



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CRIMENES DE ODIOS EN CHILE: UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD
NACIONAL DESDE LOS DERECHOS HUMANOS**

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

DIEGO ANDRÉ ARELLANO CALDERÓN

Profesor Guía: Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, Chile

En honor de todas y todos
quienes me bendijeron su inconmensurable cariño y aceptación durante estos
tiempos implacables.

Incluyendo de quienes solo nos quedan los recuerdos,
pero cuya contemplación basta para mantenernos en pie frente a la tempestad.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO UNO: ELABORACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO	8
1.1. Análisis general del concepto	9
1.2. El victimario en delitos motivados por el odio	12
1.3. La víctima en delitos motivados por el odio	13
CAPÍTULO DOS: LA NECESIDAD DE LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE ODIO EN EL CONTEXTO INTERAMERICANO Y EN EL DE LOS DERECHOS HUMANOS	15
2.1. Libertad de Expresión: Razón de ser y no ser de la tipificación	17
2.2. Dignidad y Derecho a la Igualdad: Piedra angular de la justificación de la tipificación	24
CAPITULO TRES: ANALISIS DEL MARCO CHILENO DESDE UN PRISMA CRITICO Y COMPARADO	28
3.1. Análisis de la normativa chilena.....	29
3.1.1. Normativa vigente.....	30
3.1.2. Proyectos de ley relativos a los delitos de odio.	34
3.2. Análisis del caso del movimiento chileno Patria Nueva Sociedad y el fallo del Tribunal Constitucional	41
3.2.1 Comparación especial con el caso argentino y Fallo de la Corte Suprema respecto el Partido Nuevo Triunfo	45
3.3 Análisis de la relevancia del proceso de redacción de nueva constitución en Chile del año 2021 y 2022.....	48
3.4 Elaboración de una propuesta adecuada para Chile.....	53

3.4.1 Mas allá de la tipificación: El caso de Nicole Saavedra y el documental “silenciadas”	57
3.4.2 Perspectiva punitivista y su insuficiencia para abordar el problema	63
CONCLUSIONES	64
GLOSARIO.....	66
BIBLIOGRAFIA	67
ANEXO	72
1. Tabla resumen de proyectos de ley en Chile sobre crímenes de odio en los últimos años	72
2. Gráfico MOVILH: informe anual de DDHH XIX	80

RESUMEN

La presente tesis busca soslayar una problemática de carácter global, pero que de todas formas siempre tiene sus propias vicisitudes dependientes del contexto en donde nos encontramos. La instalación de la idea de que la tipificación de los crímenes de odio y el otorgamiento de una protección atingente a quienes se ven afectados por estos es una necesidad otorgada por los Derechos Humanos, es lo que busca este trabajo, específicamente, como esto pudiera darse en el contexto de la realidad chilena y cuáles son los principales focos que se debiesen considerar a la hora de realizarlo, sea ajustándose legalmente a los derechos emanados de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, o también a los derechos fundamentales contenidos en nuestra actual Carta Magna, para lograr evidenciar, finalmente, que no solamente es posible generar un catálogo modernizado de tipos penales que sancionen eficazmente las demostraciones de odio, sino que es una tarea con la que Chile está al debe desde hace años, no siendo capaz de adaptarse a las necesidades de los mismos grupos que lo conforman. Para lograr este objetivo el trabajo parte de lo básico, identificando al “crimen de odio” propiamente tal dentro del Derecho Penal, posteriormente se realiza un análisis en cuanto al mandato de protección que otorga el Derecho Internacional de Derechos Humanos, superando la dicotomía que suele generarse entre tipificación de estos delitos y la “libertad de expresión”, para por último repasar de manera específica la realidad nacional, los avances y desaciertos en la materia, indicando cuál es el camino que debiese perseguirse, opinión formada en base a lo estudiado.

INTRODUCCIÓN

Con el pasar de los años a veces la sociedad adquiere una suerte de seguridad respecto a los avances y progresos respecto materias de inclusión y no discriminación en contra de grupos que históricamente han sido blancos de ataques y denostaciones de las más amplias características, pero en la realidad nunca se ha mantenido una verdadera tendencia de aceptación y disminución de violencia concreta. Los tiempos políticamente álgidos por los que atraviesa Chile reabren constantemente viejas cicatrices, así como también deja heridas nuevas, en especial cuando a través de la visibilización también se produce una exposición vulnerable ya que, para que la inclusión y la visibilización de gente y comunidades discriminadas sea efectiva, también se les debe proteger para permitirles el pleno desarrollo de sus vidas y sus derechos superando declaraciones políticas vacías.

Mas allá de los climas políticos, los desastres naturales, junto a su impredecibilidad, también afectan de manera colateral. La pandemia ha generado un clima propicio para que diferentes comunidades vean vulnerados sus derechos de maneras más fáciles, puesto que abordar estas situaciones sin atención a sus particularidades puede ser desastroso. La violencia intrafamiliar que también es una figura que afecta de manera más predominante a mujeres y niñas, notó serios incrementos principalmente por las necesidades de aislamiento generadas por el COVID-19, como lo evidencian los datos recopilados de ONU Mujeres¹, transformándose la violencia en otra pandemia silenciosa, que acecha no únicamente a mujeres sino a una diversidad de personas en situaciones de riesgo.

En términos específicos, respecto a aumento de violencia respecto a comunidades históricamente discriminadas, tenemos el informe anual realizado por el Movimiento de Liberación Homosexual (MOVILH) respecto al año 2020. En él, si bien se evidencia que una mayor visibilización de las problemáticas de la población LGBTQ+ conlleva a una mayor tasa de denuncias (lo que “infla” los números comparativamente a años anteriores), el alza en las cifras ha sido sostenida y alta², por lo que resulta inviable no reconocer el problema de fondo e ignorarlo solo contribuiría a su empeoramiento. En tal sentido, en el presente trabajo, dentro de

¹ ONU Mujeres, Midiendo la Pandemia de Sombra: La Violencia Contra las Mujeres Durante el COVID-19. Recuperado el 01 de julio de 2022, del sitio web <https://data.unwomen.org/sites/default/files/documents/Publications/Measuring-shadow-pandemic-SP.pdf> p. 5

² MOVILH. XIX Informe Anual de Derechos Humanos 2020. (2021) p.18

su anexo 2, se incluye la tabla resultado creada por dicha organización para ayudarnos a comprender el punto de partida el problema. ¿Por qué han aumentado los ataques a la población LGBTQ+ si a través de los años se les han otorgado un mayor reconocimiento de sus derechos civiles? Es una pregunta valida que merece ser respondida multifactorialmente, siendo objeto del presente trabajo, entender la necesidad de otorgar una protección y reconocimiento de la violencia a través de la tipificación de los delitos de odio.

En razón a lo expuesto previamente es que el presente trabajo se propone dar a entender que actualmente Chile tiene una necesidad imperiosa de tomar decisiones políticas y legislativas razonables dentro del marco de los DDHH en vista de otorgar no solo una protección respecto a los diversos grupos discriminados que componen la sociedad, sino también con miras a otorgar un reconocimiento jurídico de la violencia estructural que sufren manifestada en crímenes de odio que tienen la intención de truncar las expectativas que les entrega la misma sociedad respecto a sus posibilidades de tener un desarrollo pleno de sus derechos, el cual no puede darse en condiciones de desprotección, a veces total, frente a los actos de personas o grupos que representan una aversión a los avances sociales inclusivos o contra ciertos grupos a los cuales que desean excluir y castigar.

Las problemáticas planteadas no solo nos llevan a justificar la necesidad de los avances dentro del Derecho Penal con tal de modernizar nuestro CP, también nos lleva a ser críticos frente a la legislación actual que ha intentado hacerse cargo de estos problemas, como ha fallado o triunfado, así como también que línea debiesen seguir las nuevas propuestas que busquen enmendar estos percances.

Es también necesario prevenir siempre en esta materia la necesidad de mantener una mirada humana, la cual no debiese perderse en razón del debate jurídico, al contrario, esta debiese usarse para complementar el debate, en tanto la sensibilidad frente a las temáticas que representan las vidas de gente que ha sufrido discriminaciones históricas, más que una historia anecdótica, muchas veces son más bien un camino que nos permite encontrar las respuestas necesarias que debemos entregarle a la sociedad y, en particular, a quienes merecen reparación y reconocimiento frente a los actos de odio que han debido sobrevivir.

CAPÍTULO UNO: ELABORACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Como punto de partida se hace necesario enfocar el objeto de estudio del presente trabajo y entender a que nos referimos con “crímenes de odio”. El concepto es mucho más amplio de lo que podría aparentar a simple vista, si bien por antonomasia los entendemos como aquellos crímenes violentos dirigidos en contra personas específicas pertenecientes a diversos grupos marginalizados en razón de ciertas características que reúnen las víctimas, también incluye delitos como el discurso de odio e incluso, aún más específicamente, el negacionismo del holocausto, tipificado en países europeos. Así como existen diversas variantes de tipos penales en donde podemos encontrar expresada la criminalización de actos de odio, existen diversas formas en que las legislaciones abordan la problemática, sin embargo, las razones subyacentes a la tipificación son, en general, invariables.

A lo que debiesen aportar la tipificación de estos delitos es, en palabras de Jeremy Waldron, a lograr una “Sociedad bien ordenada” (Well-ordered society)³, en conjunto a diversos otros elementos que una sociedad debe incorporar a la forma en que se desenvuelven las relaciones humanas en su interior. Las expresiones de odio, de acuerdo con este ideal, siempre son de relevancia pública en tanto atacan un bien público.⁴ independiente del contexto en que se produzcan, por tanto, debe ser materia de interés estatal su ocurrencia.

El análisis necesario debe ser primero en general, desde el significado del concepto “odio” que unifica a estos crímenes, así como el bien jurídico que en definitiva se busca proteger. posteriormente se debe evaluar en específico las características que deben poseer tanto el victimario (con relevancia al mensaje que subyace en la acción típica que realiza) como la víctima. El estudio de la víctima cobra importancia en cuanto nos ayuda a comprender que su protección por parte del Estado es, en verdad, un asunto de DDHH.

³ WALDRON, Jeremy. The Harm in Hate Speech. Londres: Harvard University Press, 2012. p. 66 y ss.

⁴ Ibid. p.100

1.1. Análisis general del concepto

Como un punto de partida importante en el estudio del presente tema no es útil acudir en este caso a lo básico, es decir, la definición otorgada por la Real Academia Española a la palabra “odio”, cual corresponde a “Antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea.”⁵. A priori no es errado empezar a esbozar la idea de lo que pueden significar los delitos de “odio” y que los hace diferentes de otros tipos de delitos “comunes”, en tanto debe existir un fin claro para la categorización y que esta no sea por meros deseos de clasificar y ordenarlos como delitos. Si bien más adelante se procederá al estudio del fin que debiese cumplir la identificación de un delito como uno de odio, gracias a la definición misma de la palabra ya podemos separarlos de otros en tanto los bienes jurídicos que uno y otro protegen nada tiene que ver con que el acto se produzca desde una “antipatía o aversión”. La historia de la conceptualización del término tal y como es usado hoy en el derecho penal no es clara, en tanto se puede identificar en distintos momentos de la historia, ya que si bien se considera de origen “moderno” es posible identificarlo de manera retrospectiva. Cristina Güerri utiliza la definición entregada por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (en adelante, OSCE) en donde se identifican dos elementos: “1) es un acto penalmente tipificado como delito en la legislación nacional y 2) ha sido cometido con motivación prejuiciosa, es decir, la víctima ha sido escogida por su pertenencia, real o percibida, a un grupo que el autor desprecia, rechaza u odia”.⁶

Respecto a los delitos objeto de estudio del presente trabajo, encontramos como elemento esencial y central de estos, y de manera clara, el “odio” contenido en la acción que ejecuta el sujeto activo en la comisión del delito. Existen varias formas en las que se puede encontrar tipificado, y en algunas legislaciones incluso se recurre a más de una con tal de poder incluir las diversas formas en que se manifiesta el odio. Principalmente, estos delitos se encuentran en las legislaciones en forma particular (es decir, como un tipo de delito nuevo) o de forma general, es decir, como una agravante (que es a lo que más se acerca el caso chileno)⁷.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española Recuperado el 05 de junio de 2022, del sitio web <https://dle.rae.es/odio>

⁶ GÜERRI, Cristina. La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2015, p. 5

⁷ SALINERO, Sebastián. La nueva agravante penal de discriminación: Los" delitos de odio". Revista de derecho (Valparaíso), (41) p. 278

Es esencial en cualquier ley que tipifique los crímenes de odio realizar una lista taxativa y objetiva de las hipótesis que permiten su aplicación, incluyendo, pero no limitándose a etnicidad, raza, orientación sexual, identidad de género, condición socioeconómica y religión. Si se quiere regular efectivamente los crímenes de odio, debiesen incorporarse ambas modalidades, como ocurre en el caso español⁸, en tanto es necesaria una agravante frente a la comisión de delitos existentes motivados por el odio (según se explicara más adelante) pero al mismo tiempo existen crímenes de odio a los cuales es imposible apoyarlos sobre un delito base y necesitan la creación de uno nuevo, como lo sería, por ejemplo, delitos de discursos de odio o el negacionismo de regímenes dictatoriales o actos genocidas. En cuanto a estos últimos, existe una amplia gama de tipos que han sido incluidos en códigos penales de otros países, sin embargo, el enfoque práctico del presente capítulo dice estrecha relación con la forma del delito como agravante y, en particular, con el discurso de odio.

Si bien podemos entender la agravante en el nivel del injusto, pensando en el móvil discriminador de la acción, se debe entender al mismo tiempo por un disvalor adicional en el resultado de la acción. Si bien se considera correcta la propuesta de Patricia Laurenzo al indicar que se afecta, a través de este resultado la igualdad humana, y aún más la dignidad a un nivel individual⁹, perpetuando e intensificando la situación de marginación de la víctima por reunir ciertas características personales o sociales, lo que en definitiva nos permite caracterizar a los crímenes de odio en sede penal y nos permite compatibilizarlo fuertemente con la idea de protección de DDHH es que, a pesar de que el delito se cometa contra un único individuo, posee repercusiones de carácter colectivo. Para entender este “disvalor de resultado” se debe realizar un examen “ex ante de un espectador imparcial situado en la posición de autor”¹⁰ sobre la idoneidad de la conducta para lanzar un mensaje de una magnitud coactiva que sea posible identificar como una amenaza directa de un mal constitutivo de delito no en relación al individuo afectado, si no al “colectivo de referencia”, esto es el grupo marginalizado, al que pertenece la víctima del delito. La motivación discriminadora se termina por expresar entonces en un

⁸ Como se observa en el Código Penal español en su artículo 22.4 que tipifica a los crímenes de odio mediante una agravante, mientras al mismo tiempo existen artículos como el 170.1 y el 314, que tipifican las amenazas dirigidas contra un grupo étnico y el delito de discriminación laboral, respectivamente.

⁹ LAURENZO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios Penales y Criminológicos, 19, 1996, p. 237

¹⁰ LANDA, Jon-Mirenda. La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal. Granada, España: s.n., 2001, p. 121

resultado/mensaje para cada miembro de un grupo social específico que amenaza directamente su seguridad existencial. En esta línea llegamos finalmente a que lo relevante es evaluar la peligrosidad objetiva de la conducta, importa la comprobación del reconocimiento por parte del autor del contexto en que realiza su conducta.

En específico, cuando hablamos de discurso de odio, quienes lo promulgan actúan intencionalmente y a sabiendas de que el “mundo” que crean es uno mucho más difícil para quienes va dirigido el odio. Su expresión siempre debe tener una suficiencia para ser una actividad que define el mundo (o la sociedad) en que se vive (o a la que se apunta)¹¹.

Como se indicó anteriormente, esta expresión siempre tiene un carácter público que se expresa a través de “un menosprecio, un trato peyorativo, que crea o profundiza la situación de marginación en que se encuentran determinados colectivos”¹², por lo que, en definitiva, la tipificación de delitos de odio debe apuntar a una doble protección de bienes jurídicos elevados a un plano colectivo: La igualdad y la dignidad humana. A través de estos actos intolerantes se genera una profundización de desigualdades entre los diversos miembros del cuerpo social, lo cual entra en conflicto tanto con nuestra constitución como con diversos tratados internacionales que nuestro país a suscrito a lo largo de los años, lo cual será explorado en el siguiente capítulo.

¹¹ WALDRON, Op. cit. p. 75

¹² LAURENZO, Op. cit. p. 234

1.2. El victimario en delitos motivados por el odio

Continuando con lo anteriormente expresado, si bien existe un móvil discriminador en la acción que realiza el victimario (que podríamos calificar como el “odio” en primera instancia), no es sino a través del resultado que apreciamos el disvalor agregado que envuelven los crímenes de odio. Nos alejamos de una apreciación subjetiva de una conducta y nos acercamos a una objetiva, al evaluar la peligrosidad de esta. El autor es consciente de que el contexto y circunstancias en la cual realiza su conducta delictiva la transformaran en un acto expresivo dirigido tanto al grupo marginalizado como a la sociedad, “proyecta en su realización más allá de la víctima concreta inmediata y despliega una expectativa amenazante sobre todos los sujetos que presentan el mismo elemento común que determinó en términos intersubjetivos la selección de la víctima.”¹³. De todas formas, igual encontramos un “plus” de antijuridicidad en la dimensión subjetiva del acto, en tanto el mensaje discriminatorio se condiciona por el motivo discriminatorio del victimario.

Un aspecto especial que dice estrecha relación con la marginalización del grupo afectado es que la posición que asume el sujeto activo que enuncia el mensaje, para el públicamente aceptable, a través de la comisión del delito, termina por imposibilitar a los destinatarios del pleno ejercicio de sus derechos. La forma en que se produce el despojo de derechos es que el victimario busca profundizar, establecer o perpetuar una subordinación social de el por sobre el grupo afectado, el mundo visible que crean se vuelve mucho más difícil para las víctimas a quien se dirige¹⁴. La subordinación de un grupo social por sobre otro resulta inaceptable frente al derecho de igualdad y la dignidad humana, por lo que la conducta reprochable (entendido como este resultado/mensaje que logra expresarse en la comisión del delito) es esencialmente incompatible en una sociedad democrática

Si bien el análisis del sujeto activo es relevante para poder acotar el concepto de crimen de odio, la necesidad de protección de DDHH cobra especial relevancia cuando analizamos específicamente a la víctima.

¹³ LANDA, Op. cit. p. 122

¹⁴ WALDRON, Op. cit. p. 75

1.3. La víctima en delitos motivados por el odio

El estudio de la víctima de los delitos de odio nos permite especificar aún más cuando nos encontramos frente a uno e identificar una efectiva violación de derechos tanto fundamentales como humanos, de grandes y diversos grupos, a través de su comisión. Es importante dejar en claro que a pesar de focalizar el estudio en las víctimas, en ningún momento existe la pretensión de transformar el aparato punitivo en una suerte de elemento que busque la reparación de los sujetos pasivos, si no que nos permite entender cuáles son los bienes jurídicos vulnerados y, al mismo tiempo, observar la producción de violación de derechos humanos de la cual el Estado tiene la obligación de enmendar.

Como se ha venido mencionando, si bien probablemente mediante la comisión de un delito de odio podamos identificar a simple vista una única víctima, a través de la realización de la conducta descrita en el presente capítulo se logra victimizar a colectividades enteras, es decir, a grupos marginalizados dentro de la sociedad.

Las colectividades que devienen en grupos marginalizados por la sociedad son las afectadas por estos delitos. Estos grupos se definen a través de caracteres que se comparten entre sus miembros y que los distinguen de la generalidad. La situación de marginalidad se produce por el contexto social en el que se desenvuelven desde un análisis siempre objetivo y no subjetivo, en base a datos empíricos que demuestren que existe una desigualdad sistemática y social¹⁵.

Como entendimos anteriormente, si el bien jurídico protegido viene siendo la igualdad y la dignidad humana, cuando se realizan acciones en contra de un grupo que no se encuentre en situación de marginalización, es difícil que la amenaza contenida en el delito cometido se transforme en un peligro objetivo que ponga en riesgo definitivo la existencia de los miembros de un colectivo. Existen diversas categorías que nos permiten evaluar ex ante la situación de aquellos grupos afectados, que son las que suelen utilizarse al legislar sobre crímenes de odio (como, por ejemplo, identidad de género o etnicidad) y responder si efectivamente el resultado de la acción termina en una privación de derechos del grupo a través de una subordinación basada en la discriminación.

¹⁵ SALINEROS, Op. cit. p. 276

El quiebre efectivo de la igualdad y dignidad humana dentro de la sociedad se aborda de manera más detallada, y corresponde a la sociedad, y específicamente al Estado, hacerse cargo de aquella con pleno respeto de los derechos fundamentales y humanos de todos sus habitantes, siendo este tema tratado de manera extensiva en el capítulo siguiente.

La víctima, finalmente, a través de una acción motivada por el odio, sin existir algún mecanismo estatal para reestablecer, o al menos intentar hacer, una Sociedad bien ordenada, se transforma en una “persona sin estado”¹⁶. La Sociedad bien ordenada que subsistía al menos en apariencia se quiebra y se hace necesario reconducirse nuevamente a esta.

Si bien no es central en la elaboración del tipo penal, es interesante al menos considerar el impacto a niveles sociológicos y psicológicos sobre la víctima en tanto estas son incapaces de cambiar la característica que las hizo ser víctimas, “Los crímenes de odio tienen un profundo y significativo impacto psicológico en las víctimas, lo que lleva a sentimientos de depresión y ansiedad”¹⁷.

Por último, sin entrar en el cuestionamiento de como debiese abordar la legislación en general el tema de la discriminación, cuando nos encontramos en sede penal, específicamente hablando de crímenes de odio, la existencia de una situación de marginalización de los grupos afectados por estos es necesaria y esencial, puesto que esta es presupuesto para la existencia de una peligrosidad objetiva del mensaje que se transmite a través del delito.

¹⁶ FERNANDEZ, Manuelle. Formaciones discursivas y contextualidad del sujeto trans: apuntes sobre los discursos de odio transfóbicos. Revista Divergentes N 1, 2018. p. 13

¹⁷ SALINERO, Op. cit. p. 293

CAPÍTULO DOS: LA NECESIDAD DE LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE ODIO EN EL CONTEXTO INTERAMERICANO Y EN EL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A pesar de que en la actualidad los diversos organismos internacionales han tomado un cause común donde recogen la idea de que existen límites de ciertos DDHH que permiten dar razón a la tipificación de los delitos de odio, es ingenuo concluir apresuradamente que no existe la posibilidad latente de que una vaga y floja técnica legislativa permita, primero, que a través de la penalización de estos delitos se vulnere efectivamente algún derecho íntimamente ligado a este tipo (a decir, la Libertad de Expresión) o que diversos sectores sociales se hagan valer de la normativa para resguardar intereses puramente políticos y no aquellos para los que se ha pensado, en teoría, la calificación de los crímenes de odio. También se encuentra sustento en las diversas fuentes de Derecho Internacional, sobre todo cuando aquellas se refieren a las restricciones a la libertad de expresión en sí misma (que serán analizadas más adelante), pero también teniendo como eje central la dignidad humana, en cuanto como nuestra propia constitución menciona en su artículo primero: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

En la aplicación de los delitos de odio nos encontramos siempre en hipótesis donde las víctimas se constituyen en “grupos marginalizados”¹⁸, no por sus condiciones humanas intrínsecas, si no por una serie de condiciones sociales que encuentran apoyo tanto en la institucionalidad estatal así como en sectores privados y que, por lo tanto, son vulnerables en razón de que se encuentran desprovistos de la igualdad en dignidad y derechos cuando comparamos sus realidades frente a sujetos privilegiados que no se encuentran en una posición de marginalidad. La situación de estos grupos es relevante analizarla, como indica Raúl Madrid desde su posición conservadora respecto a la tipificación, “siempre vinculada a un grupo de circunstancias que permitan determinar en cada caso particular de qué se está hablando, y cuáles son los criterios sustentados para cada una de las variables mencionadas”¹⁹. Por aquello, se nos hace necesario partir de la base que estos grupos sufren desde ya una violación permanente en el tiempo a sus derechos humanos y fundamentales, sin embargo, la comisión en contra de ellos

¹⁸ Concepto se desarrolla en el Capítulo Uno.

¹⁹ MADRID, Raúl, El valor del “discurso de odio” como criterio hermenéutico de las decisiones judiciales. Primer congreso Iberoamericano XXVIII, Editorial SAIJ, 2015. p. 236.

de delitos impulsados por el odio, sumado de una actitud pasiva del Estado, los transforma en “personas sin estado”²⁰, quebrantando el orden público (o al menos su apariencia), dejándolos en una posición que es injustificable dentro de una sociedad democrática, razón por la cual el Estado es requerido a tomar las medidas necesarias para enmendar este impase social.

²⁰ Término utilizado por Judith Butler, siguiendo a su vez la acepción que se establece en FERNANDEZ, Op. cit. p. 18

2.1. Libertad de Expresión: Razón de ser y no ser de la tipificación

El antagonista habitual para la convivencia pacífica de la tipificación de los delitos de odio se ha vuelto, gracias a los sectores más conservadores, la libertad de expresión, un DDHH ampliamente protegido en la normativa internacional. En las primeras formas del Derecho Internacional de Derechos Humanos como comprendemos hoy, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no desarrolla expresamente ninguna limitación a la libertad de expresión, sin embargo, tampoco la establece como un derecho absoluto, generando distintas posiciones sobre las posibilidades de su limitación²¹. En el caso chileno podemos observar su protección en el artículo 19 numeral N°12 que establece

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida”.

El marco internacional actual que concede explícitamente limitaciones comienza a darse de forma paulatina, mediante tratados que se encargaban de actos de odios dirigidos contra grupos específicos, en atención la visibilización de dichas problemáticas. Así nacen, por ejemplo, la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión

²¹ Roger Kiska, por ejemplo, fue un autor que entendió el derecho como absoluto, doctrina de la que aún podemos observar atisbos en las sentencias de la Corte Suprema estadounidense, pero también encontramos posiciones favorables a la limitación de la libertad de expresión en ese contexto, como la de Francisca Pérez-Madrid. Ver: SOTO, José Manuel, Una aproximación al concepto de discurso del odio. Revista Derecho del Estado (34). 2015. p. 80

o en las convicciones, debiendo destacar de todas formas que las “creencias” se tratan de “objetos de discusión, es más, la libertad de culto pasa por la posibilidad de cuestionar la validez de los dogmas espirituales ajenos e intentar convencer a los demás del acierto de los nuestros”²², como plantea José Manuel Díaz Soto, en consideración de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así mismo, no parecería exagerado aplicar esta lógica respecto las ideologías políticas, entendiendo que la limitación de la libertad de expresión es simplemente más restrictiva, pero no por eso menos importante que cuando hablamos de vulneraciones en razón de condiciones intrínsecas a una persona (por ejemplo, orientación sexual, género, raza).

En el caso del PIDCP, en su artículo 20,2 nos encontramos con una norma acotada en cuanto los grupos que protege, pero amplia en cuanto al rango de protección que permite de dichos grupos, en cuanto indica “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.”. En contraste con la CADH, la cual establece en su artículo 13.5 que “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”, podríamos decir que nos encontramos con una norma más restrictiva²³, sin embargo posee la ventaja que abre la posibilidad de protección y consecuente amparo por la tipificación de crímenes de odio de grupos más diversos, permitiendo realizar un estudio ceñido al contexto en que se produce el acto discriminatorio y por tanto, permitiendo una aplicación mucho más rigurosa y justificada caso a caso cuando nos encontremos frente a una “subordinación social que priva en el acto la capacidad de uso de las libertades y derechos comúnmente aceptados”²⁴ de los grupos marginalizados.

A través de la CADH y la jurisprudencia respectiva de la Corte IDH se ha logrado entablar un marco jurídico de la libertad de expresión bastante extendido, siendo lo que nos compete analizar específicamente la apología al odio que conduce a la “incitación a la violencia”, que puede ser ya sea a través del discurso mismo o como un mensaje que se deja

²² Ibid. p.83

²³ Ibid. p. 84

²⁴ FERNANDEZ, Op. cit. p.12

apreciar por la comisión de un crimen de odio distinto²⁵. Se podría entender, como se mencionó anteriormente, que la exclusión de la incitación a la “discriminación y hostilidad” (como lo hace el PIDCP) restringe el ámbito de aplicación de la limitación a la libertad de expresión, sin embargo, consideramos que el concepto de “violencia” envuelve a su vez la idea de “discriminación” y “hostilidad”²⁶, por lo que, en ese aspecto, nos parece satisfactoria para el fin de proteger los DDHH de los grupos marginalizados.

La libertad de expresión es en sí misma, como se advertía desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, un derecho no absoluto²⁷, ante lo cual se entiende que existe un test tripartito:

“(1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”²⁸.

Acá el elemento implícito, preponderante en el punto (2) y (3), de especial consideración para los crímenes de odio, es la noción de “Orden Público”²⁹, bajo el presupuesto que se busca

²⁵ De acuerdo a la diferenciación de la tipificación de los delitos como una agravante o como un tipo independiente que se establece en el Capítulo Uno

²⁶ En específico cuando nos enfocamos en la violencia simbólica que afectan a la víctimas descritas en el punto 1.3.

²⁷ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión así lo entiende, en atención a las sentencias Corte I.D.H., Caso Eduardo Kimel VS. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 54; Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No.135, párr. 79; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 110; Corte I.D.H., Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 106; Corte I.D.H., Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 117; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión. 2009. p.22

²⁸ Ibid. p. 24

²⁹ La noción de “Orden Público” expresada en el presente capítulo funciona como una reconducción natural al contexto de derechos humanos del concepto “Sociedad bien ordenada”, mencionado por Jeremy Waldron y que fue utilizado en el primer capítulo.

una convivencia pacífica dentro de una sociedad democrática, concepto que se transforma en fundante, pero a la vez limitador, para lograr la tipificación. La relatoría elabora al respecto:

“afectación del orden público invocada como justificación para limitar la libertad de expresión debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves”³⁰.

Como último punto general que se vuelve relevante para terminar de elaborar el marco donde debemos construir la tipificación de los crímenes de odio, la relatoría establece las formas en que no se puede limitar la libertad de expresión, sosteniendo que:

“ciertos tipos de limitación son contrarios a la Convención Americana: las limitaciones impuestas no pueden equivaler a censura—por lo cual han de ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores por el ejercicio del derecho—; no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios; no se pueden imponer a través de mecanismos indirectos como los que proscribe el artículo 13.3 de la Convención Americana; y deben ser excepcionales”³¹

Se sigue sosteniendo, al respecto, que las razones para la tipificación de los delitos de odio surgen efectivamente frente a una amenaza “cierta y creíble” a vista de que los grupos que se buscan proteger corresponden a sectores sociales que sufren una discriminación estructural que suele ser múltiple e interseccional, lo cual se abordara en mayor profundidad en el subcapítulo siguiente. Además, una responsable legislación en sede penal supera los obstáculos que pone la CADH.

³⁰ Ibid. p. 29

³¹ Ibid. p.31

Es importante destacar que se sigue la tesis de que, en concreto, no existe como tal un conflicto de derechos, sino que simplemente la libertad de expresión no se hace extensiva por sobre los límites que le imponen otros derechos en el contexto de las personas afectadas por los discursos de odio. Es por esto que el uso de la palabra “límite” es esencial, sobre todo frente a los argumentos de aquellos que creen vulnerado, o amenazado de manera sustancial, su derecho a la libertad de expresión, cuando la regla general siempre será que sus límites son mínimos y justificados por razones tanto legales como otras que escapan al derecho³².

El temor frente a la imposición de discursos de “corrección política” han proliferado en torno al avance de los derechos de los grupos en búsqueda de su des-marginalización social. Estos plantean que, finalmente, los crímenes de odio se basan especialmente en una “subjetividad” de la víctima, creyendo que existe una “influencia del lenguaje psicológico sobre el político”, como entiende Raúl Madrid respecto a la existencia de discursos inaceptables en el ámbito público, puesto que no se corresponden con la “decencia” exigida socialmente³³, esto se conduce a lo que plantea David Green: un posible autoritarismo discursivo en donde las democracias pasarían a dejar de ser deliberativas y pasarían a ser ejercidas por las mayorías³⁴ que asumen una posición de superioridad en su conocimiento de la condición humana, lo que permitiría justificar la imposición de su propia voluntad por sobre otros (a través de la corrección política), cuando en una sociedad democrática debiese permitirse la libertad de la moral personal, y por tanto, la libertad de elección, siendo cada sujeto considerado capaz de juzgar el correcto de lo incorrecto³⁵.

Por lo expuesto, consideramos que abordar el problema desde una visión liberal excesiva reconduce a la vulneración de los derechos humanos de las víctimas. Una primera consideración que se puede realizar respecto a esta visión es que entender el problema como una dicotomía entre “mayorías - minorías” es errado desde la perspectiva que sea, en cuanto lo decisivo es el contexto objetivo de una posible víctima del odio.

³² En atención al contexto de la víctima, ver punto 1.3

³³ MADRID, Op. cit. p.237

³⁴ GREEN, David, *We're (Nearly) All Victims Now! How political correctness is undermining our liberal culture*, Civitas, Londres, 2006, p.30

³⁵ *Ibid.*, p. 77

El discurso en estos autores invierte el análisis propuesto, consideran que la corrección política transforma en “marginalizados” a aquellos que sufren las consecuencias de no poseer un discurso “decente”. Sin embargo, sus temores no encuentran justificación en una estructura social de discriminación basada en hechos objetivos y parten de la base que se encuentran en democracias deliberativas efectivas, sin reconocer un deber de garantía estatal para con los grupos vulnerables discriminados, cuyas problemáticas invisibilizan en favor de la mantención de una sociedad excesivamente liberal³⁶, desde sus puntos de vista. Respecto a los demás puntos, se evidencia una desbordada lógica liberal, nuevamente, para afrontar el problema y se asume la conflictividad con la libertad de expresión, es por aquello que “limite” es el concepto que debemos usar para superar esa tensión, limite que además encuentra su fundamento tanto en la libertad de expresión como en la igualdad y dignidad humana.

Dentro de los argumentos planteados contrarios a la “corrección política” pareciera existir contradicciones internas que demuestran un análisis del problema desde una posición privilegiada de los autores liberales basada en subjetividades que ellos extraen de sus realidades concretas. El mismo Green se muestra contrario a permitir ideologías que atenten contra los valores democráticos que profesa, como lo son por ejemplo, el estatus inferior de la mujer dentro del islam que él asegura se encuentran protegidos dentro del reconocimiento de la multiculturalidad³⁷ (teniendo en cuenta que este tipo de autores consideran que el problema se reduce a “minorías versus mayorías”, siendo las minorías protegidas de forma abusiva por este concepto, sin tener precaución de abordar el tema desde la marginalización), incluso vuelve a considerar contraria a la democracia la “victimocracia”³⁸, de la misma forma que otros autores³⁹ consideran inaceptable la corrección política dentro de las discusiones políticas y sociales,

³⁶ Sobre este punto, facilita la comprensión establecer una analogía con MacKinnon y su análisis de la forma en que se aborda la problemática del aborto desde una perspectiva liberal: Podríamos establecer, por tanto, que la visión ilustrativa del liberalismo de Madrid y Green se corresponden con una radicación de la problemática en la esfera privada y las libertades personales del individuo, encubriendo las relaciones desiguales de poder que poseen los sujetos en situación de marginalidad frente al resto de la población (que en algunos casos pueden ser en exclusiva los hombres, al igual como plantea la autora), en definitiva, despolitizando el sometimiento de estos grupos frente a las estructuras de dominación y discriminación sociales, por lo que en el análisis propuesto vuelve a ser relevante la noción de orden público, lugar en donde debemos enfocar la problemática tratada. Ver: MACKINNON, Catherine. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Universitat de Valencia. 1995. p.347

³⁷ GREEN. Op. cit. p.29;77

³⁸ Ibid., p.78

³⁹ A modo de ejemplo: Brennan, Timothy, *Wars of Position. The Cultural Politics of Left and Right*, Columbia University Press, Nueva York, 2006; Boven, Leaf Van, “Pluralistic Ignorance and Political Correctness: The Case of Affirmative Action”, en *Political Psychology*, vol. 2, n° 2, 2000; Jacoby, Russell, *The End of Utopia. Politics and Culture in an Age of Apathy*, Basic Books, Nueva York, 1999.

aceptando tácitamente la inadmisibilidad de ciertos discursos dentro del contexto democrático y la limitación de la libertad de expresión, aunque en términos completamente contrarios a los que se han apoyado anteriormente desde la normativa de derechos humanos.

La problemática debe ser abordada como un problema estatal y no privado, desde la óptica del quiebre del orden público. Ahora bien, lo que produce en definitiva dicho quiebre en cuanto a la libertad de expresión misma se ha considerado vulnerada por la Corte IDH, en relación a su vez con al artículo 7 de la CADH:

“el Tribunal considera que el derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se encuentra protegido por el artículo 13 que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esta óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho.”⁴⁰

Siendo en este caso un análisis hecho en específico sobre los derechos de la población LGBTI+, no existe un obstáculo sustancial para homologarlo respecto de otros grupos en situación de marginalidad (de la misma forma como se hace extensivo este análisis a la población LGBTI+).

Por tanto, la libertad de expresión de las personas, en consideración del orden público inherente a una sociedad democrática, se limita a sí mismo en cuanto su abuso nocivo en desmedro de terceros vulnerables. Sin embargo, no es este el derecho principal que justifica sus propios límites, si no, como se advertía al inicio del presente capítulo, es la dignidad basada en la igualdad, eje de la democracia, y cuya vulneración nos conduce al quiebre a lo menos teórico del orden público.

⁴⁰ Según lo analizado del Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 164, 169 y 171 en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: derechos de las personas LGTBI, San José. 2018. p.36

2.2. Dignidad y Derecho a la Igualdad: Piedra angular de la justificación de la tipificación

A priori, debemos entender que como regla general todas las formas de discurso se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión y lo que se estudia en el presente capítulo refiere siempre a una excepción justificada en la cual los alcances aparentemente absolutos de este derecho no llegan. Después de comprender la operatividad de la libertad de expresión y las aprehensiones que genera su limitación, debemos entender la razón fundante que nos permite, legalmente, establecer medidas que busquen proteger a los grupos marginalizados el cual es: el derecho a la igualdad y la no discriminación.

La posible apertura de nuestra Constitución a los derechos humanos adquiere su mayor potencial cuando resignificamos y nutrimos de contenido -mediante disposiciones normativas internacionales- su artículo 1: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, en especial cuando hablamos de “dignidad” e “igualdad”. El artículo mencionado es casi una transcripción literal del artículo 1 de la DUDH: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Podemos enunciar desde ya una consecuencia de esta en palabras de Humberto Noguera:

“siempre la dignidad de la persona está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aun un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana, ya que esta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitida realizar diferenciaciones.”⁴¹

Dicho elemento, la dignidad humana, es el punto de partida esencial para comprender la lógica tras la limitación a la libertad de expresión. Cuando nos encontremos con actos que atenten contra la dignidad humana de los grupos marginalizados el Estado debe necesariamente responder en búsqueda de reparar la violación a los derechos de la persona y grupo afectados.

Los crímenes de odio violan de forma esencial el ideal de igualdad, contenido tanto en la Constitución chilena como en la normativa internacional, existiendo entonces, un “peso e

⁴¹ NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Revista de Derecho, Universidad Católica del norte, Sección: Estudios, año 13 N 2, 2006. p.63

impacto práctico y simbólico”⁴². El tratamiento de estos delitos entonces no es sencillo, y debe estar especialmente enfocado en la dignidad e igualdad, como derechos humanos y fundamentales básicos, de las víctimas. La necesidad en este caso de la tipificación nace en tanto “El Estado produce activamente el dominio del discurso públicamente aceptable, estableciendo la línea entre lo decible y lo inefable, y reteniendo el poder de estipular y sostener la consiguiente línea de demarcación”⁴³. La búsqueda de la elaboración de un nuevo relato social donde no exista discriminación, entonces, debe necesariamente ir de la mano con un rol activo del mecanismo punitivo estatal en este caso para tratar de forma adecuada al contexto social este tipo de delitos.

Podría aun surgir la duda si la tipificación efectivamente tiene los efectos deseados y si logra que el Estado cree una línea de demarcación eficaz que proteja los derechos de las víctimas y disminuya su riesgo en miras a construir un nuevo relato social. Sin embargo, se ha estudiado que su efecto no es menor, puesto que incluso el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha reconocido que leyes que sancionen los delitos de odio facilitan el enjuiciamiento y castigo de los autores, de la misma forma que lo ha entendido la Comisión IDH respecto a que estas leyes sirven como un mensaje a la sociedad de que estas formas de violencia no serán toleradas⁴⁴. Si bien es dudosa de que las leyes puedan crear realidades de una forma suficientemente eficaz, la tipificación de los delitos de odio abre efectivamente el camino para la visibilización, reparación y reconocimiento, efectivo y simbólico, por parte del Estado de las formas de violencia que plagan a la sociedad, lo cual tiene un impacto no menor para llegar a la erradicación del odio, o al menos, a transformarlo en una conducta rechazada transversalmente, eliminando la normalización que existe actualmente respecto los discursos que atentan contra los grupos marginalizados.

Los Estados deben tomar las medidas positivas necesarias frente a situaciones de discriminación, ósea en este caso, frente a los delitos de odio cometidos. Así lo ha entendido la Corte IDH, como un “deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o

⁴² SALINERO, Sebastián. La nueva agravante penal de discriminación: Los" delitos de odio". Revista de derecho (Valparaíso), (41) p. 293

⁴³ BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. Barcelona, España: Paidós Ibérica (1997) p. 134

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 (2015) p. 237

favorezcan las situaciones discriminatorias”⁴⁵. En la misma línea debemos comprender que no es una opción hacer vista gorda a la fuerte tendencia de criminalizar los actos de odio, yendo más allá, esto mismo constituiría un acto discriminatorio por parte del Estado al no considerar las formas de violencia que sufren los grupos marginalizados. Al respecto la Corte IDH señala, al referirse a la violencia, sufrida por mujeres específicamente, que la “ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia”⁴⁶. Si bien el tema de acceso a la justicia no será abordado en el presente trabajo, el ejemplo nos sirve para evidenciar que cuando el Estado no se hace cargo de la violencia que aqueja estructuralmente a la sociedad, se conduce a formas innegables de discriminación.

Tanto por los motivos presentados, y para asegurar la convivencia pacífica con la libertad de expresión, es necesaria la mención explícita en las leyes de forma a las razones que motivan el delito (sexo, identidad de género, orientación sexual, raza, nacionalidad, condición socioeconómica, por dar ejemplos innegables de motivos de crímenes de odio), lo que se toma más relevante que la forma⁴⁷ que se elija para tipificar. De esta manera, se logra el reconocimiento simbólico de que el Estado tiene un deber de especial protección y garantización de los derechos de las personas que efectivamente se ven sumidas en un contexto de marginalidad.

Se hace necesaria la mención de que a través de la existencia de un “bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales”⁴⁸ se deben entender incorporados a los contenidos de los derechos consagrados en la constitución tanto los derechos implícitos que de estos emanan, así como también la normativa internacional ratificada por Chile que se encuentre vigente. Así mismo, Chile también ha reconocido la jurisdicción de la Corte IDH, por tanto, en

⁴⁵ Según lo analizado del Caso de Las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270 en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: derechos de las personas LGTBI, San José. 2018

⁴⁶ Según lo analizado del Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 270 en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: derechos de las personas LGTBI, San José. 2018.

⁴⁷ Forma entendida en cuanto la tipificación como agravante o como un nuevo tipo independiente, de acuerdo a lo que se abordara en el futuro capítulo 1

⁴⁸ NOGUEIRA, Humberto (2012). Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín N° 8049-17. Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, p. 409

atención al control de convencionalidad que esta impone, Chile debe respetar y garantizar la normativa internacional interamericana, así como también debe cumplir con un estándar mínimo fijado por las resoluciones y opiniones emitidas por la Corte.

Por las razones anteriormente expuestas, y entendiendo que la Constitución chilena en su artículo primero nos remite a la dignidad de las personas, redirigiendo este concepto al contexto internacional e interamericano, se hace necesaria, para la protección de las víctimas tanto efectivas como en potencia de los delitos de odio, la tipificación de los crímenes de odio. De igual manera, las limitaciones necesarias al derecho de libertad de expresión que se consagra en el artículo 19 numeral N°12 deben ceñirse al estándar otorgado por la normativa internacional.

Más allá de la discusión sobre si es posible, se llega a la conclusión de que es necesario y urgente que el aparato Estatal recurra a esta forma (sin perjuicio de la necesidad de otras medidas) de erradicación (o como mínimo, visibilización y reconocimiento) de violencia. Actualmente existen diversas formas en la que los legisladores se han aproximado al tema existiendo leyes vigentes, así como también distintos proyectos que se enfocan ya sea de forma particular o general en la tipificación de delitos de odio. Es sumamente relevante, en todo caso, que la normativa nacional se adecue correctamente a las formas en que se puede limitar la libertad de expresión, como se ha explicado anteriormente, con tal de siempre tener en mente el resguardo de los derechos humanos y fundamentales de los sujetos, tanto las víctimas y victimarios, en abstracto.

CAPITULO TRES: ANALISIS DEL MARCO CHILENO DESDE UN PRISMA CRITICO Y COMPARADO

Después del análisis anterior, se hace necesario entrar de lleno a analizar la realidad chilena y más concretamente la situación normativa en la que nos encontramos. Si bien a través de los años ha existido cierta disposición a tipificar con mayor eficacia los delitos de odio, hoy en día nos seguimos encontrando en una situación delicada en donde se hace necesario modernizar normas ya existentes, así como generar e innovar en normas nuevas. Para efectos de lograr una mejor comprensión del estado legislativo actual de diversos proyectos, se incorpora una tabla a modo de guía y resumen de estos dentro del Anexo 1. Respecto a la normativa vigente esta se analizará dentro de los pertinentes subcapítulos toda vez que sea necesario hacerlo para ilustrar la actualidad nacional. Es siempre útil tener en cuenta que la evolución de nuestras sociedades siempre nos obligará a actualizar la manera que entendemos la discriminación y la violencia estructural, es por aquello que el trabajo legislativo debe estar atento y dispuesto a entender los avances sociales, así como las nuevas formas en que los humanos se relacionan unos con otros.

Para lograr una mejor comprensión es también necesario evaluar tanto la normativa como la jurisprudencia comparada, lo cual hace aún más ilustrativa la realidad chilena, así como también es necesario el análisis del documental “silenciadas”, en tanto nos otorga una importante perspectiva más allá de la academia para poder entender y empatizar con las comunidades víctimas de delitos de odio, lo que nos permite pensar en sus necesidades concretas y como el derecho puede ser una herramienta útil a la hora de suplirlas.

3.1. Análisis de la normativa chilena

A modo de esbozar de manera general la realidad nacional, podemos decir que existen vagos ejemplos sobre estas tipificaciones en nuestra normativa actual, siendo los principales ejemplos que encontramos los contenidos en la ley 20.609 y la agravante que modifica e introduce en el Código Penal, así como la actual ley 21.212, denominada “Ley Gabriela”, la cual moderniza la anterior figura del femicidio incorporada al Código. Finalmente existen lo que podríamos denominar una tipificación respecto los discursos de odio en la ley 19.733, sin embargo, esta debiese a nuestro juicio modernizarse para lograr cumplir con los estándares de una ley de dicha especie. A modo de comentario, también podemos adelantar que en nuestra actual constitución no encontramos claramente una referencia ni denominación seria de lo que sería “discriminación” en el sentido que pudiese guiar nuestro entendimiento legislativo de la materia, como a su vez constituir un mandato de manera más directa para que el estado legisle al respecto.

3.1.1. Normativa vigente

Sin duda parece sensato comenzar con el análisis de la Ley 20.609, conocida también como Ley antidiscriminación o “Ley Zamudio”, la cual fue un hito legislativo importante en materia discriminatoria, así como también respecto crímenes de odio, sin embargo, es importante comprender que dicha ley requiere de importantes reformas y una modernización para ajustarse a estándares internacionales, en cuanto ha quedado claro que es insuficiente e ineficiente a la hora de resguardar los derechos del discriminado, evidenciado por la escasa jurisprudencia en donde encontramos que acciones antidiscriminación han sido acogidas, en razón de lo cual se ha presentado también un proyecto de ley que busca enmendar sus errores y avanzar en la protección efectiva de derechos.

Uno de los principales errores de la ley es establecer una “jerarquización” de derechos en su Art. 2 inciso final, toda vez que señala que “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”. Es la misma CIDH quien critica severamente esta ley:

“Al respecto, la CIDH ha sido informada que, en el caso de situaciones de discriminación, tras la vigencia de esta ley, sólo se han acogido dos demandas en razón de la orientación sexual a la fecha, entre más de 50 presentadas por la misma categoría sospechosa. Según la información, esta efectividad limitada es debido a que la Ley No. 20.609 exige que el demandante acredite fehacientemente que ha existido una discriminación arbitraria, y le permite al demandado justificar tal acción argumentando que se encontraba en el ejercicio de un derecho fundamental.”⁴⁹

Si bien en los capítulos anteriores se refirieron más específicamente a la discusión en cuanto al tipo penal y no ampliamente a la normativa antidiscriminatoria, aplica igualmente lo razonado, en tanto es un absurdo, a priori, categorizar la dignidad y el derecho a la igualdad

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. OAS/Ser.L/V/II.170 (2018) p.52

como inferior a cualquier otro derecho fundamental, siendo este un vicio de inmensas proporciones, que afecta totalmente la utilidad de la ley. Correctamente, el proyecto de ley boletín número 13867-17 busca enmendar aquello eliminando dicho artículo, reemplazándolo por uno que correctamente enumera las formas en que puede ocurrir un acto discriminatorio (directa, indirecta, múltiple o agravada, estructural, intolerancia) que debe ser sancionado por la ley⁵⁰. Consideramos que esta forma de legislar, haciéndose cargo de las maneras en que puede ocurrir la discriminación más allá de un catálogo de razones que la motivan, nos permiten focalizar de mejor manera el objeto final de la normativa y hacerlo más efectivo, en tanto nos permite desarrollar la noción de los grupos marginalizados efectivamente violentados, ajustándonos a estándares internacionales. aparte de esta modificación, también realiza ajustes procesales dicho proyecto con tal de superar las usuales relaciones asimétricas entre el demandado y demandante en acciones de antidiscriminación, las cuales, si bien son importantes, escapan del análisis actual.

En lo respectivo a la modificación que realiza al Código Penal, introduciendo el numeral 21 en su artículo 12 lo siguiente: “21^a. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca” si bien pareciera omitir ciertas categorías importantes (como la situación socioeconómica, idioma o la sindicación) parece ser un buen punto inicial en reconocer la existencia de una agravante centrándonos en la figura de la motivación del victimario. Podemos reconocer, de acuerdo con lo analizado en los capítulos precedentes, la falta de una profundización en cuanto a la calidad de la víctima del acto de odio, en tanto una categorización de cualidades que abren la puerta a la agravante es insuficiente si no establecemos las formas en que se da la vulneración de derechos de ciertos grupos a través de la emisión de este “mensaje de odio” emitido por el victimario, lo cual también debiese entenderse en la normativa. por tanto, sigue siendo posible avanzar y modernizar esta ley entendiendo la doble característica que tiene este tipo penal al respecto de los elementos que constituyen tanto el agresor como la víctima.

⁵⁰ Boletín 13867-17, Cámara de Diputados (2020) p.5

De la mano con el análisis anterior también podemos notar la falta del establecimiento de un tipo concreto de discurso de odio, lo cual debiese ser fundamental dentro de una ley antidiscriminación. Parecería buena idea también que dicha tipificación aprovechara las mismas formas de discriminación que establece el proyecto que busca modificar actualmente la ley, para así poder entender las distintas gravedades en que este puede existir y poder graduar correctamente las penas asignadas e acuerdo a la intensidad del discurso de odio emitido (por ejemplo, la diferencia que podría existir entre quienes llamen a agredir físicamente a un grupo de personas y quienes busquen excluir a un grupo de personas de un espacio físico o de un derecho).

De acuerdo con lo anterior, creemos que es de extrema necesidad realizar una modernización total de la normativa antidiscriminación nacional, considerando que el proyecto de ley que busca modificarla es un paso en la dirección correcta.

Respecto a la Ley 21.212 también llamada “Ley Gabriela”, podemos observar un avance muy importante en la modernización necesaria que requería la figura de femicidio en nuestro país. En su artículo primero establece distintas modificaciones importantes al Código Penal en materia de femicidio, dentro de las cuales destacan las realizadas al art. 390, agregando el 390 bis, eliminando la necesidad de que la víctima haya sido cónyuge o conviviente, ampliando correctamente la figura a otras circunstancias que puedan motivar el crimen de odio estableciendo que “La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”, así como también el nuevo art 390 ter reconoce que el delito pueda cometerse únicamente en razón del género de la mujer, indicando “El hombre que matare a una mujer en razón de su género será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.”. Sin entrar en mayor detalle de las causales que se establecen, es importante rescatar el establecimiento de un catálogo taxativo de situaciones para la aplicación de la figura basadas en espacios comunes de actos que llevan a la ejecución del delito de odio, como por ejemplo puede serlo el numeral 1° al incluir la situación de que ocurra ante la negación de realizar un acto sexual, o el numeral 2°, donde trata casos donde la víctima tenga una ocupación de carácter sexual, sin dejar espacio para ambigüedades en su utilización práctica.

Por otro lado, a pesar de considerar un supuesto bastante reducido al tipificar el discurso de odio, vale la pena considerar la ley 19.733 (Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo) a la hora de contextualizar la realidad chilena. Esta ley, en su artículo 31, establece una sanción en forma de multa a todo quien “por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad”. Sus problemas resaltan a primera vista y se reducen, en particular, a dos puntos. La primera de las problemáticas la podemos ver en que únicamente se puede aplicar a discursos emitidos a través de “medios de comunicación social”, el cual si bien es un término que recoge medios más nuevos como las diversas redes sociales que han aparecido en estos años, deja de lado un sin número de hipótesis, puesto que no es para nada improbable que se presenten discursos de odio en distintos contextos ajenos a medios de comunicación (por ejemplo, dentro de un ambiente laboral o un culto religioso), lo cual es en todo caso lógico, en tanto la utilidad de esta norma se agota fuera de su intención de regular el ejercicio de periodismo. Un segundo punto problemático es el reducido número de categorías a los cuales se refiere, lo cual ha sido un punto que se ha tocado anteriormente. Algo rescatable de esta normativa pudiese ser el aumento que existe en la pena respectiva en el caso de reincidencia del victimario, en tanto es ideal en leyes que se encarguen de discursos de odio una medición del injusto realizado, estableciendo un catálogo de penas que mantenga en armonía el principio de proporcionalidad. Si bien dentro del contexto acotado en el que se representa la presente ley es útil su existencia, es a todas luces insuficiente como única norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, tenemos la ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena, la cual establece de manera somera en su artículo 8 con una multa que indica “Se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales.”. Si bien es necesaria la existencia de leyes especiales respecto los pueblos y naciones indígenas, su vaguedad finalmente incide directamente en su calidad, puesto que además incluso una interpretación más extensiva del uso de la palabra “discriminación” no es tan útil cuando la legislación nacional no está muy avanzada al respecto y la envergadura del derecho a la igualdad no es tanta.

3.1.2. Proyectos de ley relativos a los delitos de odio.

Dentro del Anexo del presente trabajo, en la tabla 1, encontramos de manera esquematizada aquellos proyectos de ley relevantes que han sido presentados respecto crímenes de odio en nuestro país. Si bien han existido múltiples a través de los años, es necesario ahondar en algunos específicos, ya sea para rescatar la propuesta que traen, en tanto logran modernizar la legislación y acercarla a los estándares internacionales, o más bien porque terminan siendo ejemplos de ideas que debiesen evitarse puesto que en definitiva no siguen los lineamientos de una sociedad democrática ni cumplen estándares de Derechos Humanos.

Dentro de los primeros proyectos en que nos debemos fijar, es interesante el caso del aparentemente fallido anteproyecto de nuevo Código Penal que fue presentado el año 2018. El anteproyecto si bien ha perdido relevancia, presentaba importantes innovaciones, por ejemplo, en el ámbito de la ejecución de la pena. Sin embargo, en temas de delitos de odio no existía una mayor evolución respecto a la existente actualmente. Como se menciona en el anexo, incorpora agravantes particulares en varios de sus títulos, como por ejemplo podemos observar en su Título 1 “Delitos contra la vida y la salud”, artículo 213, “por rechazo o desvalorización del género, la orientación o identidad sexual, la apariencia o condición física o mental, la religión o ideología, la nacionalidad o el origen étnico de la persona afectada”⁵¹, la cual se replica sin ninguna variación sustancial a lo largo del anteproyecto salvo en circunstancia para tratar el femicidio (frente al cual o presenta ningún avance tan significativo como la ya aprobada Ley Gabriela). Las agravantes que presenta a lo largo de su cuerpo parecieran a su vez no ser más útiles ni eficaces que las ya incorporadas al actual código penal por la Ley 20.609, más allá de innecesariamente replicarlas de manera particular en cada título, lo cual más que ayudar a una mejor sistematización corre mayor riesgo de dejar hipótesis fuera de la agravante.

Una innovación relevante que importa al presente trabajo es la que realiza el artículo 588, que establece: “Incitación al genocidio. El que incitare pública y directamente a perpetrar genocidio será sancionado con prisión de 3 a 7 años”⁵². Si bien de acuerdo al análisis realizado y el marco normativo internacional esta es una norma necesaria y sensata, con cierto parecido a la idea de la tipificación de un discurso de odio (aunque a todas luces mucho más extremo), deja

⁵¹ Anteproyecto para Nuevo Código Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). p. 55

⁵² Ibid. p. 124

un gran espacio en tanto cuando hablamos de genocidio estamos en el punto más álgido de la situación, existiendo varios puntos intermedios respecto al propio discurso de odio u otras formas de delitos que se dejan fuera de esta nueva propuesta, que al menos en esta materia, no logra realizar los avances necesarios para ajustar el marco normativo nacional a los estándares exigidos por la normativa internacional.

En línea del análisis realizado en el título anterior, es que también se presenta un proyecto de ley que busca modificar y enmendar los problemas contenidos en la Ley 20.609, conocida también como “Ley antidiscriminación” o “Ley Zamudio”. Este proyecto, boletín 13867-17, reconoce que el mecanismo incorporado en la presente ley deja en una posición desprotegida a la víctima frente al denunciado, siendo el ejemplo más claro su artículo 12 que establece una multa en su contra en caso de ser infundada la denuncia realizada. En primer lugar el cambio más relevante se ve reflejado en las modificaciones propuestas al art. 2 en tanto las “razonables distinciones” que ponían en segundo plano el derecho a no ser discriminado se dejan atrás, estableciendo una definición mucho más moderna y correcta de discriminación, estableciendo cuatro variantes: Directa, indirecta, múltiple o agravada, estructural, además de incorporar la figura de “intolerancia” y entregando la solución de la colisión de derechos al juez⁵³, en vez de establecer a priori una jerarquización por debajo del ejercicio de otros derechos fundamentales. Como segunda modificación fundamental que busca la protección de la víctima en tanto se le entiende poseer una posición desprotegida frente al denunciado, se modifica el artículo 9 en tanto “Si de los antecedentes del caso existen indicios suficientes que permitan afirmar que existió un acto u omisión constitutiva de discriminación, el denunciado deberá fundamentar las razones de la medida o acción realizada y probar fehacientemente que ésta se encuentra fundamentada en un objetivo o justificación razonable y legítimo.”⁵⁴, elemento esencial en este tipo de acciones legales en razones de equidad y cumplimiento de acceso a la justicia. Por último, cabe recalcar que además concede la posibilidad de reparación e indemnización al afectado dentro del mismo proceso por las modificaciones realizadas al art. 3, en conjunto con el aumento de la posible multa al ofensor al confirmarse el acto discriminatorio.

⁵³ Boletín 13867-17, Cámara de Diputados (2020) p.6

⁵⁴ Ibid. p. 9

Otro proyecto novedoso que es útil rescatar es el contenido en la moción de boletín 14985-34 que busca modificar la ley 21.120, conocida como la ley de identidad de género, entre otros cuerpos normativos. En el cambio más relevante que introduce en la ley es el en el art. 3, donde entrega definiciones concretas respecto a la identidad de género, estableciendo una pauta útil para la consideración de actos discriminatorios aportando al contenido y ejecución de diversas leyes, como podría ser la misma ley 21.609. Dentro de las modificaciones a esta norma encontramos su avance más importante y sin precedentes en nuestra legislación es la incorporación del art. 5 bis, en donde se establece la “Prohibición De Intervenciones Quirúrgicas No Consentidas En Recién Nacidos Intersex”, es decir, la eliminación de la institucionalización de la mutilación genital que se realiza con miras a “normalizar” el cuerpo de recién nacidos que no se condicen con la lógica binaria de aparatos reproductivos masculinos y femeninos⁵⁵. Se hace evidente la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico una prohibición clara y un seguimiento de los casos existentes con un enfoque de inclusión social, así como de eliminación de su discriminación, en tanto actualmente si bien existen casos de notoriedad pública, no hay estadísticas rigurosas sobre personas intersexuales en nuestro país. La mayor crítica que podría establecerse respecto esta modificación sería la falta de sanciones y mecanismos concretos para evitar la realización de nuevas mutilaciones, así como también medidas de reconocimiento legal para personas intersexuales.

Otra innovadora modificación que realiza el proyecto en cuanto al ordenamiento chileno es respecto al CP y la incorporación del nuevo art. 161-D, que indica “Se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio a quien impartir u obligue a otro a recibir una terapia de conversión”⁵⁶, entregando posteriormente una definición concreta respecto lo que califica como terapia de conversión para la presente ley. Es importante destacar en particular esta parte del proyecto de ley, en tanto establece un estándar adecuado para la tipificación de diversos delitos

⁵⁵ La mutilación genital o cirugías de normalización realizadas por médicos en bebés al momento de su nacimiento, sin obtener consentimiento alguno, y sin ninguna finalidad real de conservación de salud del infante más allá de normalizar su apariencia para hacerlo encajar en un aspecto femenino o masculino es una práctica mundialmente realizada que ha tomado la atención necesaria en la sociedad moderna, en tanto dichas cirugías terminan en mutilaciones genitales cuando las personas, ya adultas, dan cuenta de poseer una identidad diversa a la forzosamente asignada por los médicos al intervenir sus genitales, con consecuencias irreversibles para su desarrollo psicosocial, ver: Mutilación Genital Intersex: Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía sexual, Informe de ONG (por período de sesiones) del 5to y 6to Informe Periódico de Argentina sobre la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ONG Justicia Intersex (2018).

⁵⁶ Boletín 14985-34, Cámara de Diputados (2022), p. 18

de odio que, a su vez, tiene la posibilidad de coexistir paralelamente con agravantes necesarias aplicable a otros delitos de odio que no requieren una tipificación en particular como este.

De las leyes analizadas en la tabla 1 la que ha tenido mayor atención y relevancia en la actualidad corresponde a la titulada Ley José Matías, boletín 13893-04, que modifica la Ley General de Educación. Si bien no establece directamente la tipificación de delitos que pudiéramos calificar de odio, es importante tenerla en consideración en tanto si da cuenta de una necesidad de especial protección a grupos discriminados y marginados, así como también la necesidad de entregar una respuesta institucional transversal a los actos de violencia que reciben. En este caso debemos tener a su vez presente la inspiración del proyecto de ley, el cual nace con posterioridad al suicidio de un joven transgénero que sufría violencia escolar por parte de sus compañeros de colegio, así como también de parte de funcionarios de este ⁵⁷. Los elementos más importantes son los mecanismos que moderniza y establece al modificar específicamente el art. 16 de la ley 20.370. Respecto al art. 16-B, dicta la obligatoriedad y responsabilidad del establecimiento educacional a hacer la denuncia respectiva al tribunal de familia competente, así como la adopción de todas las medidas que dicte su reglamento interno, siendo un avance respecto al rol pasivo que se le entregaba al establecimiento educacional anteriormente. El nuevo art. 16-D establece la especial gravedad de la situación discriminatoria cuando la realiza quien ostente un cargo de autoridad respecto del ofendido y tipifica la conducta discriminatoria de acuerdo a lo establecido en el art 403 bis y siguientes del CP, terminando por establecer una multa de 20 a 50 utm en contra del establecimiento educacional que no realizare la denuncia correspondiente ni tome las medidas correspondientes que establece la ley.

Finalmente, respecto a los múltiples proyectos de leyes estudiados, existe un gran número de ellos que buscan la tipificación del negacionismo y/o apología a la dictadura cívico militar que experimento Chile entre los años 1973 y 1990, respecto los cuales ninguno ha tenido mucho éxito avanzando de la fase del primer trámite constitucional. El gran número de estos proyectos en todo caso nos permite dar cuenta de una necesidad imperante en el país de hacerse cargo de grupos de extrema derecha que han perpetuado las nociones fascistas de la dictadura que sufrió Chile, así como también la necesaria protección de las víctimas de esta y sus familiares. Es especial la consideración que se debe tener respecto esta figura típica que busca

⁵⁷ Boletín 13893-04, Cámara de Diputados (2020), p.1

establecerse en tanto es específica y completamente atinente a la realidad chilena, como paralelamente podríamos entender la apología al nazismo que se encuentra proscrito en Alemania, donde el tipo recibe el nombre de “Volksverhetzung” (que podríamos traducir como “amotinamiento del pueblo”) y se encuentra en el artículo §130 de su Código Penal que trata sobre los discursos de odio, principalmente en su numeral (3) con penas incluso privativas de libertad significativas, el cual, traducido al español, señala (3)

“Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa será castigado quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice un hecho cometido bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el § 220a inciso 1, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública.”⁵⁸

Dentro de las múltiples instancias en donde se ha tratado de iniciar procesos legislativos que traten esta materia, el más destacable corresponde al proyecto boletín 11949-17, el cual se encuentra también en la tabla 1 del anexo. En dicho proyecto se realiza el ejercicio necesario de adecuar la normativa a los estándares de libertad de expresión que, como se ha analizado en los capítulos anteriores, establece la CADH y la CIDH. En tanto el PIDCP establece en su artículo 20° que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”⁵⁹, en nuestro país no existe una alternativa legal para alcanzar este estándar, es por aquello que el proyecto establece una alternativa tanto para el discurso de odio en general como el discurso de odio en su forma especial del negacionismo de la dictadura chilena, en consideración a la realidad nacional. Son tres artículos los que propone en esta línea, el art 161-C-D y el art. 161-E respecto al negacionismo. Dentro de los primeros dos artículos se tipifica directamente el discurso de odio como “incitación a la violencia” en primer lugar y como la difusión de ideas discriminadoras en el segundo artículo, estableciendo además correctamente una graduación en las penas de uno y otro (siendo más gravosas las penas establecidas en la incitación directa a la violencia, siendo de presidio menor en su grado mínimo y multa de 10 a 30 utm contra la prisión en su grado

⁵⁸ Traducción del Código Penal Alemán realizada en: LOPEZ, Claudia. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, Universidad Externado de Colombia. Bogotá (1999).

⁵⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), art 20.

medio y multa de 10 a 20 utm de la segunda variante), además de considerar como agravante la comisión del delito por funcionario público con ocasión de su cargo.⁶⁰

Respecto a la variante específica de negacionismo el proyecto la considera al agregar el art 161-E al CP que indica:

“El que a través de cualquier medio apto para su difusión, públicamente justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990 serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de veinte a cuarenta unidades tributarias mensuales.”⁶¹

El referido proyecto tiene a su favor que se hace cargo de dos elementos problemáticos al tipificar los delitos de odio, logrando su ajuste a estándares de DDHH y al marco internacional de los tratados ratificados por nuestro país, estableciendo la necesidad de proporcionalidad de la pena asignada a su comisión y reconociendo el ajuste del tipo frente al derecho a la libertad de expresión⁶², lo cual es el piso mínimo al momento de legislar seriamente sobre el tema.

Sirve la comparación con otros proyectos de ley impulsados sin buenos resultados en nuestro país como por ejemplo lo son los de boletín 7130-07 y 11331-07, los cuales si bien buscan establecer una sanción en contra de discursos de odio, se basa en hipótesis acotadas que no se hacen cargo de las múltiples situaciones que se viven en una sociedad moderna, ni tampoco de la realidad chilena al no incluir la noción de “negacionismo” en ninguna de sus modificaciones o hacerse cargo de la idea de proporcionalidad de las penas que establecen tanto para civiles comunes o funcionarios públicos. Si bien el proyecto boletín 7030-07 introduce un concepto interesante al incluir dentro de su propuesta la idea de “grupos vulnerables” como objeto de las agresiones que tipifica, no ahonda lo necesario en el para sujetarse a la noción que se desprende de la doctrina internacional. Otros proyectos únicamente buscan la tipificación del discurso de odio negacionista como lo es el 8040-17, el cual a su vez termina siendo incompleto por las mismas razones enunciadas, así como también por la razón que no se establece un tipo

⁶⁰ Boletín 11949-17, Cámara de Diputados (2018) p.10

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid. p. 6

base de discurso de odio ni tampoco se hace cargo de la hipótesis en que este sea cometido por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

3.2. Análisis del caso del movimiento chileno Patria Nueva Sociedad y el fallo del Tribunal Constitucional

La actual situación chilena parece ilustrarse de buena manera en el análisis del fallo de nuestro Tribunal Constitucional respecto al Caso del movimiento político “Patria Nueva Sociedad”, el cual tendría inspiración de ideas nazis y fascistas, profesando sus visiones por diversos medios, como congresos y por páginas webs de alcance incluso internacional. Entre los requirentes encontramos a miembros del MOVILH (Movimiento de Liberación Homosexual) y de la Juventud Judía en Chile. Si bien el líder de dicho movimiento señala que no siguen ideologías nazis o nacionalsocialistas, esto entra en contradicción por la organización de un fallido “congreso nazi” (bautizado con este nombre por el mismo movimiento) y de su participación en la página web “www.libreopinion.com” (la cual actualmente redirige a la página “frentepatriota.org”, nueva página de grupos con visiones similares especialmente en Argentina).

Desde un principio puede notarse la exacerbación del derecho a la libertad de pensamiento y a la idea de “pluralismo” en una democracia por parte del TC⁶³, llegando incluso al extremo de que “en una democracia todas las ideas deben ser respetadas, aun las que parecen más adversas a la autoridad”⁶⁴ Remitiéndose incluso a normativa internacional para justificar dichos planteamientos, omitiendo que ellas también llaman a establecer delimitaciones para la noción de libertad de expresión. Si bien señala correctamente que el discurso de odio es una figura que no debiese verse amparada por la libertad de expresión, y que cualquier forma de limitación de acuerdo con la normativa internacional debe ser legalmente establecida.

Un primer error a nuestro parecer es el de considerar cualquier forma de limitación a la libertad de expresión como algo excepcional y de “ultima ratio”⁶⁵, siendo una conclusión del TC que carece de sustento en la normativa internacional, toda vez que lo extrae únicamente de que esta normativa relevante a la limitación de la libertad de expresión debe ser interpretada restrictivamente (lo cual no es sinónimo de que se deba utilizar como ultima ratio). Pareciera ser a todas luces que esta afirmación nace de la valoración que hacen los ministros del “pluralismo político” en una democracia (un segundo error a nuestro parecer, en cuanto la

⁶³ TC. Rol N° 567 (2006): sentencia de 2 de junio de 2010. p.24

⁶⁴ Ibid. p.25

⁶⁵ Ibid. p.39

apreciación misma de esta noción), aunque ciertas ideas “incomoden” tanto a la autoridad como a la ciudadanía, subestimando y obviando de todas formas el impacto que una ideología basada en el nazismo tiene asimismo en dicha noción que dicen proteger, en tanto tampoco ven valor en la “pluralidad” y diversidad que aportan las personas directamente afectadas por los discursos de odio.

Posteriormente el TC entra a hacer un análisis de los tres elementos que debe tener en consideración a la hora de sentenciar si una organización política merece la sanción prevista en el art. 93 n°10 de la CPR; el elemento subjetivo, elemento objetivo y elemento material.

Respecto al elemento subjetivo no hay mayor discusión en tanto se establece que no es necesario que el movimiento en cuestión posea personalidad jurídica, por tanto, es susceptible de ser sancionado.

En cuanto al elemento objetivo verifica los actos y conductas que podrían traducirse en la inconstitucionalidad, destinados a un propósito político, la cual debe ser externa, concreta y positiva.⁶⁶

El último elemento, el material, es respecto a las características que deben revestir las conductas objetivas para ser merecedoras de la sanción de inconstitucionalidad, considerando el TC tres hipótesis desprendidas del art 19 n°15. En primer lugar, de carácter general, se considerará sancionable a la organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten “los principios básicos del régimen democrático y constitucional”. Las otras dos hipótesis específicas son que busque el establecimiento de un régimen totalitario o que haga uso de la violencia, la propugne o incite a ella como método de acción política, debiendo observarse el conjunto sistemático de actos conducentes a dichos fines y no conductas aisladas⁶⁷.

Finalmente, el TC opta por desestimar la solicitud de los requirentes, quizás yendo en contra de la idea citada de Nogueira Alcalá, en tanto analiza elementos y los desecha de manera particular y no analiza el conjunto de actos del movimiento Patria Nueva Sociedad. Entiende que el llamado “congreso nazi” era una táctica más publicitaria que una propuesta ideológica, no da relevancia a la participación de los líderes del movimiento en páginas y foros web

⁶⁶ Ibid. p.45

⁶⁷ NOGUEIRA, Humberto. Derechos fundamentales y Garantías Fundamentales, T. II, Edición librotecnía, Santiago (2008), p.596

abiertamente nazis o fascistas únicamente con la razón de que la pagina tenía una dirección IP de argentina y finalmente no considera la utilización de simbología que evidentemente busca emular aquella del nacionalsocialismo nazi. Estos errores a la hora de apreciar el caso debiesen ser repudiados, puesto que además pareciera ser un análisis sesgado por la ideología que exagera la libertad de expresión por sobre cualquier otro derecho fundamental, no admitiendo una limitación real alguna (únicamente como “ultima Ratio”, pues lo contrario sería peligroso para la democracia), se excluye el mismo análisis sistemático de los actos del movimiento, cual debiese ser la forma correcta de evaluar si se está atentando en contra de los valores de la sociedad democrática. Cabe destacar, como se menciona en un informe presentado ante el congreso en virtud de la moción parlamentaria boletín 7130-07, “En este contexto, la aplicación de sanciones penales no debe ser sino un elemento más, y uno de ultima ratio en vistas a prevenir y castigar las vulneraciones de derechos a las minorías, meta hacia la cual también se debe avanzar mediante normas de promoción de los derechos humanos y políticas preventivas que antecedan al ejercicio punitivo del Estado.”⁶⁸entendiéndose en este contexto también la sanción contemplada por la constitución para movimientos que promuevan estos discursos de odio.

Es de especial importancia citar el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en especial su numeral b), en tanto establece:

“Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:(...)

⁶⁸ Boletín 7130-07, Senado (2010), p.6

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;”

A modo de conclusión podemos entender un menosprecio por parte del TC a los actos realizados por el movimiento, una falta de comprensión de cómo afectan estos actos a la realidad material de las minorías discriminadas por el nacionalsocialismo y la carencia de uso correcto de la normativa internacional pertinente y de los diversos estudios y recomendaciones realizados a países latinoamericanos en materia de eliminación de distintas formas de discriminación.

Si bien dentro del contexto de la jurisprudencia chilena se ha notado un nulo avance en esta materia, para poder comprender mejor sus falencias resulta también pertinente revisar la experiencia comparada. En Argentina, respecto un caso similar y un movimiento político muy parecido a Patria Nueva Sociedad, se resuelve lo contrario. Es también curioso como la Corte Suprema argentina les otorga la relevancia adecuada a los actos del movimiento político y a la prueba presentada, que incluso coincide con el caso chileno en tanto ambos movimientos participaban activamente de “www.librepensamiento.com” y tenían un estrecho vínculo.

3.2.1 Comparación especial con el caso argentino y Fallo de la Corte Suprema respecto el Partido Nuevo Triunfo

Como se adelantó anteriormente, la Corte Suprema argentina con fecha 17 de marzo de 2009 conoce del caso sobre el partido político Nuevo Triunfo, en cuanto a su solicitud de reconocimiento como partido político. Si bien el caso concreto y la forma en que se conoció sobre estos movimientos políticos no es exactamente la misma, se logra reconocer y comparar la postura de uno y otro tribunal respecto al rol de la libertad de expresión en una sociedad democrática, así como también el impacto de los discursos de odio en esta misma.

En el Fallo de la Corte Suprema Argentina se niega el reconocimiento como partido político a Nuevo Triunfo y cita, a nuestro parecer, de forma correcta la normativa internacional. Entiende que el estado debe tomar un rol activo en la supresión de la discriminación y el odio, tanto a través de la aplicación de la ley como su interpretación, en contra de actos que atenten tanto directa e indirectamente contra grupos de personas. La Corte Suprema entiende que “Un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas.”⁶⁹, encontrando una diferencia sustancial con lo propuesto por nuestro TC, quien avoca por un rol más pasivo del Estado en la intervención de este tipo de movimientos, priorizando la protección de la libertad de expresión que según él está en juego por sobre una interpretación (que aún debe seguir siendo restrictiva) que le permita sancionar su existencia.

Se puede seguir con el paralelo de ambos casos en cuanto ambas agrupaciones basan sus defensas en sus propias declaraciones de principios y preámbulos de partidos. La CS argentina sin embargo, entiende que “si las declaraciones oficiales de la conducción de un partido inconstitucional son usadas para encubrimiento, y el programa del partido se sostiene con 'cautela', entonces la letra del programa y las declaraciones de lealtad —en relación a las que el SRP hace referencia como medida de prueba— no tienen valor probatorio para los verdaderos objetivos partidarios”⁷⁰, priorizando un análisis concreto del actuar de la agrupación, dentro de lo cual también incorpora la participación de la agrupación en portales web internacionales que

⁶⁹332:433, Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia 17 de marzo de 2009. p.8

⁷⁰ Ibid. p. 31

fundan sus pensamientos en ideas fascistas, es más, nombra la misma página web a la cual pertenecían los líderes del movimiento Patria Nueva Sociedad, “Ciudad libertad de opinión”, alojada en “www.libreopinion.com”, evidenciando las contradicciones entre el preámbulo del partido y la forma en que buscan incidir en la esfera pública, la cual por develarse a través de una página web no lo hace menos relevante, en tanto actualmente hemos visto como pensamientos de grupos fascistas proliferan mediante esta vía⁷¹, por lo que subestimarlos termina siendo un error cruel para aquellas víctimas del odio que instigan.

Por lo tanto, compartimos la visión de la CS argentina, en tanto Es un deber del estado desincentivar aquellos actos de connotación discriminatoria que busquen atentar contra la integridad de un grupo de personas, entendiendo que el mayor problema con el fallo chileno subyace en cuanto a la apreciación de las elementos materiales que realiza el tribunal y la forma en que los analiza separadamente, subestimando cada uno de ellos y no comprendiéndolos como actos ejercidos de manera sistemática en contraposición a las declaraciones de principios del movimiento, y también como no reconoce la obligación de que el estado tome de forma activa caminos para eliminar las formas de discriminación que afloran dentro de la sociedad.

El TC establece en tanto que “Una democracia que no proteja los derechos de las personas pierde legitimidad. Es decir, los derechos humanos, entre ellos la libertad de pensamiento, de expresión y el derecho de asociación forman parte esencial de “los principios básicos del régimen democrático y constitucional”⁷²,y si bien hemos expuesto que las limitaciones a la libertad de expresión no necesariamente representan una colisión de derechos en tanto esta no ampara a los discurso de odio, que el tribunal ni si quiera reconozca que existe una colisión con el derecho a la igualdad no parece satisfacer lo que exige la normativa internacional.

El artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es bastante clara en este sentido, la idea de excepcionalidad y “ultima ratio” de las sanciones contra grupos que promuevan ideas de odio no es algo incorporado acá

⁷¹ En Chile se ha evidenciado esto a través, por ejemplo, del caso de nido.org, donde s proliferaba el ciberacoso de tintes misóginos potentes. BLASCO, Lucía (2019). *Caso Nido en Chile: el controversial foro de internet en medio de "uno de los mayores episodios de ciberacoso" en el país*, BBC News Mundo. Recuperado el 21 de junio de 2022, del sitio web <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47403186>

⁷² TC. Rol N° 567 (2006): sentencia de 2 de junio de 2010. p.49

ni en la normativa internacional, por tanto, tampoco debiese ser usado como un argumento que exonere de responsabilidad al Estado cuando permite la proliferación de agrupaciones basadas en ideologías racistas, xenofóbicas, homófobas, u alguna otra forma de discriminación.

3.3 Análisis de la relevancia del proceso de redacción de nueva constitución en Chile del año 2021 y 2022

Dentro del escenario político chileno actual se desarrolló en un proceso democrático y participativo la elaboración de una nueva propuesta de Constitución con miras a reemplazar la actual, vigente desde el año 1980, la cual será votada en un plebiscito con fecha 4 de septiembre del año 2022. Es importante considerarla en sus avances e innovaciones en materias referidas a DDFF, específicamente en lo relacionado a libertad de expresión y no discriminación. Si bien en el Capítulo 2 se realiza una evaluación desde el derecho internacional respecto la forma posible de abordar la situación en nuestro país, resulta claro que nos remitimos a este ámbito en tanto, constitucionalmente, Chile carece de herramientas eficientes para establecer un marco normativo cohesionado vinculado a la tipificación de crímenes de odio, en tanto la posición defendida es la favorable a su tipificación, es posible el surgimiento de diversas interpretaciones y problemas.

El observar la propuesta de nueva Constitución, a priori, nos encontramos con una norma que entra a corregir rápidamente este dilema interpretativo, ya que en su artículo 15 indica que

“1. Los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional

2. El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos”⁷³

Lo más relevante es que se otorga certeza y fin al debate sobre el rango constitucional e la normativa internacional ratificada por el Estado chileno, por un lado, y por el otro lado establece de manera muy necesaria la obligación del estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones de DDHH de manera clara, en línea con la lógica de la postura defendida en el Capítulo anterior.

⁷³ Propuesta de Constitución Política de Chile, Convención Constitucional. LOM Ediciones, Santiago (2022), p.8

Así como nos permite una interpretación más clara de la normativa, la Propuesta también posee un catálogo de derechos mucho más contundentes que lo que encontramos en la Constitución actual en materias de igualdad y no discriminación. En cuanto este aspecto son relevantes los artículos 25, 27 y 53 de la Propuesta.

Su artículo 25 parte indicando que “toda persona tiene derecho a la igualdad (...)” para posteriormente avanzar en dicha consagración. En su inciso 4 establece un completo catálogo de categorías de hipótesis de discriminación, pero su aporte más importante vendría en el inciso 5, realizando reconocimientos importantes basados en normativa internacional y estudios como los que han sido citados en el presente trabajo, toda vez que en el indica:

“5. El Estado adoptará todas las medidas necesarias, incluidos los ajustes razonables, para corregir y superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo. La ley determinará las medidas de prevención, prohibición, sanción y reparación de toda forma de discriminación, en los ámbitos público y privado, así como los mecanismos para garantizar la igualdad sustantiva. El Estado debe tener especialmente en consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo.”⁷⁴

Es un gigantesco paso en materia legislativa constitucional reconocer, dentro del marco de la igualdad, la existencia de grupos marginalizados quienes por factores externos (los cuales deben ser erradicados por el estado) son incapaces de, en lo material, alcanzar el ejercicio pleno de sus derechos comparativamente frente a otros grupos de personas. Establecer como un “deber” en cierta manera, procurar la eliminación de esas barreras no solo hace adecuar la labor del aparato estatal a la normativa internacional, si no también ofrece un reconocimiento a las experiencias concretas de esos grupos de personas y sus realidades, más allá de la utilidad legislativa a la hora de la tipificación de los delitos de odio, en miras de generar mecanismos de reparación para y con las comunidades, algo esencial a la hora de intentar sanar el tejido social.

Esta idea encuentra continuidad en el artículo 27 de la propuesta, el cual indica:

⁷⁴ Ibid. p. 10

“1. Todas las mujeres, las niñas, las adolescentes y las personas de las diversidades y disidencias sexuales y de género tienen derecho a una vida libre de violencia de género en todas sus manifestaciones, tanto en el ámbito público como en el privado, sea que provenga de particulares, instituciones o agentes del Estado.

2. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para erradicar todo tipo de violencia de género y los patrones socioculturales que la posibilitan, actuando con la debida diligencia para prevenirla, investigarla y sancionarla, así como brindar atención, protección y reparación integral a las víctimas, considerando especialmente las situaciones de vulnerabilidad en que puedan hallarse.”⁷⁵

En ámbito de herramientas para combatir la discriminación en contra de grupos marginalizados, establecer un deber-ser a través de un derecho de una vida libre de violencia (de género) impone un enfoque institucional que apunta a un estándar mínimo de convivencia social que permita el pleno desarrollo y goce de sus derechos. Es imperante, a su vez, generar las modificaciones necesarias a los cuerpos normativos ya existentes para aterrizar la noción de erradicación de violencia y patrones socioculturales, lo cual debe impulsarse primeramente desde la esfera pública del Estado mismo. Se sigue la misma línea y la idea encuentra su conclusión en el artículo 53, que señala:

“1. Derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia. Es deber del Estado proteger en forma equitativa el ejercicio de este derecho a todas las personas, a través de una política de prevención de la violencia y el delito que considerará especialmente las condiciones materiales, ambientales, sociales y el fortalecimiento comunitario de los territorios.

2. Las acciones de prevención, persecución y sanción de los delitos, así como la reinserción social de las personas condenadas, serán desarrolladas por los organismos públicos que señalen esta Constitución y la ley, en forma coordinada y con irrestricto respeto a los derechos humanos.”⁷⁶

⁷⁵ Ibid. 12

⁷⁶ Ibid. 23

Si bien incorpora las necesidades de tipificación de crímenes y persecución que importan al presente trabajo, la idea de fortalecimiento comunitario, la cual es en sí misma trascendental socialmente hablando, es importante que haga eco también en la idea de comunidad dentro de los grupos discriminados de la sociedad, que nos ayudan a fortalecer las posibilidades de inserción, ejercicio pleno de derechos e inserción social en plano de igualdad frente al resto.

Finalmente también se deben destacar otros artículos que permiten expandir la perspectiva anti discriminación y fortalecer el derecho a la igualdad, como lo es el reconocimiento de las personas con discapacidad en el artículo 28, el reconocimiento novedoso de la neurodiversidad y personas con trastornos psicológicos o psiquiátricos en el artículo 29, la proclamación de los derechos de las personas privadas de libertad en el artículo 30, y las consideraciones a los pueblos y naciones indígenas a lo largo del cuerpo de la propuesta, con especial relevancia en el caso del artículo 34.

Es innegable el avance que significaría esta Propuesta de ser aprobada en las materias estudiadas, y aunque eso no llegase a ocurrir, no se puede permitir que el proceso democrático que logró su redacción sea desechado sin rescatar los elementos que aportó a la discusión política propiamente tal, más allá de circunstancias particulares sensacionalistas. En el Reglamento definitivo de la convención, dentro del Párrafo 2° titulado “Principios rectores del Reglamento” se identifican elementos importantes de tener en cuenta., en especial en las letras a y b señalando que

“a) Preeminencia de Derechos Humanos. Marco conceptual, metodológico e interpretativo cuyo fin es promover, proteger y dar cumplimiento irrestricto a los principios, derechos y estándares reconocidos en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

b) Igualdad y prohibición de discriminación. Adopción de medidas efectivas para lograr la igualdad sustantiva en dignidad y derechos, inclusión, respeto mutuo y participación de todas las personas y pueblos, especialmente de grupos históricamente excluidos o invisibilizados, prohibiéndose toda forma de discriminación.

Todas las y los convencionales constituyentes son iguales en deberes, obligaciones y derechos, se deben respeto mutuo y se reconocen legitimidad para participar en el proceso.”⁷⁷

Incorporar dichos elementos a la discusión política de manera cívica es una necesidad. La política no debe ser un espacio de validación de posturas que buscan la transgresión de los DDHH. Las nociones anquilosadas de que “en la política todo vale” hoy no se sostienen en cuanto entendemos el impacto de ciertos discursos en la vida pública y privada de los grupos marginalizados, y cuando dichos discursos contrarios a DDHH se validan en la discusión política e instalan ideas dentro de las agendas legislativas o gubernamentales, aunque estén destinadas al fracaso por carecer muchas veces de un sustento serio para manifestarse, por ejemplo, en una ley, si se genera un efecto, ya comentado, dentro de la esfera de sujetos históricamente discriminados. Un ejemplo claro en nuestro país fue en su momento la llegada del “bus de la libertad”⁷⁸ y la manera en que sectores políticos lo utilizaron para instalar discursos transfóbicos sin maquillaje alguno. Establecer lineamientos de discusión política podría ser considerado algo antidemocrático o contrario a la libertad de expresión por los grupos que ven amenazadas sus agendas por aquello, pero cuando entendemos que las bases de una sociedad democrática son los DDHH, buscar su protección no es sino el acto más fiel a los principios democráticos que se podría realizar.

⁷⁷ Reglamento General De La Convención Constitucional. Convención Constitucional (2022) p. 2

⁷⁸ El bus de la libertad fue un acto de expresión con características homo y transfóbicas que buscaba instalar un mensaje a través de su lema “los niños tienen pene. Las niñas tienen vulva. Que no te engañen”, realizando activismo en contra de las leyes que buscan proteger a la comunidad LGBTQ+. GONZALEZ, Tomas (2020). *Gobierno condena “Bus de la Libertad”, pero descarta tomar medidas para evitar su mensaje transfóbico*, Diario Uchile. Recuperado el 21 de junio de 2022, del sitio web <https://radio.uchile.cl/2020/11/23/gobierno-condena-bus-de-la-libertad-pero-descarta-tomar-medidas-para-evitar-su-mensaje-transfobico/>

3.4 Elaboración de una propuesta adecuada para Chile

En atención a lo estudiado con anterioridad en este trabajo, se hace posible ver diversas necesidades que tiene nuestro país con tal de satisfacer los estándares de DDHH respecto a personas pertenecientes a grupos socialmente marginalizados. Las leyes existentes son insuficientes y reduccionistas ya sea al jerarquizar DDDF en detrimento de la protección de las personas discriminadas (Ley 21.609) o al mantener figuras relacionadas al discurso de odio a situaciones muy particulares (Ley 19.733), sin tampoco contar con un gran repertorio de leyes que escapen de las lógicas punitivas para abordar el problema, aunque tampoco podemos desconocer los necesarios avances en la materia (Ley de identidad de género o la de matrimonio igualitario, por ejemplo).

A nuestro juicio el modelo ideal que debiese seguirse es el español, donde además de incorporar una agravante genérica en su artículo 22.4 (“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”⁷⁹), se establecen crímenes de odio de manera especial y particular en los artículos 170.1 y 314. El primero de estos artículos, a modo de ejemplo, establece:

“Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”⁸⁰

⁷⁹ Código Penal Español, Ley orgánica 10/1995 (1996) art. 22.4

⁸⁰ Ibid. art. 170.1

A primera vista podemos ver la necesidad de establecer los delitos en esta doble modalidad, la cual es que, aunque exista una agravante genérica, existen hipótesis específicas de delitos que probablemente queden fuera (como en este caso es el artículo 170.1).

La situación chilena actual está muy cercana a esta lógica con la ya revisada agravante del artículo 12 numeral 21 del CP. Respecto a la existencia de esta agravante, consideramos la necesidad de modificarla para superar un par de dificultades, una de las cuales podemos desprender de la sentencia de Nicole Saavedra que se verá más adelante: debe quedar explicitado que con la ocasión de la concurrencia de uno de los motivos (es importante recalcar el plural, puesto que pueden ser varios elementos los que concurren y merecen un reconocimiento dentro de la condena en caso de existir), no necesariamente este debe ser el motivo principal o único de la comisión del delito entendido a priori, sino que también puede ocurrir que concurra la motivación durante la ejecución del delito. Un argumento en la sentencia era que el criminal actuaba de manera “oportunista”, lo cual no deja de ser cierto cuando entendemos que un actuar oportunista puede devenir en un acto de odio o discriminatorio posterior.

En cuanto a materia especial nuestro país cuenta con un deficiente catálogo de tipos. A pesar de las críticas existentes tenemos leyes de calidad que debiesen a lo menos servirnos de guía para comenzar a completar un catálogo suficiente para la persecución eficaz de crímenes de odio, como lo es en este caso la Ley 21.212, conocida como Ley Gabriela. Esta ley debiese ser un punto inicial y ejemplo por seguir frente a la tipificación de nuevos tipos. El establecimiento de hipótesis claras de aplicación y la protección específica a un grupo de personas en contextos determinados de ejecución del delito, principalmente en las modificaciones que realizó al artículo 390 del CP, son requisitos básicos para la convivencia armónica de la norma junto al derecho a la libertad de expresión, mientras busca el reconocimiento legal de un acto delictivo que históricamente se ha cometido contra un grupo oprimido, como es en el caso, las mujeres.

Teniendo eso en consideración ahora debemos declarar cuales son los tipos especiales que debiésemos pensar para poder avanzar en la materia. La mayoría de ellos se han visto a lo menos esbozados en proyectos de ley recopilados, dentro de los cuales la idea con mayor reincidencia son los que buscan tipificar los discursos de odio, con especial atención al negacionismo o la apología de la dictadura cívico militar chilena. Una propuesta como la del

proyecto de ley boletín 11949-17, en línea con los planteamientos de Derecho Internacional, y que busque tipificar la incitación al odio propiamente tal, en conjunto con el negacionismo y apología a la dictadura, es consciente con la realidad concreta de Chile, lo cual es absolutamente necesario a la hora de legislar en esta materia, puesto que debe ser atinente a la realidad social nacional⁸¹.

Otros tipos que debiesen incluirse en avances ideales, de acuerdo a lo que se ha revisado, son a su vez evoluciones necesarias frente a una sociedad moderna que transforman en una necesidad identificar nuevas situaciones de crímenes que quedan fuera de la legislación actual, como lo son la tipificación frente a la impartición de terapias de conversión y la tipificación de la mutilación genital. El primero debiese tener en cuenta tanto a quienes realizan dichas terapias como a quienes obligan a otros a participar en ellas, teniendo especial consideración con niños, niñas y adolescentes en condiciones de vulnerabilidad por el contexto en el que viven. En nuestro país han existido instancias ocupando fachadas incluso religiosas⁸². En esa misma necesidad de estar a la altura de una sociedad moderna es la tipificación de la mutilación genital, o más específicamente para no confundir con tipos ya existentes, la tipificación de cirugías de “normalización” genital. Siendo una práctica por muchos años realizada por médicos con recién nacidos cuyos genitales no respondían a las lógicas sexuales binarias (es decir, tenían características intersexuales), estos se tomaban la atribución de intervenir quirúrgicamente sus cuerpos, acomodando sus genitales a la percepción de aquello que creían les “correspondían”⁸³. Debido al vacío que se ha generado a través de los años en estos casos y la forma en que se invisibiliza tras correcciones quirúrgicas necesarias y practicas medicas tradicionales, es necesario entregar herramientas no solo de inclusión, si no de criminalización de cualquier acto que busque mutilar a una persona sin su consentimiento o en una edad donde el discernimiento no existe.

⁸¹ rescatando un ejemplo de la legislación española revisada, donde se incluye dentro de las agravantes genéricas a los delitos la motivación “anti gitana” de estos.

⁸²Ministerio de restauración en Las Condes es un caso denunciado ante el MOVILH donde puede darse cuenta de movimientos con intenciones de realizar terapias de conversión, ocurrido el 30 abril 2020. MOVILH. XIX Informe Anual de Derechos Humanos 2020. (2021) p.133

⁸³ Como se había evidenciado anteriormente, existe tan poco avance en esta materia que no existen reportes exactos de cuantos niños y niñas intersex nacen al año, pero se estima que son unos 50, y lo suficiente a nivel global para que casos hayan tomado notoriedad frente a la ONU. GUZMAN, Claudia (2016). *Cambiados al Nacer*, Crónica El Mercurio. Recuperado el 20 de junio de 2022, del sitio web <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=233702>

Otro importante cambio legislativo que debe darse en nuestro país es la modernización de la ley antidiscriminación. En ese sentido los cambios que busca introducir el proyecto de ley boletín 13867-17, que ya se había mencionado, son necesarios. Se deben otorgar herramientas legales para fortalecer la ley 21.609 y hacer efectivas las sanciones que contiene, así como también debe buscarse facilitar el procedimiento para la víctima, o mejor dicho, equiparar su situación respecto de la del denunciado en cuanto a cargas probatorias, como por ejemplo, invirtiéndolas frente a indicios suficientes de discriminación teniendo a la vista un catálogo de “categorías sospechosas” dentro de la misma ley para que este ejercicio se adecue a principios de seguridad jurídica.

De la mano con las modificaciones a la ley antidiscriminación deben establecerse mecanismos de reparación efectiva para las víctimas cuyo agravio sea demostrado, estableciendo un abanico de posibilidades de medidas que los jueces pudieran tomar, ya sea como pagos indemnizatorios, reincorporación a espacios de trabajos, pagos en beneficios de fundaciones u otros que vayan en la misma línea. Al fin y al cabo, si lo que se busca es un mecanismo que proscriba la discriminación y la sancione efectivamente, se debe tener una interpretación “pro-persona discriminada”, principio que debe ser incorporado en la legislación pertinente a estas materias

3.4.1 Mas allá de la tipificación: El caso de Nicole Saavedra y el documental “silenciadas”

Dentro del análisis pragmático y conceptual se vuelve necesario dar un par de pasos atrás y revisar la realidad desde el punto más humano que nos lleva a las necesidades planteadas en el presente trabajo. Entender las problemáticas desde las vidas de la gente común y corriente que es víctima de actos de odio y debe enfrentarse a ellos junto a una institucionalidad deficiente, la cual no está preparada ni para entender ni atender sus vicisitudes, es un ejercicio que es fácil de olvidar dentro de la discusión jurídica, lo que hace indispensable reparar en él. En miras de aquello es que un buen elemento nacional digno de considerar es el documental “Silenciadas” que repasa el crimen (a juicio propio) lesbofóbico de Nicole Saavedra.

El documental Silenciadas comienza mostrando un hogar en la pequeña población La Unión, ubicada en el Melón, V región de Chile, lugar donde vivió Nicole Saavedra Bahamondes, joven lesbiana asesinada en junio del 2016 y delito sobre el cual se realizó audiencia de lectura de sentencia el día 29 de octubre del 2021, condenando a Víctor Pulgar Vidal por secuestro con violación y homicidio a presidio perpetuo calificado, la pena máxima posible. En la localidad es una de las primeras veces que se trae a la palestra un crimen de estas características, y es el mismo diario de la zona, “El observador”, el cual en primera plana lo informa, como da cuenta Gustavo Rodríguez en el minuto dos, editor del diario.

Desde el minuto 10 del documental la madre de Nicole, Olga Bahamondes, y su prima, María Bahamondes ofrecen relatos sobre la habitualidad de la violencia que recibía diariamente, lo cual evidencia una realidad cruda, existe una normalización de vivir una vida violenta siendo una persona perteneciente a un grupo históricamente marginalizado (como mujer y lesbiana, en este caso) no solo por parte de sus entornos y el Estado ausente, sino que también por parte de las mismas personas que sufren de esa violencia. La madre como la prima de Nicole hablan sobre el acoso callejero, de guardias de seguridad en supermercados e incluso altercados con grupos homofóbicos de personas de los cuales ella debía huir, que llegaron a terminar en agresiones físicas contra su persona, ella “siempre contaba cosas así”⁸⁴, dice su madre. En estas situaciones muchas otras personas podrían optar por la invisibilidad y el ocultamiento de sus identidades, pero en una sociedad que pregona principios de libertad y no discriminación, no

⁸⁴ Santos, M., Montecinos, B. (directoras). (2018). Silenciadas [documental] minuto 10:20.

debiese si quiera existir esa opción, y en caso de renegarla, sus consecuencias no debiesen ser como las que Nicole Saavedra sufrió.

Silvana del Valle también ofrece su relato y cuenta la forma en que fue recibida por Fiscalía, y en particular, el fiscal a cargo del caso. Desde el minuto 17 da cuenta de un absoluto desinterés y falta de diligencia por parte de la institución, toda vez que el fiscal (que luego sería reemplazado) parecía desconocer antecedentes básicos del caso. No sería sino con la presión de la sociedad civil que se lograría visibilizar mediáticamente la situación del caso y se presionaría de fiscalía a realizar el trabajo correspondiente y necesario de investigación, lo cual también nos lleva a la pregunta que podría suceder de casos que no alcanzan este nivel de visibilización (existen claro ejemplos en nuestro país de aquello, como sucede con las circunstancias de la muerte de Ana Villarroel, conocida como Anna Cook, o Emilia “Bau” Herrera).

A juicio de la CIDH, en informe del año 2015 comenta “La discriminación en la sociedad, sumada a la impunidad, la falta de investigación efectiva y la ausencia de un enfoque diferenciado en la investigación y sanción de los delitos cometidos contra las personas LGBTIQ+, generan que la violencia sea condonada y conducen al fracaso en la eliminación de la misma”⁸⁵, lo que da cuenta finalmente que no es suficiente establecer una “igualdad” formal de manera institucional (de la misma forma, como ya se vio, respecto a la esfera punitiva), la generación de unidades especializadas que logren suplir la falta de formación y dirección con sentido a la realidad de personas que no se logran representar dentro del estándar actual dentro de los organismos públicos se vuelve una necesidad para superar la brecha representada tanto en el comentario de la CIDH, como en las experiencias relatadas en el documental, por tanto avances como fiscalías especializada en género y violencia intrafamiliar se vuelven muy apreciados.

En cuanto a lo que finalmente terminó siendo la sentencia del caso respectivo, que se dictó con posterioridad al estreno del documental, es posiblemente el mejor esfuerzo judicial nutrido de doctrina pertinente por dar una respuesta tanto jurídica como social al crimen cometido contra Nicole Saavedra, sin en ningún momento caer en populismo o activismo judicial, otorga una justificación cohesionada a la decisión arribada. Lo anterior sin perjuicio de

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 (2015) p. 236.

que puedan existir discrepancias respecto a un par de puntos en particular desde la perspectiva que se ha establecido a lo largo de este trabajo, debiese este consolidarse como el estándar para intentar acercar estos casos al concepto de “justicia”, que pareciera escurrir escapando de situaciones como esta.

La sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Quillota el día 21 de octubre del 2021 y comunicada el día 29 del mismo mes posee un punto que es el más relevante y pertinente de analizar, en cuanto esta rechaza la concurrencia de la agravante prevista en el artículo 12, numeral 21. El razonamiento del tribunal concluye que “la circunstancia agravante exige, además, que el delito haya estado motivado única o principalmente por la discriminación o el odio hacia la víctima, provocado por dicha condición, lo que no resultó acreditado, según se explicará a continuación.”⁸⁶, partiendo lógicamente que se considera por parte de las jueces que no existe motivación “única” por motivo de la sexualidad de Nicole, principalmente entendiendo la reincidencia del sujeto en la comisión de delitos de carácter sexual. “Estos otros delitos, cometidos en contra de mujeres no lesbianas, nos conducen a pensar que la orientación sexual de la víctima no era un factor determinante para él, en la elección de la persona o decisión acerca de la comisión del delito, concordando en este punto con lo concluido por la perito criminalista Karla Guaita, en el sentido que se trata de un crimen de oportunidad.”⁸⁷ Y en efecto, al considerar dichos delitos de connotación sexual, no existe duda alguna que el victimario no realizaba la sexualidad de sus crímenes al cometer sus delitos, pero esto se acota, a juicio propio, a los de carácter sexual (que, viendo un patrón de conducta de elegir a mujeres jóvenes respecto las cuales poseía superioridad física, no sería alocado encontrar la posibilidad de englobar dicho acto dentro de un crimen de odio). El entendimiento debe ser siempre de carácter global, lo cual también fue una referencia realizada a la sentencia del TC analizada, aunque esta vez existen matices y estudios criminológicos que plantean una opinión disidente a la del trabajo actual, pero muy valiosa y válida, que permite evolucionar la discusión.

Entender la comisión de crímenes de odio, o la existencia de agrupaciones que profesan discursos afines, no debe ser investigada de manera desmembrada. Las situaciones específicas deben estudiarse como un tumulto de sucesos interrelacionados entre sí, pistas que vistas de

⁸⁶ Ministerio Público De Quillota C/ Víctor Alejandro Pulgar Vidal. TOP Quillota. Rit 52-2021. Sentencia p. 190

⁸⁷ Ibid. p. 195

manera panorámica develan una realidad distinta a la resuelta por otros tipos penales. Si entendemos esa violación cometida contra Nicole, y la contrastamos relativamente con las perpetradas contra otras mujeres evidentemente llegamos a la conclusión de que estamos frente a un crimen de un oportunista, pero lamentablemente ese no es fin de la historia en este caso. Si bien se aprovecha de la circunstancia de haberse encontrado a una mujer en estado de ebriedad y vulnerable, posteriormente, y conjuntamente a la violación, hubo un periodo extendido de secuestro y violencia física que culminaron con la muerte de la víctima. No es azarosa esta terrible conclusión, de hecho, al compararla con la otras de sus víctimas. Si bien las juezes usan correctamente de referencia a la CIDH al indicar que victimas LGBTQ+ de crímenes de odio suelen ser desfiguradas o vejados con la intención de generar una humillación mayor a la muerte, incluso, acá debemos poner en perspectiva la situación completa: Una mujer lesbiana que no temía expresarse por fuera de la heteronorma es violada en un autobús por alguien que se aprovecha de su estado de vulnerabilidad, posteriormente (y acá es el momento de quiebre) es secuestrada por el victimario, a diferencia de lo que ha hecho con otras mujeres, continuando la violencia sexual y física de su parte por un periodo prolongado de tiempo, hasta ocasionarle la muerte. Al matarla, el victimario la mete dentro de una bolsa y la bota dentro de un sitio eriazo, lo cual evidentemente él tenía claro que conllevaría a que la encontraran en esas condiciones que de por si son humillantes, suponer que lo hizo para no ser descubierto cuando es evidente que se encontraría el cuerpo tarde o temprano, sería dudar de sus capacidades cognitivas, para lo cual no hay razones.

No podemos ser reduccionistas y creer que un robo nacido desde el oportunismo no puede devenir en un crimen de odio si el perpetrador es movido por una razón que el anteriormente no había descubierto: su víctima es homosexual o lesbiana (como en el presente caso), y al prevenir esto, ejecuta otra acción que típicamente no tendríamos por qué considerarla como un delito de odio, pero si analizamos la circunstancia de una víctima sin temor a salir de la norma y que produzca una reacción desligada de la habitualidad del, incluso, criminal reincidente, podemos dilucidar en nuestra perspectiva que el móvil deja de ser el que lo impulsó inicialmente, ahora su motivación es el odio frente a la identidad del otro.

Si siguiésemos el estándar estricto de que se plantea donde la aplicación de la agravante del artículo 12 numeral 21 debe concurrir como “única” motivación para el criminal,

probablemente no sería posible aplicarla para más casos aparte de criminales seriales cuyos únicos delitos sean de manera exageradamente evidente contra personas de determinados grupos marginalizados, cuando sabemos que la realidad es más compleja y la discriminación un elemento potente, pero que puede llegar a ser muy subliminal si se le permite, tanto que es fácil olvidar su existencia.

Un último punto positivo importante de recalcar y que encontramos en la amplia sentencia es el siguiente:

“De acuerdo a la “cisnorma” y a la “heteronorma” entendiéndolas por ellas las que indican que, de acuerdo al constructo social heteropatriarcal histórico y aún actual, la normalidad estaría determinada por las personas cisgénero (en que la identidad de género corresponde al sexo biológico observado al nacer) y heterosexuales (que lleva a pensar equivocadamente que ser heterosexual es normal y ser homosexual es una excepción o una “anormalidad”) y pensando en un sistema binario (que clasifica a las personas como hombre o mujer sin considerar otras diversidades sexuales como las personas queer) para quienes no tienen una visión respetuosa de los derechos humanos de las personas LGTBQ+, una mujer con expresión de género masculina representa a alguien que quiere aparentar lo que no es (aparenta ser un hombre cuando en realidad es una mujer), sin embargo, la expresión de género no necesariamente representa una identidad de género diversa a aquella que corresponde al sexo biológico, es decir, el que una mujer tenga una expresión de género masculina, no necesariamente implica que su identidad de género lo sea.”⁸⁸

Es en este espacio que se da la sentencia de ofrecer una explicación sensible y acorde respecto a las identidades LGBTQ+ y realiza un ejercicio que desde nuestra perspectiva es necesario y para nada excesivo. Para poder resolver y legislar sobre crímenes de odio y preocuparnos de principios de no discriminación, debemos comprender las identidades de las personas que se deben proteger y por qué esto debe hacerse, por qué está en peligro la igualdad de estos grupos, y eso se logra a través de este ejercicio. El reconocimiento correcto de la

⁸⁸ Ibid. p. 191

identidad de Nicole y su visibilización dentro de la sentencia es un ejercicio de respeto mínimo que demuestra una capacidad necesaria para lograr resolver el asunto, más allá de diferencias que podrían terminar siendo más técnicas o muy minuciosas. Entender la noción de que existen identidades que existen fuera de la “heteronorma” (dentro de un contexto específico) y que su respeto está estrictamente ligado a la protección de sus DDHH, existiendo agrupaciones o individuos que buscan normalizar dichas identidades o corregirlas ya sea ejerciendo violencia física, sexual, psicológica o incluso política es un modo de aproximarnos a concebir la necesidad de una especial protección respecto ellas, dentro de la cual si bien encontramos la necesaria tipificación en una lógica punitivista que no es renegada, si se entiende que es solo una arista de un problema mucho más grande.

3.4.2 Perspectiva punitivista y su insuficiencia para abordar el problema

A modo de realizar un reconocimiento en el presente trabajo debe indicarse que como se ha dejado ver, si bien lo principal fue abordar la necesidad de tipificar y generar herramientas sancionatorias frente a actos de odio en contra de algunos grupos de la sociedad, este no es el punto final de la discusión. Los mecanismos de prevención y reparación son igual de importante al momento de entender la problemática actual, si no se logra incorporar y otorgar seguridad a personas discriminadas de nada vale la persecución penal. Lograr el desarrollo pleno del humano es una tarea multifactorial que debe abordarse desde sus múltiples aristas. Hoy en día nuestro país poco se ha preocupado de este tema, aunque no podemos olvidar avances importantes en reconocimientos como el matrimonio igualitario y la Ley de Identidad de Género, aun se sigue estando al debe. Las discusiones respecto a posibles cupos laborales trans (que también ha surgido como movimiento en diversos países) aún son superfluas y sin avances concretos. Se ha avanzado con fiscalías especializadas como la de género y violencia intrafamiliar pero la cual queda corta frente a otro tipo de discriminaciones interseccionales. La ley José Matías (boletín 13893-04, incorporada en el Anexo 1) que se discute actualmente y va en buen camino presenta modificaciones esperanzadoras a la Ley General de Educación y aborda figuras como el “bullying” o acoso escolar y la omisión de prevención de las escuelas, generando herramientas nuevas de denuncia y reparación frente a estos sucesos con un enfoque especial en grupos que sufren discriminaciones estructurales.

En un contexto político volátil como el actual, donde estos temas están constantemente siendo debatidos con visiones conservadoras y discriminadoras duras, es fácil preguntarse si los aumentos que se perciben en cuanto a actos discriminatorios o crímenes de odio se deben a una mayor visibilidad que se ha logrado de estos sucesos o si en efecto estamos en una escalada de violencia. El Grafico incorporado en el Anexo 2 y el informe realizado por el MOVILH respecto el año 2020 pareciera indicar la última opción, lo que hace más urgente abordar el tema desde una discusión política madura pero sensible, buscando la coherencia del discurso del Estado de protección de DDHH con la realidad concreta de las personas.

CONCLUSIONES

Al arribar a la conclusión de este trabajo es útil volver a un concepto utilizado en sus inicios, el de “Well-ordered society” o una “sociedad bien ordenada”, acuñada por Jeremy Waldron. La pregunta entonces es, ¿Cómo se alcanza ese ideal dentro de la realidad chilena? ¿es posible si quiera alcanzarlo con las herramientas legales con las cuales contamos actualmente?

El estudio general del concepto de crimen de odio realizado en el Capítulo Uno solo nos ilustra una idea generalizada de la estructura y razón de ser de su tipificación. En este estudio realizado es evidente que el centro se ubicó en la víctima de estos delitos más que en el victimario mismo, que si bien su actuar debe revestir ciertas características, la relevancia no se da por una razón meramente de punitivismo populista con una lógica de aplicación de sanciones draconianas a quienes ejecutan actos de odio, si no que este estudio cobra relevancia cuando descubrimos que su objetivo va enfocado a la víctima, al reconocimiento estatal de la violencia (lo cual permite la especialización de sus organismos a la hora de afrontarla) y a una necesaria modernización de diversos cuerpos legislativos que quedan al debe a la hora de tratar de abordar temáticas que ha traído al debate la sociedad moderna.

La CIDH en sus múltiples informes, algunos de los cuales han sido citados, así como la jurisprudencia de la Corte IDH, evidencian que es en razón de los DDHH que los estados tienen la necesidad de proteger a las personas pertenecientes a grupos marginalizados. Dentro de una de estas aristas de la protección encontramos la tipificación de los crímenes de odio, lo cual es avalado también gracias a la normativa internacional. En el ámbito nacional, si bien no existe un gran desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación, entendiéndose de manera liberal y en función de su limitación frente a la libertad de expresión (como lo entiende el mismo TC según lo que se vio), existe la posibilidad de realizar pasos importantes en materia penal en armonía con el texto constitucional actual y los DDFP que consagra.

Dentro del análisis, obviamente, es importante destacar aquellos avances o propuestas que se han presentado en nuestro país que alcanzan un nivel de calidad valorable y que debiesen fijar como estándar el trabajo realizado en ellos. La Ley 21.212, o Ley Gabriela, es probablemente uno de los últimos innovaciones legislativas necesarias que incluye una

tipificación precisa y atingente, con perspectiva de género y de DDHH. Tampoco se pueden dejar de lado aquellas propuestas que aún se encuentran estancadas en el congreso, pero debiesen rescatarse a lo menos los intentos de legislar, sobre todo, aquella necesidad de tipificar el negacionismo y apología a la dictadura cívico militar chilena.

Es necesario ser críticos también respecto de algunas leyes que han intentado innovar en nuestro país, como lo es la Ley 21.609, o Ley Antidiscriminación, en tanto no le es útil a sus propios fines, y termina generando mecanismos que entorpecen la protección del derecho a la igualdad y no discriminación.

Se concluye a su vez también dos elementos importantísimos, la necesidad de innovar para poder adecuarse a la sociedad moderna, en tanto situaciones actuales escapan de los tipos existentes en nuestro país y no pueden abordarse desde una agravante genérica (como en el caso de terapias de conversión y mutilaciones genitales medicas) y también de generar una institucionalidad especializada encargada de velar por la persecución con la perspectiva adecuada a la hora de investigar estos delitos. El caso de Nicole Saavedra nos deja a su vez varias enseñanzas en esta línea, tanto sobre la insuficiencia de la institucionalidad actual, así como de la legislación, mientras al mismo tiempo establece un estándar jurídico a la hora de resolver casos como este.

Es evidente frente a lo evaluado en este trabajo identificar los focos de prioridad en que Chile debiese avanzar a la hora de tratar los crímenes de odio, pero también es importante precisar que aquella búsqueda de tipificación debe ir necesariamente acompañada de la modernización de las instituciones que velan por la protección y vigilancia de DDHH. La una sin la otra está destinada a fallar, la visibilidad y reconocimiento sin protección solo genera exposición y vulnerabilidad, como se ha observado gracias a los estudios del MOVILH y el grafico respectivo del Anexo 2, y la persecución penal de los victimarios por si sola, finalmente, no conduce a la inclusión real de los grupos marginalizados, ni tampoco evitara por si sola la violencia, aunque es parte fundamental de un mecanismo estatal que busque la reparación, integración y protección de aquellas personas que ven sus vidas amenazadas por culpa de las expresiones de odio ajenas.

GLOSARIO

En razón de las abreviaciones y acrónimos utilizados en el presente trabajo, se incluye un breve glosario con tal de no generar dudas dentro de su utilización:

1. **TC:** Tribunal Constitucional
2. **CP:** Código Penal
3. **CS:** Corte Suprema
4. **DDHH:** Derechos Humanos
5. **DDFF:** Derechos Fundamentales
6. **DUDH:** Declaración Universal de Derechos Humanos
7. **CIDH:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos
8. **Corte IDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
9. **CADH:** Convención Americana de Derechos Humanos
10. **PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
11. **LGBTQ+:** En referencia a la agrupación de las comunidades Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero, “Queer” y demás identidades que se encuentran englobadas dentro de aquellas categorías.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

1. BERTONI, Claudio. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas (2011). Elaborado a requerimiento de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. [Recurso electrónico] Disponible en: <http://bcn.cl/1nmu2>. Ultimo acceso 22 de junio de 2022.
2. BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. Madrid, España: Editorial Síntesis S.A. 1997.
3. CEJIL, Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua, san José de Costa Rica. 1 ed., San José, Costa Rica. 2013.
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005). Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005.
5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión. 2009.
6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 .12 noviembre 2015.
7. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. OAS/Ser.L/V/II.170. 7 diciembre 2018.
8. DÍAZ, José Manuel. Una aproximación al concepto de discurso del odio. Revista Derecho del Estado, (34), 77-101. 2015.
9. FERNÁNDEZ, Manuelle. Formaciones discursivas y contextualidad del sujeto trans: apuntes sobre los discursos de odio transfóbicos. Revista Divergentes N, 1, 3., 2018.
10. GREEN, David, We're (Nearly) All Victims Now! How political correctness is undermining our liberal culture, Londres, Inglaterra: The Institute for the Study of Civil Society, 2006.

11. GÜERRI, Cristina. La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, España. 2015
12. INDH. Minuta Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín N° 11424-17), 11 de junio de 2018 – sesión ordinaria N° 428.
13. LAURENZO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios Penales y Criminológicos, 19, 1996.
14. LANDA, Jon-Miranda. La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal. Granada, España: s.n., 2001.
15. MACKINNON, Catherine. Hacia una teoría feminista del Estado. Universitat de Valencia, Valencia, España. 1995.
16. MADRID, Raúl, El valor del “discurso de odio” como criterio hermenéutico de las decisiones judiciales. Primer congreso Iberoamericano XXVIII, Buenos Aires, Editorial SAIJ, 2015.
17. MOVILH. XIX Informe Anual de Derechos Humanos 2020. Santiago. 2021.
18. NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Revista de Derecho, Universidad Católica del norte, Sección: Estudios, año 13 N 2, Coquimbo, 2006.
19. NOGUEIRA, Humberto. Derechos fundamentales y Garantías Fundamentales, T. II, Edición librotecnía, Santiago, 2008.
20. NOGUEIRA, Humberto y GALDAMEZ, Liliana. Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín N° 8049-17. Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, 2012, pp. 405 – 426.
21. OBSERVATORIO NACIONAL DE CRÍMENES DE ODIO LGBT. Informe 2017, Argentina [Recurso electrónico] disponible en http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2018/04/Observatorio-Nacional-de-Cr%C3%ADmenes-de-Odio-LGBT_Informe-2017.pdf. Ultimo acceso 22 de junio de 2022.
22. Mutilación Genital Intersex: Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía sexual, Informe de ONG (por período de sesiones) del 5to y 6to Informe Periódico de Argentina sobre la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ONG Justicia Intersex, 2018.

23. ONU Mujeres, *Midiendo la Pandemia de Sombra: La Violencia Contra las Mujeres Durante el COVID-19*. [Recurso electrónico] disponible en <https://data.unwomen.org/sites/default/files/documents/Publications/Measuring-shadow-pandemic-SP.pdf>. Último acceso el 01 de julio de 2022.
24. OSCE. ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (2014), ODIHR Hate Crime Reporting: What is a hate crime? [Recurso electrónico] Disponible en: <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime>. Último acceso: 21 de junio de 2022.
25. SALINERO, Sebastián. La nueva agravante penal de discriminación: Los "delitos de odio". *Revista de derecho (Valparaíso)*, (41), 263-308., 2013.
26. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Londres: Harvard University Press, 2012.

Jurisprudencia

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no discriminación. San José, C.R. : Corte IDH, 2021.
2. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
3. Caso de Las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.
4. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 270.
5. Ministerio Público De Quillota C/ Víctor Alejandro Pulgar Vidal. TOP Quillota. Rit 52-2021: comunicación de sentencia del 29 de octubre de 2021.
6. Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento - Distrito Capital Federal. 332:433, Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia 17 de marzo de 2009.
7. Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad

del Movimiento Patria Nueva Sociedad.TC. Rol N° 567 (2006): sentencia de 2 de junio de 2010.

Fuentes Legales

1. “Anteproyecto para Nuevo Código Penal”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018).
2. Código Penal. Ley Orgánica 10/1995. 1996 (España).
3. Propuesta de Constitución Política de Chile, Convención Constitucional. LOM Ediciones, Santiago, 2022.
4. Proyecto Boletín 7130-07 “Tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso”, Senado. (2010).
5. Proyecto Boletín 8049-17 “cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile”, Cámara de Diputados. (2011).
6. Proyecto Boletín 10748-07 “violencia y odio de género en la tipificación del delito de femicidio”, Senado. (2016).
7. Proyecto Boletín 11331-07 “Modifica el Código Penal, para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica”, Cámara de Diputados. (2017)
8. Proyecto Boletín 11424-17 “Tipifica el delito de incitación a la violencia”, Cámara de Diputados. (2017).
9. Proyecto Boletín 11949-17 “sancionar el negacionismo respecto de las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile, y la incitación a la violencia y a la discriminación contra personas o grupos de personas”, Cámara de Diputados. (2018).
10. Proyecto Boletín 11967-07 “sanciona a asociaciones, movimientos u organizaciones que realicen actos que inciten al odio o a la violencia”, Senado. (2018).
11. Proyecto Boletín 11969-07 “tipifica el delito de incitación a la violencia y reforma diversos cuerpos legales”, Senado. (2018).
12. Proyecto Boletín 13893-04 “Modifica la ley General de Educación y la ley Sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales, para reforzar la normativa sobre convivencia escolar, considerando el respeto de la identidad sexual y de género, y sancionar toda forma de discriminación basada en estas circunstancias”, Cámara de Diputados. (2020).

13. Proyecto Boletín 14985-34 “Modifica la ley N°21.120 y otros cuerpos normativos, en materia de reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género”, Cámara de Diputados. (2022).
14. Reglamento General De La Convención Constitucional. Convención Constitucional (2022).
15. Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán). 13/11/1998 I 3322. 1871. (Alemania). (Traducción de: LOPEZ, Claudia. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999).

Fuentes Audiovisuales

1. Santos, M., Montecinos, B. (directoras). (2018). Silenciadas [documental]. Chile.

Otras Fuentes

1. BLASCO, Lucía (2019). *Caso Nido en Chile: el controversial foro de internet en medio de "uno de los mayores episodios de ciberacoso" en el país*, BBC News Mundo. [Recurso electrónico] disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47403186>. Último acceso: 21 de junio de 2022.
2. GONZALEZ, Tomas (2020). *Gobierno condena “Bus de la Libertad”, pero descarta tomar medidas para evitar su mensaje transfóbico*, Diario Uchile. [Recurso electrónico] disponible en: <https://radio.uchile.cl/2020/11/23/gobierno-condena-bus-de-la-libertad-pero-descarta-tomar-medidas-para-evitar-su-mensaje-transfobico/>. Último acceso: 21 de junio de 2022.
3. GUZMAN, Claudia (2016). *Cambiados al Nacer*, Crónica El Mercurio. [Recurso electrónico] disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=233702>. Último acceso: 20 de junio de 2022.
4. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua española [Recurso electrónico] disponible en: <https://dle.rae.es/odio>. Último acceso: 05 de junio de 2022.

ANEXO

1. Tabla resumen de proyectos de ley en Chile sobre crímenes de odio en los últimos años

Proyecto	Estado	Contenido referido al delito de odio	Análisis
Moción 10754-07	Primer trámite constitucional (ingresada 15/06/2016)	Existe solo una modificación que pareciera ser sustancial: “c) Agréguese al final del numeral 21° del artículo 12, a continuación de la expresión “discapacidad que padezca”, la siguiente expresión: “o mediante violencia de género”.”. Los diversos preceptos que el proyecto pretendía incluir no alteran sustancialmente el estado actual de la figura del “femicidio” en Chile.	El proyecto se basa en una razón de prevención social mediante la imposición de penas más altas, sin embargo, eso es irrelevante en cuanto lo importante es el valor simbólico del castigo de los delitos de odio como el femicidio. Concluye correctamente que se confunde la figura de la mujer en el tipo del femicidio y solamente la protege dentro de relaciones “familiares” obviando las diversas maneras en que puede manifestarse la violencia de género.
Moción 7130-07	Primer trámite constitucional (ingresada 16/08/2010)	Busca la sanción tanto del discurso de odio emitido por medios de comunicación tradicionales a través de la modificación del art. 31 de la ley 19.733 únicamente en razón de “su raza, sexo, religión o nacionalidad”, así como el establecimiento de una agravante añadiendo un numeral nuevo al art. 12 del Código penal. Añade el 140 bis al código penal que contempla un tipo especial para las amenazas que son realizadas contra de cultos permitidos por la república.	Si bien el proyecto introducía un concepto útil e interesante como lo es el de “grupos vulnerables”, termina siendo insuficiente cuando sobre limita la aplicación de este precepto únicamente a la raza, sexo, religión y nacionalidad. En cuanto a la agravante, a pesar de ser algo redundante parece ser a lo menos básica y necesaria, pero lamentablemente desecha la idea de “grupos vulnerables” previamente incluida. A todas luces el nuevo tipo de amenazas no nace de ninguna necesidad social específica ni tiene ningún fin de protección de derechos humanos, sino más bien una protección ideologizada de parte del estado para ciertos grupos religiosos predominantes.

Moción 8049-17	Primer trámite constitucional (ingresada 21/11/2011)	El proyecto busca hacerse cargo del negacionismo frente a los crímenes de lesa humanidad perpetrados durante la dictadura militar chilena, teniendo en consideración la dignidad de los grupos o personas víctimas. posee un artículo único, buscando condenar a quienes “públicamente nieguen, minimicen o condonen, intenten justificar o aprueben los crímenes de lesa humanidad o genocidios cometidos, particularmente, bajo el régimen militar que gobernó Chile”	El proyecto busca únicamente la condena del discurso de odio referido al negacionismo. Aparte de quizás poseer problemas de proporcionalidad (estableciendo penas de “2 a 6 años” de cárcel, tampoco establece explícitamente responsabilidades específicas a personas que tengan cargos de carácter público.
Moción 10748-07	Primer trámite constitucional (ingresada 15/06/2016)	El proyecto busca la modificación tanto del código penal como del código procesal penal en virtud de establecer una nueva figura típica del delito de femicidio. En el código Penal agrega el art. 390 bis, incorporando dentro de las hipótesis de femicidio los actos ejecutados mediante el odio o violencia de género. Además, se realizan las modificaciones pertinentes con tal de que sea posible la aplicación de la circunstancia 6° del art. 12, así como por el contrario hacer inaplicable la atenuante del número 5 del art. 11. En cuanto a la modificación del Código Procesal Penal, se modifica el art. 53, otorgando el carácter de pública a toda acción emanada de delitos motivados por violencia u odio de género	A través de las múltiples y necesarias modificaciones que contempla el proyecto, se logra evidentemente un cambio estructural a la lógica sobre la cual se entiende y se persiguen los delitos relacionados al odio y violencia de género, en tanto se logra salir del paradigma que vinculaba estrechamente al femicidio con el parricidio y no consideraba las hipótesis en donde la víctima no tuviera un vínculo de cónyuge o conviviente con el autor.

Moción 11331-07	Primer trámite constitucional (ingresada 19/07/2017)	Incorpora el art. 147 bis en el Código Penal, que sanciona con presidio menor en su grado medio a quienes realicen actos que inciten al odio o violencia contra determinados grupos	Sin ir más allá, establece un tipo básico de delito de discurso de odio en un número de hipótesis acotadas.
Moción 11949-17	Primer trámite constitucional (ingresada 19/07/2019)	El proyecto, en lo que a tipificación de delitos de odio refiere, modifica y agrega al código penal los arts. 161-C y 161-D que se refieren a los delitos de incitación a la violencia en contra de diversos grupos, así como la difusión de “ideas basadas en la discriminación” a estos mismos. Al mismo tiempo, en los arts. 161-E y 161-F introduce el delito de negacionismo, únicamente en lo respectivo a quien “justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile” durante la dictadura militar, o a quien menosprecie o deshonre a las víctimas u enaltezca a sus autores. También se encarga de establecer responsabilidad para las personas jurídicas que cometan estos actos, así como una agravante para empleados públicos.	El proyecto es bastante complejo y se hace cargo de diversas hipótesis que pueden surgir frente a la comisión de los nuevos delitos tipificados. Establece en definitiva 4 tipos vinculados al discurso de odio, entendiendo a su vez la responsabilidad especial que debiesen tener los funcionarios públicos frente a la comisión de estos mismos en razón de la posición social especial que ocupan.
Moción 11967-07	Primer trámite constitucional (ingresada 01/08/2018)	El proyecto es una reforma constitucional al art. 19 n°15, con tal de amparar constitucionalmente la prohibición de grupos intermedios que inciten al odio, así como al art 23 sancionar a aquel grupo que incite al odio o que “intervenga indebidamente	La modificación se torna innecesaria e intrascendente para el resguardo del bien jurídico una reforma constitucional que dote de contenido extra a la noción de orden público y que se remita a la ley, en tanto el mismo proyecto no reconoce un impedimento para la creación de un tipo penal nuevo, si no que se motiva por la

		en actividades ajenas a sus fines específicos”	decisión del Tribunal Constitucional de no declarar como inconstitucional la creación de diversos movimientos nacionalsocialistas. La modificación es insuficiente para afectar la preponderancia de un derecho sobre otro en los términos analizados por el Tribunal Constitucional.
Moción 11969-07	Primer trámite constitucional (ingresada 01/08/2018)	El proyecto modifica distintos cuerpos legales. Introduce un nuevo tipo en el código penal en el art. 161-c, sancionando la incitación directa a la violencia contra los mismos grupos que el numeral 21 del art. 12 del CP enumera, realizando las modificaciones pertinentes en la ley 20.393 para establecer la responsabilidad de personas jurídicas en su comisión. Modifica la ley 19.253 incorporando una protección especial para los pueblos indígenas afectados por discursos de odio, toda vez que sufran una “discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura”. Por último, también modifica la ley 20.500 indicando que serán contrarios al orden público las asociaciones que “participen en conductas que inciten al odio en los términos que establece la ley”	El proyecto se basa correctamente en los diversos tratados internacionales que ha suscrito Chile y que tratan la materia, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Si bien no logra crear un tipo de discurso de odio que elabore en la idea de los “grupos vulnerables” que pueden ser víctima de este, si introduce de forma muy acertada una protección especial a los grupos indígenas, respondiendo a la realidad chilena a la hora de ajustarse a la normativa internacional, estableciendo correctamente también una responsabilidad agravada para los funcionarios públicos que cometan estos delitos.
Moción 13895-07	Primer trámite constitucional (ingresada 16/11/2020)	El proyecto busca modificar la ley orgánica constitucional 19.640, incluyendo en su artículo 55	Si bien pudiese parecer una modificación bien intencionada y acorde con la idea de sujetar a funcionarios públicos a un estándar más estricto, su

		número 12: “Es causal, asimismo, de inhabilidad la especial predisposición ideológica o política del fiscal, la que manifestada públicamente, exprese odiosidad en contra de alguna institución o colectividad en que figure, directa o indirectamente, como sujeto de persecución penal.”	motivación subyace a generar una herramienta para excluir a fiscales de determinados casos según su adherencia a alguna ideología política cualquiera, lo cual es un extremo subjetivo que no permite su aplicación en una sociedad democrática, en tanto de acuerdo al proyecto y sus motivaciones expresadas en él no le sería posible a un fiscal perseguir a un miembro policial por denuncias en su contra ya que esto correspondería a un “sesgo político”, toda vez que realizar críticas en contra de una institución en ningún caso debiese corresponderse de manera legal con lo que podríamos calificar un discursos de odio o que amerite una sanción de algún tipo.
Moción 13911-07	Primer trámite constitucional (ingresada miércoles 18/11/2020)	Busca modificar el art. 417 del código de justicia militar incluyendo la tipificación del delito de “De la incitación al odio u hostilidad en contra del personal de Carabineros y demás miembros de las Fuerzas Armadas	El proyecto carece de sustento legal, estadístico y sociológico en tanto las normas para proteger del odio a ciertos grupos debe ser basado en evidencia empírica de la existencia de un sistema que los oprime de manera sistemática sobre el cual se confirma la agresión de quien emite el discurso
Moción 13867-17	Primer trámite constitucional (ingresada 19/09/2020)	En resumen, este proyecto busca modificar la ley antidiscriminación, eliminando su jerarquización de derechos, ajustándose a estándares internacionales eliminando la taxatividad de las categorías que protege, subiendo multas hasta 500 utm, poniendo la carga de la prueba en quien ejerció el acto discriminatorio y realizar capacitaciones extensivas en el servicio público respecto de “diversidad”	El proyecto es un paso importante que debe darse legislativamente en tanto se hace cargo de las mayores deficiencias de la ley respectiva. busca imponer al estado un rol más activo en la protección de la gente víctima de discriminación, de acuerdo a las recomendaciones continuas de organismos internacionales y análisis estadísticos como por ejemplo el aumento exponencial al cual se ha visto expuesta la comunidad LGBTQ+ en los últimos años.

Mensaje 11424-17	Primer trámite constitucional (ingresada 06/09/2017)	El proyecto tipifica de forma básica el discurso de odio, introduciendo el art. 161-c al Código Penal, penando la incitación directa a la violencia contra un grupo en razón de raza, origen nacional o etnia, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión o creencias.	El proyecto se basa correctamente en la normativa internacional, como el Pacto internacional de Derechos Políticos y civiles y plantea la idea de grupos vulnerables, idoneidad e inminencia del riesgo, sin embargo, al momento de tipificar el delito pareciera dejar de lado estos conceptos. Contempla como agravante que delito sea realizado por un funcionario público en ejercicio, pero deja de lado que el acto sea realizado en razón de la ideología política de la víctima.
Ley 21.212 (Ley Gabriela)	Aprobada (ingresada 03/07/2018)	<p>El proyecto propone diversas modificaciones al Código Penal. El nuevo art. 390 bis) que propone ampliar la figura de femicidio al asesinato de mujeres “con motivos de odio, menosprecio o abuso por causa de género”, estableciendo nuevas circunstancias agravantes, tales como el hecho que la víctima sea menor de edad, que haya existido violencia sexual previa, que el victimario mantenga o haya mantenido una relación de pareja con la víctima, así como que el delito haya sido cometido con alevosía o ensañamiento.</p> <p>Adicionalmente, crea un nuevo artículo 393 bis) que tipifica la figura de incitación al suicidio o le prestare auxilio para cometerlo, en el marco de las desiguales relaciones de poder basadas en el género.</p> <p>Finalmente, el proyecto modifica el artículo 393 ter) proponiendo impedir la configuración de la</p>	El proyecto avanza y moderniza la forma en que la legislación actual chilena comprende la figura del femicidio en base al derecho comparado y la normativa internacional, desechando el paradigma chileno en donde se vinculaba el femicidio únicamente las relaciones familiares y de convivencia, abordando la violencia de genero a cabalidad. Hace falta la inclusión de una modificación al Código Procesal Penal que otorgue el carácter de publica a toda acción emanada de delitos motivados por violencia u odio de género.

		atenuante de “irreprochable conducta anterior” cuando haya precedido cualquier incidente de violencia a la comisión de los delitos comprendidos anteriormente, independiente a que se hayan denunciado o no	
Anteproyecto CP		El anteproyecto incluye como agravante en distintos delitos que estos sean cometidos en razón de diversas particularidades de la víctima, como en sus arts. 213, 231, 260, 269 o 295. (“motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, orientación sexual u otro”) sin incluir un tipo penal específico. En cuanto a discurso de odio, solo se incluye un delito que tipifica la incitación al genocidio en su art 588.	El anteproyecto si bien no innova en demasía respecto al Código Penal actual, incluye dentro de una de sus agravantes un elemento que llama la atención. En cuanto a los delitos contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, establece como a agravante su perpetración “en conexión con la persecución de la persona afectada privándola gravemente de sus derechos fundamentales en razón de su pertenencia a un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, orientación sexual u otro universalmente considerado inaceptable como motivo de discriminación”. esta idea de que el delito prive “gravemente” al sujeto de sus derechos fundamentales puede resultar una herramienta útil al extrapolarse a otros tipos de delitos, como el discurso de odio.
Moción 14985-34	Primer trámite constitucional (ingresada 04/05/2022)	Dentro de sus aportes más importantes es que incluye el art. 5 bis en la ley 21.120 que busca la “Prohibición de intervenciones quirúrgicas no consentidas en recién nacidos intersex”, así como el art. Artículo 161-D al CP que castiga con presidio menor en su grado medio a quien imparta u obligue a	En cuanto a la tipificación de delitos de odio podemos observar a una ley innovadora en cuanto en nuestro país no existen herramientas legales pertinentes para combatir la mutilación genital de gente que nace con rasgos no sexo genéricos, así como también se busca combatir la violación de derechos de personas al ser sometidas a

		otro a realizar terapias de conversión.	terapias de conversión. Si bien la ley podría ser más clara en la tipificación respecto las intervenciones quirúrgicas de personas intersexuales, es un paso positivo en tanto tampoco agota su contenido en lo punitivo y establece otros mecanismos de inclusión.
Moción 13893-04	Segundo tramite constitucional (Ingresada 13/11/2020)	El proyecto busca modificar la ley general de educación estableciendo medidas que buscan sanciona y prevenir la violencia y acoso escolar, denominado “bullying”. Entre las modificaciones más relevantes se encuentran la obligatoriedad de denuncia sujetas a multas contra el establecimiento educacional, la definición de discriminación dentro del acto de agresión u hostigamiento (art. 16 D), y especial protección cuando los actos se ejecutan por quien ostenta una posición de poder respecto al afectado (art 16 B)	El proyecto da avances importantes en materia de reconocimiento de violencia estructural en contra de niños, niñas y adolescentes en establecimientos educacionales, estableciendo además sanciones y mecanismos para su denuncia, sin embargo, es acotada solo a estos ámbitos.

2. Gráfico MOVILH: informe anual de DDHH XIX

XIX. Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile

HECHOS 2020

Evolución de casos de discriminación

2002-2020

TOTAL DE CASOS en 19 años

5506

► Número de casos por año y porcentaje de aumento o disminución anual

