es de extraordinaria trascendencia histórica, política y jurídica [en línea] Santiago, Chile, <http://portal.sernam.cl/?m=sp&i=2619>.
- 29) SOTO, K. 2014. Dictan primera condena con agravante de Ley Zamudio por agresión a lesbianas en Viña del Mar [en línea] La Tercera en Internet. 22 de mayo, 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579261-9-dictan-primera-condena-con-agravante-de-ley-zamudio-por-agresion-a-lesbianas-en.shtml>> [consulta: 01 de octubre de 2014].

- 30) TODOJUICIO. Abogados penales, homicidio [en línea] <<http://www.todojuicio.cl/abogados-penales-homicidio.php>>
- 31) TORO, I. y RIVAS, M. 2012. La bitácora del caso Atala. [en línea] La Tercera en internet. 24 de marzo 2012. <<http://diario.latercera.com/2012/03/24/01/contenido/reportajes/25-104493-9-la-bitacora-del-caso-atala.shtml>>
- 32) XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI. 2014. Análisis crítico de la Ley 20.209, 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. [en línea] Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Enero- Abril 2014, Volumen N° 5, N°1 <<http://portalrevistas.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/708/pdf>>
- 33) ZUÑIGA F. 2012. Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” de 24 de febrero 2012. [en línea] Centro de estudios constitucionales Año 10, N° 1 <[http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20\(429-468\)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20(429-468)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf)>

B) LEYES Y TRATADOS:

- 1) CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal, 1874
- 2) CHILE. Ministerio de Justicia. Código Procesal Penal, 2000

- 3) CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1980. Constitución Política de la República, 1980.
- 4) CHILE. Ministerio Secretaría General De Gobierno. 2012. Ley 20.609 “Establece medidas contra la discriminación”.
- 5) CHILE. Código Civil.
- 6) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1969. Convención Americana de Derechos Humanos [en línea] San José, Costa Rica, <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>>
- 7) COSTA RICA. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre 1969.
- 8) ESTADOS UNIDOS 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 1966.

C) JURISPRUDENCIA:

- 1) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Atala en audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 23 de agosto 2011.
- 2) CORTE SUPREMA. 2004. Fallo Recurso de Queja “Atala con López”. 31 mayo 2004.

- 3) CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.
- 4) TERCER JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. 2003. Sentencia Definitiva: Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, 05 de diciembre 2012.
- 5) TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Familia de Iquique. 2009. Sentencia de Primera Instancia. 8 de octubre 2009.
- 6) TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Menores de Villarica. 2003. Sentencia de Primera Instancia, foja del 26, 29 de octubre 2003.

D) PUBLICACIONES:

- 1) BULLEMORE, R y Mackinon, J. 2007 Curso de Derecho Penal. Tomo III, Parte Especial, 2da edición. Santiago, Lexis Nexis, p.28.

BIBLIOGRAFÍA

A) DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS:

- 1) ALBERTO CODDOU, JUDITH SCHÖNSTEINER Y TOMÁS VIAL. La Ley Antidiscriminación: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile. [en línea] Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2013/10/libro_DD_HH_capitulo8.pdf
- 2) AUTOR DESCONOCIDO. 2014. MOVILH festeja primera aplicación de agravante por Ley de Zamudio [en línea] < <http://www.ucvradio.cl/bsite/2014/05/23/movilh-festeja-primera-aplicacion-de-agravante-por-ley-de-zamudio/>>
- 3) AUTOR DESCONOCIDO. 2005. Los ecos de la tragedia de la Divine. [en línea] La Estrella de Valparaíso en Internet. 11 de junio, 2005.< Http://www.estrellavalpo.cl/prontus3_sup1/site/artic/20050611/pags/20050611020858.html>.
- 4) AUTOR DESCONOCIDO. 2002. Implican a taxista que fue a Vietnam en incendio de la disco gay "Divine". [en línea] La Cuarta en Internet. 31 de agosto, 2002. < <http://www.lacuarta.com/diario/2002/08/31/31.02.4a.CRO.DIVINE.html>>
- 5) AUTOR DESCONOCIDO. 2010. Tras 16 años aclaran causas y responsables de incendio en disco gay Divine. [en línea] El Ciudadano en Internet. 23 de abril, 2010.

<<http://www.elciudadano.cl/2010/04/23/21369/tras-16-anos-aclaran-causas-y-responsables-de-incendio-en-disco-gay-divine/>>

- 6) BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.609, Establece medidas contra la Discriminación [en línea] Santiago, Chile, <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37416/1/HL20609.pdf>>
- 7) CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, Diversidad Sexual y Derechos Humanos [en línea] Santiago, Chile. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/ddhh1/informeanual_ddhh/2012/2-diversidad-sexual-y-derechos-humanos.pdf>
- 8) CISTERNA, C. “Valparaíso, el mayor de los desastres en 50 años: Bajo el signo de la catástrofe” [en línea] El Mercurio de Valparaíso. 11 de febrero 2007. <http://www.mercuriovalpo.cl/prontus4_noticias/site/artic/20070211/pags/20070211042532.html>.
- 9) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, Sentencia 24 febrero 2012. [en línea] <http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2012/03/seriec_239_esp-1.pdf> [consulta: 05 octubre 2014]
- 10) DERECHOS HUMANOS. 2009. Discriminación por orientación sexual: Caso Atala. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/discriminacion-por-opcion-sexual-caso-atala/>>

- 11) DOEBBEL, S. 2013. El balance de la ley Zamudio [en línea] <<http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2013/03/1-11418-9-el-balance-de-la-ley-zamudio.shtml>>
- 12) EMOL.2012. Muerte de Daniel Zamudio generó amplia repercusión en prensa internacional [en línea] El Mercurio en Internet. 28 de marzo, 2012. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/03/28/533102/prensa-internacional-realiza-amplia-cobertura-en-caso-zamudio.html>
- 13) ESPINACE, S. 2006. Divine, Más Allá de la Película. [en línea] La Nación en Internet. 28 de mayo, 2006. <<http://www.lanacion.cl/noticias/reportaje/divine-mas-alla-de-la-pelicula/2006-05-27/174853.html>>
- 14) LÓPEZ, M. 2010. Los hitos más importantes en los 16 años del caso “Divine”. [en línea] <http://www.tresparrafos.com/archives/1203>
- 15) MOVILH [en línea] Chile < <http://www.movilh.cl/decretan-prision-preventiva-para-cuatro-sospechosos-de-atacar-a-daniel-zamudio/>>
- 16) MOVILH [en línea] <<http://www.movilh.cl/documentacion/Sentencia-Daniel-Zamudio-Vera.pdf>>
- 17) MOVILH 2013, Daniel Zamudio Vera, A Un Año de la Tragedia [en línea] Santiago, Chile. Página 3. http://movilh.cl/documentacion/Daniel_Zamudio_Informe_Movil_h_1013.pdf

- 18) MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL 2014. Con eventos, cortometraje, libro y placa recuerdan a Daniel Zamudio a dos años de su muerte [en línea] Santiago Chile. <<http://www.movilh.cl/con-eventos-cortometrajes-y-placa-recuerdan-a-daniel-zamudio-a-dos-anos-de-su-muerte/>>
- 19) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2002. La Justicia que merecen las víctimas. [en línea]< <http://www.movilh.org/noticias/divine.htm>>
- 20) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2004. Informe Anual DDHH Minorías Sexuales Chilenas. [en línea] <<http://www.movilh.cl/biblioteca/estudios/>>
- 21) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2010. La Justicia que Merecen las Víctimas. [en línea] Santiago, Chile. < <http://www.movilh.cl/documentacion/informe-movilh-divine/III-informe-movilh-divine-2010.pdf>>
- 22) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH). 2013. Exigen que responsables de incendio en Disco Divine pidan perdón. [en línea] <http://www.elmartutino.cl/noticia/sociedad/exigen-que-responsables-de-incendio-en-disco-divine-pidan-perdon>
- 23) MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. 2014. Dictan primera condena con agravante de Ley Zamudio tras ataque a pareja lésbica [en línea] <<http://www.movilh.cl/dictan-primera-condena-con->

agravantedeley-zamudio-tras-ataque-a-pareja-lesbica/#sthash.6xD6Y8mF.dpufarroel>

- 24) ORTÍZ E. Y ORTÍZ O. 2012. Manual de Docencia, uso y aplicación de la ley N° 20.609 Antidiscriminación Arbitraria (p.367). [en línea] <http://es.slideshare.net/ultrateknos/manual-antidiscrimacin-ley-20609-o-zamudio>
- 25) RAGUES R. 2004. Consideraciones sobre la prueba del dolo. Revista de estudios de la justicia [en línea] <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%20_8_.pdf>
- 26) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la Lengua Española [en línea]<<http://lema.rae.es/drae/?val=discriminacion>>
- 27) ROITMAN M. 2013. El racismo en América Latina y el pueblo mapuche en Chile [en línea]. 19 de enero de 2013. <<http://www.jornada.unam.mx/2013/01/19/opinion/015a1pol>>
- 28) SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER 2012. Presidente Piñera promulga Ley Antidiscriminación: “El paso que estamos dando hoy día es de extraordinaria trascendencia histórica, política y jurídica [en línea] Santiago, Chile, <http://portal.sernam.cl/?m=sp&i=2619>.
- 29) SOTO, K. 2014. Dictan primera condena con agravante de Ley Zamudio por agresión a lesbianas en Viña del Mar [en línea] La Tercera en Internet. 22 de mayo, 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579261->

9-dictan-primera-condena-con-agravante-de-ley-zamudio-por-agresion-a-lesbianas-en.shtml> [consulta: 01 de octubre de 2014].

- 30) TODOJUICIO. Abogados penales, homicidio [en línea] <<http://www.todojuicio.cl/abogados-penales-homicidio.php>>
- 31) TORO, I. y RIVAS, M. 2012. La bitácora del caso Atala. [en línea] La Tercera en internet. 24 de marzo 2012. <<http://diario.latercera.com/2012/03/24/01/contenido/reportajes/25-104493-9-la-bitacora-del-caso-atala.shtml>>
- 32) XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI. 2014. Análisis crítico de la Ley 20.209, 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. [en línea] Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Enero- Abril 2014, Volumen N° 5, N°1 <<http://portalrevistas.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/708/pdf>>
- 33) ZUÑIGA F. 2012. Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” de 24 de febrero 2012. [en línea] Centro de estudios constitucionales Año 10, N° 1 <[http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20\(429-468\)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20(429-468)%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf)>

B) LEYES Y TRATADOS:

- 1) CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal, 1874
- 2) CHILE. Ministerio de Justicia. Código Procesal Penal, 2000
- 3) CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1980. Constitución Política de la República, 1980.
- 4) CHILE. Ministerio Secretaría General De Gobierno. 2012. Ley 20.609 “Establece medidas contra la discriminación”.
- 5) CHILE. Código Civil.
- 6) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1969. Convención Americana de Derechos Humanos [en línea] San José, Costa Rica, <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>>
- 7) COSTA RICA. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre 1969.
- 8) ESTADOS UNIDOS 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 1966.

C) JURISPRUDENCIA:

- 1) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Atala en audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 23 de agosto 2011.

- 2) CORTE SUPREMA. 2004. Fallo Recurso de Queja “Atala con López”. 31 mayo 2004.
- 3) CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL.2013. Sentencia del Juicio Oral en lo Penal Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.
- 4) TERCER JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. 2003. Sentencia Definitiva: Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada, 05 de diciembre 2012.
- 5) TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Familia de Iquique. 2009. Sentencia de Primera Instancia. 8 de octubre 2009.
- 6) TRIBUNAL DE JUSTICIA: Juzgado de Menores de Villarica. 2003. Sentencia de Primera Instancia, foja del 26, 29 de octubre 2003.

D) PUBLICACIONES:

- 1) BULLEMORE, R y Mackinon, J. 2007 Curso de Derecho Penal. Tomo III, Parte Especial, 2da edición. Santiago, Lexis Nexis, p.28.