



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

¿El procedimiento judicial de la Ley N°20.609 cumple con los estándares internacionales de protección antidiscriminación?

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

Cristian Yoshua Arismendi Acevedo
Profesora guía: Carola Canelo Figueroa

Santiago, Chile
2024

*A quienes viven auténticamente,
A mi familia.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS	8
SOBRE LA IGUALDAD.....	8
SOBRE LA DISCRIMINACIÓN.....	14
SOBRE LA ANTIDISCRIMINACIÓN.....	20
SOBRE LOS DISCURSOS DE ODIO.....	24
CAPÍTULO II. ANÁLISIS DE LEY N.º 20.609.....	29
HITOS CLAVE Y ESPÍRITU GENERAL DE LA LEY	29
ANÁLISIS PROCESAL Y SUSTANCIAL DE LA LEY	36
CONCEPTUALIZACIONES AMBIGUAS	37
LA LEGITIMACIÓN ACTIVA SE ENCUENTRA RESTRINGIDA	39
EXISTENCIA DE MULTA EN BENEFICIO FISCAL E IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.....	40
DERECHOS EN CONFLICTO.....	43
COMPETENCIA A JUEZ ORDINARIO.....	43
CARGA PROBATORIA E INEXISTENCIA DE PRESUNCIONES A FAVOR DEL DENUNCIANTE.....	46
INEXISTENCIA DE TIPOS PENALES PARA DISCURSOS DE ODIO.....	47
CAPÍTULO III. PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINACIÓN EN DERECHO COMPARADO.....	49
GENERALIDADES	49
URUGUAY.....	49
ARGENTINA.....	51
MÉXICO.....	52
BOLIVIA.....	58
LA UNIÓN EUROPEA	60
CAPÍTULO IV. BASES DE UNA PROPUESTA.....	63
CONCLUSIONES.....	69
BIBLIOGRAFÍA	72

INTRODUCCIÓN

La Ley N°20.609, popularmente conocida como “Ley Zamudio”, descansaba como proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la República de Chile desde el año 2005. Su promulgación se tornó urgente debido a dos hechos lamentables. Por un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en febrero de 2012, falló el Caso Atala Riffo y Niñas v/s Chile, condenando al Estado de Chile y demostrando que se cometió una discriminación arbitraria basada en el criterio de la orientación sexual de la actora. Por otra parte, la brutal y horrenda golpiza y tortura que dejó agonizando al joven Daniel Mauricio Zamudio Vera de 24 años, el 5 marzo de 2012, quien producto de sus heridas, fue puesto en coma inducido por el equipo médico. Su cuerpo tenía graves heridas en su cráneo, cortes a la altura del estómago en forma de esvástica, parte de su oreja cercenada, piernas quebradas y diversas quemaduras hechas con cigarrillos. Su muerte, en marzo del mismo año, fue la que mayor conmoción ha provocado en la sociedad chilena que vio por primera vez, en su historia reciente, la comisión de un crimen de odio, motivado por la orientación sexual y expresión de género de Daniel. Este crimen fue cometido por grupos neonazis, que promueven discursos de odio, violencia e intolerancia.

El entonces Presidente de la República, Sebastián Piñera, quien pasaba por un período de muy bajo respaldo popular, promulga la Ley N°20.609 prometiendo ser un mecanismo eficaz para sancionar dichos actos y frenar la discriminación. Desde la promulgación de la ley a la fecha se han presentado más de 500 demandas invocando la acción antidiscriminación que ahí se contempla. Además, se han formulado diversos proyectos e iniciativas con objeto de robustecer la legislación. Sin embargo, la lucha contra la discriminación no se ha traducido en una disminución de este tipo de delitos, puesto que desde el año 2014 que en nuestro país los crímenes de odio han ido en considerable aumento.

Recientemente, en marzo de 2024, el XXII Informe Anual de Derechos Humanos (en adelante DDHH) de la Diversidad y de Género¹ elaborado por el

¹ XXII Informe Anual de DDHH de la Diversidad Sexual y de Género en Chile HECHOS 2023, Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), marzo de 2024,

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (en adelante MOVILH) arrojó la preocupante cifra de 1.597 atropellos y calificó al año 2023 como uno de los peores años en lo referido a los derechos humanos de las personas LGBTIQ+ debido al altísimo aumento de las denuncias y casos de discriminación (en un 52,6% siendo esta la cifra más alta que se ha registrado) y al escaso número de avances, siendo la primera vez en la historia que se entró en un camino peligroso.

Lo anterior considerando, además, lo reportado en su informe en marzo de 2023 por la misma agrupación². En esa oportunidad si bien los casos y denuncias motivados por homo/transfobia habían bajado, los crímenes de odio habían aumentado en un cien por ciento. Dicho estudio también arrojó cifras preocupantes en torno a la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBIQA+, considerando 6 asesinatos, 40 agresiones físicas o verbales perpetradas por desconocidos para las familias, 3 atropellos policiales o detenciones arbitrarias, 78 discriminaciones laborales y 52 educaciones 22 campañas o movilizaciones homo/transfóbicas, 246 episodios de discriminación institucional, 56 ataques o marginaciones en el espacio público o privado, 137 agresiones comunitarias (familia, amigos, vecinos), 405 discursos de odio y 1 abuso en el campo de los medios, la cultura y el espectáculo. Lo anterior sin considerar todas aquellas situaciones y vejaciones que son soportadas en el diario vivir o en la esfera más íntima de cada ser humano, sin que lleguen a una denuncia formal; producto de una cultura en su mayoría machista y heterosexual, que ofende y ridiculiza en lo público y privado a las personas de la diversidad sexual.

Es tal la urgencia, que de mantenerse este nivel de atropellos en los próximos años, hará retroceder los avances a favor de la igualdad de las últimas tres décadas. Frente a tal alarmante aumento de los dos últimos años, es que cabe preguntarse

<https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2024/03/XXII.-Informe-Anual-de-DDHH-Diversidad-Sexual-y-de-Genero-2023-Movilh.pdf>.

² Movilh Chile. "Por segundo año consecutivo bajan los casos y denuncias por homo/transfobia, pero los crímenes de odio se duplican." Movilh Chile, 15 de marzo de 2024, <https://www.movilh.cl/por-segundo-ano-bajan-los-casos-y-denuncias-por-homo-transfobia-pero-los-crimes-de-odio-se-duplican/>

si los mecanismos contemplados en la Ley son los más idóneos para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación, siendo éste un compromiso del Estado de Chile, de acuerdo con los tratados internacionales suscritos y que se encuentran plenamente vigentes.

Desde ya podemos anticipar críticas a diversos puntos de la Ley, tales como, la posición en que queda la víctima en cuanto cargas probatorias, la imposibilidad de solicitar indemnización de perjuicios o daño moral en el mismo procedimiento, la existencia de una multa (en beneficio fiscal) a la víctima en caso que la denuncia resulte infundada, inexistencia de presunciones de actos discriminatorios a favor de grupos más propensos a vivir situaciones de discriminación, competencia a un juez ordinario, entre otros aspectos.

Junto con esta gran interrogante, que contemplará la mayor parte de la presente investigación, daremos respuestas a otras, tales como; ¿Ha tenido la legislación en materia antidiscriminación un enfoque adecuado y acorde a los estándares internacionales? ¿Nos hemos equivocado en legislar sobre no discriminación, en desmedro del principio de igualdad? ¿Ha sido la comunidad LGTBIQA+ un instrumento al que los gobiernos de turno han recurrido para levantar su popularidad? ¿Ha incumplido sus obligaciones internacionales el Estado de Chile, infringiendo los derechos humanos, no honrando el principio de igualdad esencial?.

Ciertamente estos grupos han visto mermados sus proyectos de vida, se han vistos desprovistos de un sentido de soberanía, ya que han evidenciado cómo el Estado de Chile ha tomado sus históricas demandas y luchas para convertirlas en agendas electorales de izquierdas y derechas. Las familias víctimas del odio y la intolerancia no pueden seguir rogando una respuesta. Urge la creación de una institucionalidad permanente y que se sostenga en el tiempo, que tenga por objetivo proteger la libertad de cada ser humano para vivir la vida plenamente y erradicar patrones de conducta excluyentes que se encuentran profundamente arraigados en nuestra cultura e institucionalidad.

Crear una legislación acorde al devenir constante de la sexualidad y expresión de género de las generaciones futuras, a la diversidad de grupos

en la sociedad, es un paso que permitirá a jóvenes y personas de toda edad vivir la vida libremente, creando y fluctuando en un ejercicio que no tiene por qué ser visto de mala manera. Muy por el contrario, nos permitirá crecer como adultos seguros de sí mismos, y sin juicios hacia otros proyectos de vida de los demás ciudadanos.

CAPÍTULO I. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

SOBRE LA IGUALDAD

Antes de adentrarnos en los conceptos de discriminación y antidiscriminación, es necesario entender el origen de nuestras similitudes y diferencias. De aquello que a las luces de tiempos modernos puede parecer distinto, diferente, o fuera de la norma; y que en otros tiempos era considerado con total y absoluta normalidad.

Para nadie es un mito que, en la Antigua Grecia, los espacios en donde tenía lugar el desarrollo del conocimiento, la ciencia, la política, el arte, el deporte, el ocio y la vida pública en sí misma, eran círculos de carácter público, frecuentados en su mayoría por varones. De esta manera, las relaciones entre mentores y discípulos eran frecuentemente vistas y aceptadas. Ellas se caracterizaban por construirse a través de vínculos de admiración, contemplación de la belleza, de camaradería y complicidad. La vida de la mujer quedaba relegada al ámbito privado y doméstico. Así muchas veces estos vínculos eran comparados con una relación marital por su extrema cercanía y afecto, ejemplos de ello es la relación de Alejandro Magno y su compañero Hefestión.

Platón comentaba de esto en su obra *Simposio*, discutiendo sobre ideas del amor y la apreciación de la belleza, a través de diálogos. "Si uno se encuentra con alguien a quien le guste la belleza en su forma, en un primer momento solo se queda asombrado y, como si se hubiese encontrado con oro, plata o cualquier otra cosa maravillosa, se queda pasmado y no sabe qué decir ni hacer. Pero, al poco rato, cuando se le pasa el asombro y ha echado una ojeada, se arrodilla y empieza a adorar a la imagen en la que ha encontrado reflejada la hermosura de la que procede el asombro. Luego le da las gracias a la suerte, primero, y luego a quien lo ha encontrado. Después piensa que tiene suerte de ser quien es y de poder estar cerca del objeto de su adoración. Finalmente, cree que solo hay una cosa que le interesa, que es unirse a él y fundirse con él de la manera más íntima posible. ¿No es así, Fedro? A eso es a lo que llamas amor"³.

³ Platón, *El Banquete*, trad. Carlos García Gual (Madrid: Gredos, 1998). 204a-b

En otra de sus obras, *Fedro*, Platón abunda en detalles sobre cuán profundo podía llegar a ser estas relaciones y los sentimientos involucrados. "El amor es el amor a la belleza, y a medida que ésta se va multiplicando en distintas formas, el amor también se multiplica. Es así como los ojos del amante pueden ir desde la belleza de los cuerpos hasta la belleza del conocimiento, y finalmente, alcanzar la belleza misma. Comienza amando a un solo cuerpo bello y, luego, a todos los cuerpos bellos, después ama las almas, a las cuales se las considera más valiosas, y por último, llega a percibir la belleza de las leyes y las instituciones. Por lo tanto, si alguien es lo suficientemente afortunado como para encontrar a un sabio o a alguien que esté en camino de convertirse en sabio, amaré a ese hombre más que a nadie. Cuando dos hombres se encuentran en esta situación, entran en una relación especial y se convierten en amigos inseparables"⁴.

Podemos entender así que este tipo de vínculos estaba socialmente permitido e incluso admirado ante el resto de la comunidad. Establecer una amistad cimentada en el más profundo amor físico e intelectual, abría las posibilidades a la apreciación de formas diferentes, en concreto, de ser en libertad. Los conceptos de amistad y virtud estaban muy unidos y eran cruciales para el desarrollo político, comunitario y personal. La percepción de la masculinidad o femineidad y sus interacciones con el mismo sexo no contemplaban una mala connotación, muy por el contrario, eran comunes y aceptadas. La concepción de la sexualidad estaba asociada a una cuestión de deseo y acción, como algo inherente a la naturaleza humana.

De la misma forma que en las relaciones amorosas, según los parámetros que comentamos, donde el amante guía y educa al amado para alcanzar la excelencia, la amistad basada en la virtud entre personas, independientemente de su género u orientación sexual, implica una igualdad de dignidad y respeto mutuo. La igualdad según Platón se establecería a través del reconocimiento de los valores compartidos y la búsqueda conjunta de la virtud, sabiduría y excelencia moral.

Para nadie es un misterio que el mayor discípulo de Platón fue Aristóteles. Su vínculo fue complejo y significativo, marcado por la influencia mutua y el

⁴ Platón, *Fedro*, trad. María Luisa Femenías (Madrid: Gredos, 2005). 249d-e

aprendizaje intelectual. Al igual que su mentor, Aristóteles valoró las relaciones interpersonales basadas en la virtud y en cómo esto puede sentar las bases para una concepción de igualdad, yendo mucho más allá de las diferencias externas, poniendo el foco en la igualdad de oportunidades y reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano. Ambos filósofos consideraban que la igualdad debía ser una característica fundamental para la construcción de una comunidad política ideal. Así como para Platón esto se demostraba en su visión de la República ideal, en donde gobernantes compartían recursos y responsabilidades; para Aristóteles, la igualdad en comunidad política se relacionaba directamente con la posibilidad de participar y tomar decisiones colectivas.

La ampliamente conocida idea de Aristóteles en su obra *La Política* nos arroja señales de cómo se irá construyendo el concepto de igualdad, muy cerca del concepto de justicia: “Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁵.

Así, podemos señalar, que el autor arroja primeras ideas de una justicia distributiva, es decir, aquella que busca distribuir los recursos, honores y responsabilidades de acuerdo con los méritos y las contribuciones de cada individuo. De esta forma la igualdad no significa tratar a todos exactamente de la misma manera, sino asignar a cada persona lo que le corresponde en función de su valía y capacidades, que no es otra cosa que la instauración de criterios basados en la equidad y la proporcionalidad. En un contexto de relaciones humanas, de amistad, afecto y desarrollo, el reconocimiento de las diferencias individuales y la distribución equitativa de recursos y responsabilidades contribuirán a una sociedad más justa y armoniosa. Dentro de esta idea se reconoce asimismo el tratamiento diferenciado que ciertos individuos o grupos de personas debiesen tener, para generar equidad. Miguel Carbonell, nos afirma respecto a esta idea aristotélica de la igualdad, lo siguiente: “Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en

⁵ Aristóteles, *Política*, trad. Tomás Calvo Martínez (Madrid: Gredos, 1995). p.174.

principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley, pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa, por ejemplo, que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se lo impiden. Lo mismo sucede con algunas minorías; es verdad que no hay una ley que impida que las personas de color puedan acudir a las universidades en Estados Unidos, pero todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior respecto de las personas de raza blanca”⁶.

De esta forma, se constituye como base la premisa que, para generar igualdad, lo primero debe ser el reconocimiento que no todos somos o nacemos iguales. En el contexto chileno se evidencia aún más en las múltiples brechas que dividen y separan ciertos grupos de otros, teniendo como causa diversos patrones o rasgos arraigados (algunos con más fuerza que otros) en nuestra cultura. Algunos de los grupos que ven violentados sus proyectos de vida diariamente son las mujeres y la comunidad LGTBQIA+; producto del profundo patriarcado y machismo, Los pueblos originarios y la población migrante; producto de un racismo creciente cada año tanto en la población como en el Estado de Chile, a través de la aplicación de leyes discriminatorias. Los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores desamparados por el Estado de Chile; que ven vulnerados sistemáticamente sus derechos.

Así, el mayor cuestionamiento o desafío en torno a estas ideas sobre igualdad, y en las cuales esta investigación se basará para analizar la Ley 20.609, es si el derecho puede o no servir para transformar realidad y crear bases igualitarias, o deber ser una herramienta que conserva el *status quo*, reconociendo que todos somos iguales mas no hacernos más iguales. Desde ya podemos decir que esta segunda opción se alejaría de las ideas aristotélicas en torno a la igualdad.

En este mismo sentido, si seguimos los planteamientos de Jean Jacques Rousseau, podemos articular la idea que la creación de normas jurídicas, y del

⁶ Miguel Carbonell, "LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN", Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 55, no. 244, 2017, pp. 327-341, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6900/1.pdf>. p. 38.

derecho en definitiva, trae como consecuencia el paso del estado de naturaleza al estado civil, o dicho de otra manera, pasar de un estado en el cual la desigualdad natural entre los hombres es el común denominador, al estado de igualdad jurídica. Así, este estado se configurará como un modelo de protección hacia los sujetos que se sitúan en desventajas intelectuales o físicas. Junto con esto, y no menos importante, es la superación del derecho a hacer justicia por mano propia, otorgado por la ley natural, aspecto clave en la concepción de un Estado moderno y la idea de seres humanos racionales y dignos. El Estado, así, lo entendemos como garante de un tipo de igualdad llamada igualdad sustancial, también llamada igualdad real o de hecho. Al respecto, el autor anteriormente citado nos señala: “De acuerdo con este tipo de normas, los poderes públicos deben remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la instrumentación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa; para su aplicación conviene identificar previamente a los grupos que, dentro de cada sociedad, se encuentran en situación de vulnerabilidad, respecto de los cuales se tendrán que tomar medidas de promoción y especial protección”⁷.

En definitiva, subyace la idea de entender a la igualdad sustancial y material como un mandato establecido en el Derecho Internacional, específicamente como un logro de hechos históricos. Así, una de sus más grandes expresiones es la contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en 1948 después del término de la Segunda Guerra Mundial, que establece en su primer artículo: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁸.

Para ser aún más concretos y en el mismo orden de ideas, en nuestra región tenemos la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece en su artículo 1: “Obligación de Respetar los Derechos: 1.Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en

⁷ Ídem. p.38.

⁸ Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 1 (Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, consultado el 2 de noviembre de 2023.

ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁹.

Por otra parte, el artículo 24 establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”¹⁰.

Finalmente, nuestra Constitución actual nos señala en su artículo 1 que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El mismo cuerpo legal en su artículo 19 N° 2, asegura a todas las personas “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

Luego el artículo 19 N° 3 dispone que la Constitución asegura a todas las personas: 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”¹¹.

Desde ya podemos establecer, para efectos de esta investigación, que el artículo 19 N°s1 y N°2 no garantiza efectivamente un derecho a la igualdad y debe ser complementado, actualizado a luz de estándares internacionales para proteger a grupos que antes hacíamos mención; debe ser este mandato recogido en todo nivel del ordenamiento jurídico nacional, para así permitir y sostener la legitimidad de acciones positivas a favor de estos grupos mencionados anteriormente, que han sido afectados durante mucho tiempo. Para entender en qué grado y en qué consiste un trato diferente, estudiaremos el concepto de discriminación en la amplitud de sus implicancias.

⁹ Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores. (1991, 5 de enero). Decreto 873: Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica" (No. 16022). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=16022>

¹⁰ Ídem.

¹¹ Chile. Constitución Política de la República de Chile, texto refundido, coordinado y sistematizado, decreto ley N° 100 (Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005). <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=242302>, consultado el 11 de marzo de 2024.

SOBRE LA DISCRIMINACIÓN

Entre los diferentes instrumentos internacionales que hemos mencionado anteriormente, no se encuentra una definición explícita del concepto de discriminación. Se hace referencia a él de una manera indirecta, estableciendo la obligación de los Estados de garantizar la igualdad y prohibir la discriminación en todas sus formas, y caracterizando categorías sospechosas.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en su boletín N°12.748-17 nos señala al respecto: “A partir de los elementos comunes de las definiciones, actualmente existe consenso, tanto en el Sistema de Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano, respecto a que el concepto se refiere a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad o posición económica, el nacimiento o cualquier otra índole, el origen nacional o social, la propiedad o posición económica, el nacimiento o cualquier condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. En la misma línea, se desarrollan tres elementos que nos servirán de base para entender conceptos relevantes para esta investigación.

El primero de ellos se refiere a un tratamiento diferenciado: una distinción, restricción o preferencia. En la medida que establecemos el concepto de discriminación como un concepto relacional en comparación con seres humanos, podemos situarlo en el contexto local. En nuestro país, constituye un tratamiento diferenciado aquellos actos que establecen privilegios para determinados grupos de personas, excluyendo a otros, a quienes además se le instauran determinadas cargas, desventajas o prejuicios. Así, podemos caracterizar, en un contexto desigual y capitalista como lo es Chile, como un contexto esencialmente segregador, en donde los recursos públicos, políticas públicas, seguridad social, la posibilidad de acceder a la justicia y/o áreas culturales, son destinados a una sola clase social, quienes detentan, y muchas veces dominan, el poder económico nacional.

Un segundo elemento tiene que ver con que este trato diferenciado, excluyente y preferencial, es basado en determinados motivos como: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, propiedad o posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Este listado, mencionado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), se ha entendido como no taxativo, sino meramente enunciativo, característica que se demuestra en el término “cualquier otra condición social” permitiendo así la inclusión de otras categorías no indicadas expresamente. En este sentido la Corte ha caracterizado a los tratados como instrumentos vivos que deben ser interpretados a la luz de la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales.

El principal criterio de inclusión de otras categorías no mencionadas sería todas aquellas que tuviesen una entidad asimilable¹², de manera que dicho término incluiría por ejemplo categorías como la orientación sexual e identidad de género de toda persona, la condición de refugiado, personas que viven con VIH, la edad de las personas mayores, entre otros.

Todos estos grupos de personas comparten características similares, una esencia transversal a ella, y es que cualquiera sea el trato diferente hacia ellas, existe una muy alta probabilidad que sean tratos discriminatorios.

El reconocido escritor chileno Pedro Lemebel, quien se convirtió en una figura clave, honrada y reconocida en la lucha por la igualdad, en un programa por televisión abierta chilena nos entrega una imagen muy clara sobre qué entender por minorías:

“Para hablar de minorías hay que entender que no se refiere a una suma matemática, sino a un asunto que tiene que ver con el poder. Así, las mujeres, los

¹² Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

homosexuales, las lesbianas, los jóvenes, los viejos o los pueblos originarios son minorías. Aunque sean una multitud frente a un solo hombre armado”¹³.

Ciertamente son estas personas a quienes más afectan los discursos de odio, entrando así en un concepto que ha convenido la doctrina en denominarlo “categorías sospechosas”. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entregado una serie de características que comparten estos grupos de personas, señalando que:

“no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad”¹⁴.

A este respecto ahondaremos en profundidad en el siguiente apartado, ya que para que estas categorías sospechosas sean consideradas en el marco de las políticas públicas, deben ser sometidas a un análisis exigente para verificar una serie de características que se verán al momento de estudiar la no discriminación como una obligación adquirida por los Estados.

Respecto a la comprobación de una diferencia de trato que haya sido utilizada en una decisión particular, el tribunal ha establecido que “no es necesario que la totalidad de la decisión esté basada fundamental y únicamente”¹⁵ en la orientación sexual de una persona (o de cualquiera de las demás categorías ya mencionadas), ya que bastaría constatar que de manera implícita o explícita se tuvo

¹³ Penna, Tati. "Entrevista completa: La íntima conversación de Tati Penna con Pedro Lemebel (sin censura)". CHV Noticias, 14 de abril de 2021. <https://m.youtube.com/watch?v=HfAErkTjyMc>

¹⁴ Corte Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

¹⁵ Ídem.

en cuenta hasta cierto grado la “categoría sospechosa” de la persona para adoptar la decisión.

El análisis de la Corte nos lleva irremediablemente a dotar de características este tratamiento diferenciado. Así, en un tercer lugar, este tratamiento diferenciado debe tener por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos.

Acá dejamos manifiesto que no es necesaria la intención de discriminar, ya que esto puede ocasionarse como un efecto no previsto al momento de establecer dicha medida. En este sentido, la discriminación puede ser de dos tipos: directa e indirecta. Es directa cuando el tratamiento diferenciado tenga por objeto la anulación o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho. Es indirecta cuando, por el contrario, una medida aparentemente neutra, sin perseguir o prever el objeto antes mencionado, provoque el mismo resultado o efecto perjudicial. La Corte en este sentido ha estimado “que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Tal concepto de discriminación indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo”¹⁶.

Además, otro tipo de discriminación que nos parece relevante mencionar es aquella llamada discriminación estructural. En palabras del profesor Claudio Nash, ésta se define como aquella “situación que enfrentan determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. Se trata de ciertos grupos que han sido históricamente marginados del acceso a la

¹⁶ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012.

justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de los asuntos públicos, entre otras muchas esferas”¹⁷. Desarrollando el concepto de discriminación estructural, la Corte nos entrega una serie de elementos que se requieren: (a) Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser minoría; (b) Que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable; (c) Que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural; (d) Que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región; (e) Que la política, medida o norma de jure o de facto sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional¹⁸.

Así, no deja de llamar la atención que en este tipo de discriminación es el Estado como ente permanente en el avance del tiempo y las sociedades, quien permite y no frena ciertos patrones históricos sobre cómo son percibidos ciertos grupos, siendo un terreno en el que debe el Estado actuar y tener un rol activo.

Con todo, en frente de un escenario donde se perpetúan discriminaciones directas e indirectas, y en donde, en consecuencia, debe siempre reestablecerse el principio de igualdad, los Estados deben adoptar las medidas necesarias en miras a eliminar o acelerar la eliminación de la discriminación a ciertos grupos históricamente desventajados. En el marco del Derecho Internacional, esto se refleja en la exigencia a los Estados de adoptar medidas positivas y otras llamadas medidas especiales de carácter temporal.

Las medidas especiales de carácter temporal son medidas cuyo fin es acelerar la igualdad de ciertos grupos de personas, las categorías sospechosas, por medio del establecimiento de tratamientos preferenciales a ellos, por un periodo de tiempo establecido. Podemos identificar dos elementos base de estas medidas; su carácter temporal y en ningún caso permanente; y que están destinadas a alcanzar

¹⁷ Nash, Claudio y David, Valeska. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En, Nash, Claudio y Mujica, Ignacio (Eds.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas COLAM, Organización Interamericana Universitaria, Lima, 2009, p. 173.

¹⁸ Pelletier, Paola. "La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Revista IIDH, no. 60, 2014, p. 215.

un fin determinado, siendo retiradas cuando éste se haya alcanzado. Al respecto se ha afirmado que: “El requisito de legitimidad de estas medidas es que deben estar encaminadas a la igualdad efectiva en el goce de derechos que, sin estas, no resultaría posible, debido a la existencia de patrones de exclusión arraigados institucional y culturalmente. Estas medidas tienen un límite cuál es su temporalidad, esto es, deben finalizar una vez alcanzado el objetivo de igualdad perseguido”¹⁹.

El Comité de Derechos Humanos en el marco del PIDCP consagra este tipo de medidas: “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”²⁰.

Finalmente, unida a la obligación de prohibir formas de discriminación, se envuelve la obligación de garantía de los derechos humanos. Aquella referida a la obligación de los Estados Parte a reparar quienes han sido objeto de actos discriminatorios. Analizando la jurisprudencia de la Corte IDH , podemos mencionar el establecimiento de diferentes medidas con este objetivos; medidas de restitución e indemnización y medidas de no repetición que pueden abarcar la implementación de programas formativos en derechos humanos con énfasis en el principio de igualdad, la elaboración e implementación de políticas públicas orientas a la

¹⁹ Ídem, p. 181

²⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 10.

erradicación de los actos de discriminación, y en términos generales, la adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole²¹.

SOBRE LA ANTIDISCRIMINACIÓN

La lucha contra la discriminación implica per se una obligación negativa para los Estados, la obligación de no discriminar. Es parte de una perspectiva de derechos humanos que va más allá incluso que su aplicación únicamente para casos socialmente excepcionales o en lo referido a las categorías sospechosas antes descritas. Es esta acepción, como obligación negativa, la que ha tenido una preponderancia al momento de legislar en torno a la idea de igualdad.

Uno de los cuerpos normativos que sirvió de referencia a la Ley N°20.609 fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que ha sido ampliamente interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Se ha afirmado que el Tribunal “ha ido desarrollando una sólida línea jurisprudencial, haciendo una sana aplicación del derecho, al estimar la no discriminación como derecho humano, y así ha fallado a favor múltiples pretensiones sustentadas en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”²².

Asimismo, el Tratado de Lisboa, firmado en diciembre de 2007 por parte de los Estados de la Unión Europea, recoge principios como la no discriminación que a su vez fueron recogidos en la Constitución Europea, entre lo que destacamos:

- Artículo I-3, número 3, de los objetivos de la Unión: “3. La Unión combatirá la marginación social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”.
- Artículo II-21, de los valores fundamentales de la Unión y tipos de discriminación: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales,

²¹ Informe sobre el Proyecto de Ley que modifica y fortalece la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación. Instituto de Derechos Humanos. Boletín N°12.748-17. 13 julio 2020

²² Sánchez, Ignacio. Ley Zamudio en perspectiva. Derecho Antidiscriminación chileno frente a los estándares de la Unión Europea. En Revista Tribuna Internacional, Volumen 8, N°16. 2019. p. 5.

características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”²³.

En cuanto a lo que respecta nuestra región, podemos señalar como sustento a la idea de no discriminar, algunas ideas de Constituciones de países vecinos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge el principio expresamente:

- Artículo 21: Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:
 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”.

Por otra parte, la Constitución Brasileña establece al respecto:

- Artículo 3: Los objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil son: (...) IV. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación.”

Así también, es recogido por la Constitución puertorriqueña en su artículo II sección 1; por la ecuatoriana en su artículo 11 número 2, y colombiana en su artículo 13.2.

Nuestra Constitución también recoge esta obligación negativa en su artículo 19 N° 2 inciso segundo que dispone: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. A su vez en el artículo 19 número 16, donde a propósito de la libertad de trabajo y su protección, “se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

Otra disposición referida al tema se señala en la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, estableciendo en su

²³ Proyecto de TRATADO POR EL QUE SE INSTITUYE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA, p.8.

artículo 3°, letra c), que es un derecho básico del *consumidor* “el no ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores de bienes y servicios”

Respecto a estas garantías constitucionales y su aplicación, el jurista Luigi Ferrajoli nos comentó: “Las garantías constitucionales, son protecciones para todos, pero expresan, en especial, el derecho de los más débiles”²⁴.

Podemos así establecer que el principio de no discriminación está enmarcado dentro del derecho de los más débiles, esto en cuanto obligan a los Estados a no avalar atropellos o a efectuarlos por ellos mismos, contra las personas pertenecientes a las categorías sospechosas. Así, retomando el punto mencionado en el apartado anterior, la Corte IDH considera la realización de un análisis exigente y estricto al momento de evaluar un tratamiento diferenciado hacia las categorías sospechosas, que en este caso serían “los más débiles”, siendo uno de los criterios que el trato diferente “constituya una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo”²⁵.

Este tratamiento diferenciado hacia las categorías sospechosas, de a su vez, según criterios de la Corte, seguir una fundamentación rigurosa, “lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. En efecto, es el Estado quien tiene la carga de la prueba (...)”²⁶.

A este respecto, debemos mencionar el completo silencio del derecho positivo chileno. En ningún cuerpo normativo de nuestro ordenamiento se conceptualiza a las categorías sospechosas y el desarrollo jurisprudencial y doctrinario al respecto es bastante escueto. La escasa casuística existente proviene de la aplicación de la normativa constitucional antes mencionada.

El derecho antidiscriminatorio implica, de esta forma, una aplicación bastante amplia a lo largo de diversos sectores en la sociedad civil, limitando derechos civiles, laborales, comerciales, entre otros, en miras a subsanar los excesos de ciertas

²⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999).

²⁵ Corte Corte IDH. Caso Pavéz Pavéz vs Chile. Sentencia de 4 de febrero de 2022.

²⁶ Corte Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

libertades dentro de un Estado de Derecho. Con todo, el objetivo del derecho antidiscriminatorio es prohibir las diferencias de trato y salvaguardar de forma indirecta el principio de igualdad.

A nivel social, podemos establecer desde ya un impacto en cómo las normas son presentadas. El ejercicio de no discriminar, referido a la prohibición general u obligación negativa de efectuar tratamientos diferenciados que no posean una justificación objetiva y razonable, reconocido como un principio válido y necesario, es insuficiente a la hora de generar en la sociedad civil una idea de igualdad.

Queda reducido así a una aplicación pequeña, percibida como un elemento favorable únicamente a grupos minoritarios. La antidiscriminación no sería una solución efectiva al problema, ya que para cambiar patrones culturales, el esfuerzo debe provenir desde los mismos tejidos socioculturales, es decir, el mismo lugar que los ve originarse y luego desarrollarse. Como bien señala Luigi Ferrajoli: “Es evidente que la efectividad de un derecho no depende solamente de los procedimientos formales de averiguación y sanción de sus violaciones, sino sobre todo del sentido común que se va formando en torno al mismo en la práctica social y del valor normativo que se le atribuye en la comunicación política”²⁷.

En el mismo sentido, consideramos, que la obligación primordial al tratar temas de igualdad y no discriminación por parte de los Estados, debería ser la obligación positiva, es decir, la obligación que los Estados adopten medidas positivas teniendo como principal rector, y garantizando efectivamente, el principio de igualdad de todos los seres humanos. Se ha afirmado que: “La promoción por parte del Estado de las capacidades de los miembros de grupos vulnerables permite, por una parte, protegerlos contra el desprecio social que caracteriza a la discriminación, pero también permite, y esto es probablemente más importante en el largo plazo, habilitarlos como ciudadanos con un sentido del autorrespeto y capaces de reclamar, al cabo del tiempo, el respeto de los demás hacia sus derechos. El tratamiento diferenciado positivo debe conducir, en este sentido, a “dotar de poder” a los miembros de estos grupos. De este modo, la discriminación tiene que hacerse visible en los ordenamientos legales no sólo para castigar su

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999).

puesta en práctica, sino también para compensar el daño histórico padecido por los grupos sujetos a ella y para prevenir, tanto por medio de la educación como por temor al castigo judicial o administrativo, la comisión de futuras prácticas discriminatorias”²⁸.

Con todo, podemos establecer que tanto los conceptos de discriminación y antidiscriminación se relacionan directamente con los discursos de odio o *hate speech*, mas no significan lo mismo. Entre ellos podemos distinguir diferentes aspectos como su amplitud de acción, la naturaleza de los derechos protegidos y su intencionalidad.

SOBRE LOS DISCURSOS DE ODIO

Antes de pormenorizar las diferencias existentes entre el derecho antidiscriminatorio y los discursos de odio, introduciremos ideas entorno al concepto de discursos de odio o *hate speech*. Esta conceptualización cobra vital importancia toda vez que el caso en estudio (la Ley N°20.609) es popularmente conocida por el nombre de la persona que fue víctima de asesinato y tortura por parte de un grupo de hombres que aludieron símbolos nazis en la comisión del crimen.

Este concepto ha ido abarcando una gran cantidad de acepciones, pudiendo encontrarlo a su vez en expresiones como “incitación al odio”, “incitación a la violencia”, “apología al odio”, “promoción del odio”, “expresiones de odio”, “difamación colectiva” y/u *odium dictum*.

La UNESCO en su informe “*Countering Online Hatespeech*” analiza las diferentes acepciones que se han dado a la luz del Derecho Internacional sobre este concepto, estableciendo que se refiere a “expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base a la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende a

²⁸ Rodríguez, Jesús. "Discriminación, Igualdad y Diferencia Política" (2007). Disponible (en línea) <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27899.pdf>.

las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas”²⁹.

Por otra parte, el Consejo de Europa en su Comisión contra el Racismo y la Intolerancia, otorga ciertas hipótesis a modo de ejemplos en donde encontraremos discursos de odio, señalando que el término se define como “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”³⁰.

El PIDCP en su artículo 20 prohíbe aquellos discursos de odio basados en circunstancias de nacionalidad, raza o religión, pero califica esta prohibición bajo una prueba de tres requisitos (o tripartita), ya que el discurso debe calificar como apología del odio, constituir incitación a la discriminación, sumado a la hostilidad o la violencia³¹.

En el contexto de Latinoamérica, Argentina en la Ley N°23.592 de 1988 que penaliza los actos discriminatorios, señala respecto a los discursos de odio, en su artículo 3° “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma”³².

²⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). “Countering Online Hatespeech” Paris, <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf> p. 10.

³⁰ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, “Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio Y Memorandum explicativo”, 2016, <http://www.caib.es/sites/convivexit/f/220908>. p. 32.

³¹ Artículo 20: 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. 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 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

³² Argentina.gob.ar. “Ley 23.592. Medidas contra actos discriminatorios - Texto actualizado” <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23592-20465/actualizacion> Accedido el 29 de julio 2024.

Así, los discursos de odio siempre implican un acto discriminatorio, es decir, la discriminación es *conditio sine qua non* en los discursos de odio. Mas no siempre los actos discriminatorios serán categorizados como discursos de odio. He ahí la importancia de analizar los conceptos a la luz de sus diferencias, sobre todo en lo que respecta a la posibilidad de combatir cada problema; por una parte, la prohibición (en algunos casos tipificación) de los discursos de odio, versus el derecho antidiscriminatorio³³.

El primer factor diferenciador serán los derechos afectados en la prohibición de cada uno. La prohibición de los discursos de odio tiene como principal objetivo limitar el derecho a la libertad de expresión para así generar condiciones de igualdad y respeto en una sociedad democrática, prohibiendo la denigración o incitación de odio, intolerancia, discriminación o violencia hacia las minorías y que resulte en la consecuencia de actos violentos o delitos de odio en su contra. Mientras que el derecho antidiscriminatorio tiene por objetivo limitar derechos civiles, comerciales y laborales. En ese sentido, la antidiscriminación abarca un terreno bastante más amplio debido a que es más específico respecto a los actos u omisiones en que se pueda incurrir, protegiendo de esta forma la igualdad formal ante diferencias de trato.

Así, los legitimados activos para accionar son sujetos diferentes. Por una parte, en las legislaciones antidiscriminatorias el legitimado activo es un individuo particular que ha sido víctima de un trato discriminatorio y sufrió un perjuicio determinado producto de lo anterior. Por otra parte, el legitimado activo en las legislaciones prohibitivas de discursos de odio es difícil de identificar. El perjuicio en este caso no es individual (en la mayoría de los casos) ya que un grupo entero de personas se ven vulneradas.

Por otra parte, un segundo factor diferenciador son los grupos protegidos: en tanto el derecho antidiscriminatorio protege grupos amplios, o en palabras de la

³³ Juan Cajigal G., “Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión,” en Repositorio Universidad de Chile, <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159498> (Santiago: Universidad de Chile, 2018), p.19.

misma Corte, listándolos de manera meramente enunciativa. Así, en la caso en cuestión, la Ley 20.609 en su artículo 3 nos entrega una lista de motivos frente a los cuales no se podrá discriminar arbitrariamente, como son la raza o etnia, nacionalidad, situación económica, idioma, ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. De esta forma, lo medular es que dicho acto sea carente de una razón legítima (arbitraria), albergando así un gran abanico de posibilidades respecto a los grupos o personas a quienes podría proteger. Por otro lado, en lo referente a la prohibición de los discursos de odio, estos buscan proteger aquellos grupos que han sido históricamente violentados, de forma mucho más específica, concentrada y restrictiva. Poseen criterios más graves para limitarlos que el derecho antidiscriminatorio, lo que es concordante con el primer factor diferenciador, toda vez que limitar el derecho a la libertad de expresión implica una mayor exigencia que limitar derechos específicos como los comerciales o contractuales. Al respecto de este punto de vista se ha señalado que “De modo similar, tampoco suelen ser sancionados los discursos de odio que, si bien son en función de alguno de los criterios protegidos, se dirigen en contra de las mayorías privilegiadas (por lo menos en la mayoría de las legislaciones nacionales que contemplan esta restricción), como por ejemplo si en Europa una persona de raza negra dirige discursos de odio en contra de personas de raza blanca; a diferencia del derecho antidiscriminatorio en donde una persona de raza negra sí puede ser sancionado por discriminar en contra de una persona de raza blanca”³⁴.

Finalmente, un tercer factor que distingue a ambos tipos de legislaciones es la intencionalidad. Es clave en la legislación que prohíbe los discursos de odio una intencionalidad de denigrar o incitar al desprecio a ciertos grupos desprotegidos por parte del emisor. El odio es la característica diferenciadora, que podríamos asimilar esta intencionalidad a la figura del dolo en derecho civil. Respecto del derecho

³⁴ Ídem, p.21.

antidiscriminatorio, la intencionalidad es menos lesiva, configurándose como un mero sentimiento de desconfianza contra aquellos grupos. Su única característica diferenciadora sería la carencia de algún fundamento que la justifique y se podría asimilar a la figura de la culpa.

Con todo, y analizando ambos conceptos a luz de las sociedades modernas, pluralistas, igualitarias y democráticas, donde predomina un Estado de Derecho, podemos categorizarlos como anomalías del pensamiento o deformidades, que suponen la supremacía ideológica, étnica o racial de alguna raza sobre otra, o de un género, o de una religión. Fueron alguno de estos motivos, no frenados por la propia sociedad civil, o por leyes que respondieran a la cantidad de crímenes que ya estaban sucediendo, los que llevaron a la comisión de uno de los crímenes más atroces y violentos de la historia reciente de nuestro país. El crimen al joven Daniel Zamudio Vera en 2012 dio origen a la aceleración de un proyecto de ley que llevaba descansando en el Congreso Nacional desde el año 2005 y cuyo estudio, a la luz de los estándares internacionales, es el principal objetivo de esta investigación.

CAPÍTULO II. ANÁLISIS DE LEY N.º 20.609

HITOS CLAVE Y ESPÍRITU GENERAL DE LA LEY

Antes de su promulgación en julio del año 2012, la Ley 20.609 había sido ingresada como Proyecto de Ley por el ex Presidente Ricardo Lagos Escobar con fecha 14 de marzo de 2005. La Ley establecía medidas contra la discriminación y si bien no despertaba gran interés en la opinión pública ni en los congresistas, la sociedad civil a través de organizaciones defensoras de los derechos de la comunidad LGTBIQ+, lograron la urgencia necesaria, provocando un gran debate sobre si la categoría identidad de género debía o no incluirse en la lista de criterios protegidos. El día 8 de noviembre de 2011 se lograba este propósito, sin embargo, la Corte Suprema en un informe emitido al Senado señalaba que dicho derecho se encontraba ya bastante abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, a través de acciones constitucionales y legales³⁵.

Los dos hechos que tornaron aún más urgente la necesidad de legislar sobre antidiscriminación en nuestro país fueron en primer lugar, la condena al Estado de Chile por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y Niñas en febrero de 2012 y, en segundo lugar, la tortura y posterior muerte del joven homosexual Daniel Zamudio Vera a consecuencia de los golpes recibidos como parte de un grupo de jóvenes haciendo alusión a símbolos nazis.

El caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

El caso se origina en el proceso de tuición interpuesto por el padre de las niñas demandando el cuidado de éstas en contra de la madre Karen Atala Riffo, por considerar que su orientación sexual y su convivencia en el hogar común con una pareja del mismo sexo producirían un daño irreversible a las niñas. La Corte Suprema de Justicia, a través de un recurso de queja deducido por el padre, revoca

³⁵ Gauché, Ximena. "Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013," Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 5, no. 1 (2014), p. 36.

la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que confería la tuición de las hijas a la madre, señalando como argumentos la interposición del interés propio de la madre postergando el interés superior de las niñas en pos de vivir en una familia tradicional, una eventual confusión de roles sexuales producto de la ausencia de la figura paterna de sexo masculino y la eventual discriminación social que sufrirían las niñas. Todo ello configuraba “*causal calificada*” conforme al artículo 225 del Código Civil, para entregar la tuición al padre.

Junto con esto, se abre una investigación disciplinaria por la cual se formulan cargos contra Atala, quien se desempeñaba como jueza de garantía, fundada en publicaciones de prensa de la época tratándola como lesbiana y estimando que ello trascendía el ámbito privado y dañaba la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial.

Es en base a todo esto que se recurre ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (la Comisión) quien demanda al Estado de Chile ante la Corte en septiembre de 2010. El objeto del caso era determinar si en el juicio iniciado por el padre se habían vulnerado algunos de los derechos reconocidos y amparados por la CADH. Ahora bien, la pregunta del caso radicaba principalmente en si era la orientación sexual una categoría protegida por la CADH en el marco del artículo 1.1. La respuesta es que sí, ya que, si bien la orientación sexual no se menciona en lista como criterio de no discriminación, la CIDH ha entendido que esa enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa, característica que se demuestra en el término “*cualquier otra condición social*” permitiendo así la inclusión de otras categorías no indicadas expresamente. En este sentido la Corte ha caracterizado a los tratados como instrumentos vivos que deben ser interpretados a la luz de la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales, de manera que dicho término incluiría el criterio de orientación sexual e identidad de género de toda persona.

Respecto a la comprobación de una diferencia de trato que había sido utilizada en la decisión particular, el tribunal ha establecido que “no es necesario que la totalidad de la decisión esté basada fundamental y únicamente” en la orientación sexual de una persona, ya que bastaría “constatar que de manera

implícita o explícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar la decisión”³⁶.

En el caso particular, y en virtud de los argumentos señalados por las autoridades nacionales expuestos anteriormente, junto con sus conductas y el lenguaje utilizado; es que la Corte concluyó que se configuró una diferencia de trato “discriminatoria” con origen en la orientación sexual de la Sra. Atala, otorgándole especial importancia en este factor para decidir sobre el cuidado de sus hijas.

También es destacable lo dicho por la Corte respecto al interés superior del niño y su interpretación, señalando que “no son admisibles las presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a conceptos tradicionales de familia”. El tribunal así estimó que “en el marco de sociedades contemporáneas, los cambios sociales y culturales encaminan el desarrollo inclusivo de toda opción de vida de los ciudadanos, lo cual evidencia la aceptación de los más diversos vínculos interraciales, madres/padres solteros, parejas divorciadas, etc. Y en ese sentido, los estados y el derecho deben ayudar al avance social ya que de lo contrario se consolidarían nuevas formas de discriminación violatorias de DDHH”³⁷.

Finalmente, el Tribunal concluye que, si bien la decisión de la Corte Suprema pretendía la protección del interés superior de las niñas, no se probó que su motivación fuera la más idónea para dicho fin, al no comprobar que la convivencia de Atala y su pareja afectaran negativamente a dicho principio. Muy por el contrario, se utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y discriminatorios como fundamento. Por tanto, se declara que el Estado de Chile vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de Karen Atala. Así, la Corte impuso las siguientes medidas a modo de reparación:

- 1) Atención médica y/o psicológica gratuita de forma inmediata, adecuada y efectiva a las víctimas.

³⁶ Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2012. p. 4.

³⁷ Ídem.

- 2) Publicación en el Diario Oficial de un resumen de la sentencia y en un diario de amplia circulación nacional; y de la sentencia íntegra en el sitio web oficial del Gobierno.
- 3) Realización de un acto público en el que se reconoce la responsabilidad internacional por los hechos del caso, refiriéndose a las violaciones de derechos humanos declaradas.
- 4) Pago por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos por las cantidades fijadas.
- 5) Implementación de programas y cursos permanentes de educación y capacitación en materias de no discriminación, equidad de género y población LGTBIQ+ a funcionarios públicos particularmente del Poder Judicial.

La condena repercutió de gran manera en toda la región, marcando un hito en la jurisprudencia de la Corte, contribuyendo al avance de los cambios en favor de la erradicación de la discriminación y respeto hacia la diversidad como un valor garantizado.

Asesinato de Daniel Zamudio Vera.

La madrugada del 03 de marzo de 2012, en el interior de un parque en el centro de la ciudad de Santiago, era encontrado un cuerpo brutalmente atacado y torturado. Citaré textual lo señalado por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal para que quede objetivamente consignada la brutalidad de los hechos: “Los imputados, actuando voluntaria y conjuntamente, con el propósito de darle muerte, prevaliéndose de su imposibilidad de defensa y atendida la hora, lo solitario del lugar y las pocas posibilidades de ser descubiertos; agredieron reiteradamente a la víctima don DANIEL ZAMUDIO VERA, con zamarreos, golpes de pie, puño y objetos contundentes, en diversas partes de su cuerpo, especialmente en su cabeza, tronco y extremidades. Aun cuando, la víctima no podía defenderse y ya se encontraba

suficientemente lesionado; con la intención de inferir mayor efectividad en las lesiones y causar un dolor o sufrimiento excesivo o innecesario, los acusados ocuparon una botella de vidrio y una piedra de tamaño considerable, para seguir golpeándolo en su cabeza, tronco y extremidades. Específicamente, con los vidrios de una botella quebrada, provocaron cortes en su oreja y dibujaron esvásticas en su tórax, abdomen y región dorsal, mediante cortes en su piel. Asimismo y de manera absolutamente injustificada -sólo con el propósito de causar más daño y dolor a la víctima- lanzaron sobre una de sus piernas, una piedra de tamaño considerable, ocasionándole una fractura expuesta a la altura de la tibia y el peroné. Del mismo modo -utilizando cigarrillos encendidos- efectuaron quemaduras en su piel en la región torácica anterior. Todo aquello -como se ha expuesto- para aumentar el dolor y la ignominia de la víctima, dada su orientación homosexual”³⁸.

Ingresa a la Posta Central en estado grave y con riesgo vital, donde se señala el estado de su cuerpo: “Traumatismo Cráneo Encefálico (TEC) Grave, con hemorragia subaracnoidea (HSA) Traumática, colección Yuxtadural laminar Fronto Parieto Occipital (F-P-O) derecha y daño axonal difuso. 2.- Fractura expuesta tibio-peroné derecha de carácter grave. 3.- Lesiones múltiples corto-contusas y contusas en región facial, tórax y extremidades. 4.- Quemaduras por cigarrillos”³⁹. Tras su ingreso, Daniel agonizó dando pequeñas señales de leves mejorías que no fueron regulares, hasta su muerte el 19 de marzo de 2012.

La calificación de suma urgencia al Proyecto de Ley Antidiscriminación fue un acto al que el entonces Presidente Sebastián Piñera se vio obligado tras el gran impacto ocasionado por una de las muertes más atroces que vivió la historia reciente de nuestro país. Tras un no sencillo debate público, con voces de sectores conservadores que insinuaban la promiscuidad de Daniel, que por lo demás no había cómo comprobar, como un factor motivador de sus asesinos⁴⁰ , se logra la

³⁸ Causa RIT N° 203-2013, 2013. Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. p. 6.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Reyes Jorge, ex asesor de Servicio de Salud de la Región del Biobío, 2012; “la opinión pública tendría una postura diferente sobre la muerte de Zamudio si conociera más antecedentes de su vida”. Respecto de la medida legal dice que “una parafernalia política para satisfacer a grupos minoritarios que lamentablemente nos significarán a nosotros serias pérdidas de derechos” En

modificación del artículo 2º en base a la propuesta del Ejecutivo de eliminar la vinculación de los delitos sexuales con la “orientación sexual” e incorporar como un criterio agravante de la responsabilidad penal la identidad de género de cada ser humano. Finalmente se promulga la Ley 20.609 con el nombre de “Ley Zamudio” el 12 de julio de 2012.

Espíritu general de la ley.

El Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley del Ejecutivo en 2005 versaba sobre los cambios sufridos por el país que, producto de la globalización, ha visto acentuada la diversidad cultural y de estilos de vida de sus integrantes, hecho que hace necesario el resguardo de sus derechos fundamentales. Esta diversidad “plantea una serie de desafíos al Estado y a sus gobiernos, teniendo siempre presente que uno de los deberes primordiales de éste consiste en estar al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.⁴¹ Se dijo también, respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos que ésta “marcó un hito histórico y diferenciador al comprometerse a reconocer y respetar la dignidad intrínseca y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, entre los que se encuentra la no discriminación”⁴².

Así, el artículo 1 del Proyecto de Ley original versaba: "Las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona" ⁴³.

Las diversas discusiones en la Historia de la Ley 20.609, repercutieron en que su artículo 1º, inciso 1º se estableciera de la siguiente forma: “Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”.

<https://www.biobiochile.cl/noticias/2012/04/08/jorge-reyes-por-interpretacion-de-sus-declaraciones-no-fue-lo-que-yo-dije.shtml>

⁴¹ Historia de la Ley 20.609. Biblioteca del Congreso Nacional, p.5

⁴² Ídem.

⁴³ Historia de la Ley 20.609. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 9

De tal forma podemos señalar que los propósitos de ambas legislaciones difieren. Mientras que la intención inicial fue prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona, la actual ley tiene como propósito establecer una acción judicial frente a tratos discriminatorios arbitrarios, lo anterior, sin que este acto esté justificado en el ejercicio de algún otro derecho fundamental. Las principales características de esta acción judicial son su carácter sumarísimo, con plazos incluso más acotados que un procedimiento sumario establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Como veremos a continuación en el análisis sustancial de los puntos débiles de la ley, esta última posibilidad de justificación de parte del victimario constituye un problema en la lucha contra la discriminación, obstaculizando el propósito de la Ley y no generando un mecanismo idóneo para ello sino limitándolo dada la brevedad de los plazos que estatuye.

Si bien hubo avances⁴⁴ en torno a la idea de crear leyes en diferentes áreas que combatan la discriminación arbitraria, estos han sido insuficientes y es de público conocimiento que la Ley falla en lograr su objetivo, de hecho los crímenes de odio y denuncias de la comunidad LGBTIQ+ han aumentado considerablemente en un 52,6%⁴⁵, siendo la cifra más alta que se ha registrado, y la acción judicial contemplada en ella no se ha consolidado como una herramienta idónea en la lucha contra la discriminación.

⁴⁴ Implican un avance en este sentido la promulgación de la Ley de Unión Civil en el año 2015; la Ley de Matrimonio Igualitario en el año 2021; la Ley de Identidad de Género en el año 2018; la derogación del artículo 365 del Código Penal que establecía distintas edades de consentimiento sexual según la orientación sexual de las personas, discriminando abiertamente a hombres jóvenes que tienen sexo con hombres, esto en el marco de la Ley 21.483 que Refuerza la Protección Penal de niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad; la Ley 21.150 que Modifica la ley N° 20.530 y crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, creando una nueva definición de familia que incorpora los lazos afectivos, y en consecuencia a las parejas del mismo sexo y familias homoparentales, estén o no unidas legalmente; la Ley 21.331 de Salud Mental que impide tratar a la homosexualidad o transexualidad como una enfermedad en tratamientos de salud mental; la Ley sobre Violencia Escolar en el año 2011; la Ley de Inclusión Educacional en el año 2015, la Ley 21.091 de Educación Superior en el año 2018, que garantiza la no discriminación en la educación superior; la Ordenanza Municipal contra la Discriminación aprobada por Santiago, La Serena, Chillán, Puerto Montt, El Monte, El Quisco y Puchuncaví, entre otras.

⁴⁵ Movilh. XXII Informe Anual de DDHH Diversidad Sexual y de Género 2023. p. 13. Disponible en <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2024/03/XXII.-Informe-Anual-de-DDHH-Diversidad-Sexual-y-de-Genero-2023-Movilh.pdf>

ANÁLISIS PROCESAL Y SUSTANCIAL DE LA LEY

Durante los primeros 10 años de vigencia de la Ley, de acuerdo a cifras de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, publicadas por el Informe Anual de DDHH 2023 del INDH, desde el 2012 al 2022 se ingresaron apenas 597 causas, de las cuales 571 llegaron a tribunales civiles y 26 a penales. Del total, 215 fueron vistas por Cortes de Apelaciones y 43 por la Corte Suprema.

Del total de causas civiles, solo un 5,9% terminó con una sentencia total o parcialmente favorable a las víctimas. Del total de sentencias civiles, en tanto, en el 73,1% de los casos fue rechazada la demanda; en el 2,9% fue acogida parcialmente y en el 22,3% totalmente. Estas cifras no constituyen un logro en esta materia⁴⁶. En otras palabras, el principal mecanismo que contempla la Ley no está siendo utilizado o preferido por las personas al momento de frenar un acto discriminatorio, y cuando es elegido, pocas veces resulta en justicia para sus víctimas, muy por el contrario, implica otro esfuerzo y menoscabo económico para ellas, en virtud de enriquecer injustamente al Estado vía la multa a beneficio fiscal.

Actualmente el Proyecto de Ley N°12.748-17 que introduce modificaciones a la Ley, presentado con fecha 3 de julio de 2019 por la Cámara del Senado, a la fecha de esta investigación se encuentra en segundo trámite aprobado por la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados y Diputadas.

A continuación, analizaremos críticamente aquellos puntos de la Ley, considerando sus aspectos procesales propiamente tales, los problemas que derivan en el retardo de resultados justos para las víctimas, si hay o no una solución a ello contemplada en el actual Proyecto de Ley que lo reforme en cuyo caso afirmativo, analizaremos si es suficiente o se debe precisar aún más, de acuerdo a los estándares de la Corte.

⁴⁶ Ídem, p. 290.

CONCEPTUALIZACIONES AMBIGUAS

Al respecto podemos señalar que los conceptos clave de la ley no se encuentran definidos de forma precisa, o se definen de forma confusa. En primer término, el propósito de la Ley es confuso toda vez que se visualiza a la acción jurisdiccional y su regulación procedimental como el único objetivo, la única herramienta con la cual se podría frenar actos discriminatorios.

Por una parte, en su artículo 2^o⁴⁷ señala una serie de motivos frente a los cuales una persona no puede ser discriminada. Este listado, como vimos en capítulos anteriores, aunque es coincidente (mas no necesariamente completo) con el concepto de categorías sospechosas, no nos entrega una definición propiamente tal y tampoco menciona alguna de las voces “*cualquier otra condición social*” o “*entre otras*” para interpretar al listado como uno meramente enunciativo, tal como se ha establecido e interpretado según la jurisprudencia de la Corte, como hemos visto anteriormente. Si bien la interpretación de la jurisprudencia nacional ha podido extender el listado a otros motivos, una Ley precisa y completa debiese contemplar aquellos detalles para no dejar espacio a ambigüedades. Es más, el mismo artículo en su inciso segundo⁴⁸ señala una limitación o advertencia respecto de ciertos comportamientos en el ejercicio de sus derechos que pudieran, hipotéticamente, tener estos grupos. Así lo afirma José Díaz de Valdés:

⁴⁷ Artículo 2º de la Ley N°20.609: Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

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

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

⁴⁸ Ídem

“Esta norma escapa al ámbito de la no discriminación, y su propósito pareciera ser la limitación de los efectos que pudiera tener el reconocimiento que hace la Ley de “categorías sospechosas” sobre el resto del ordenamiento jurídico. Dejando a un lado la discusión anterior respecto de la indeterminación de las consecuencias normativas de dicho reconocimiento, el inciso en comento parece cumplir una función preventiva: cualesquiera sean esas consecuencias normativas, aquellas: i) no alcanzan a la modificación de otros cuerpos legales, y ii) no podrán invocarse en contra del orden público. (...) Más aún, demuestra así el legislador una suerte de pudor –o derechamente temor– a los efectos de su reciente creación sobre el conjunto del ordenamiento jurídico”

El artículo en comento tampoco se hace cargo del tipo de discriminación indirecta y estructural que pueden afectar a las categorías sospechosas. Ineludiblemente, esto nos conduce a otro punto deficiente que tiene la Ley: el conocimiento del conflicto a cargo de un juez con competencia común. Como veremos más adelante, este tipo de discriminaciones tan complejas y multidimensionales no pueden abordarse, reconocerse, ni perseguirse en un tribunal inferior.

Al respecto, el Proyecto de Ley incorpora los distintos tipos de discriminación directa, indirecta, múltiple y estructural de la siguiente forma: “Artículo 2° bis. (...) La discriminación estructural es la discriminación de carácter grave que se ejerce en perjuicio de grupos vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido históricamente marginados, excluidos o discriminados en sus circunstancias materiales, producto de las condiciones reales de subordinación pese al reconocimiento formalmente igualitario de sus derechos”⁴⁹. Sin embargo, en términos de lo razonado por la Corte, como vimos en el apartado de discriminación de esta investigación, la definición presentada en el Proyecto de Ley no contemplaría todos los elementos requeridos por ésta.

⁴⁹ Informe de Proyecto de Ley N°39-2020. Boletín N°12.748-14 p. 19.

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA SE ENCUENTRA RESTRINGIDA

En artículo 4 de la Ley⁵⁰ nos indica que el legitimado activo para ejercer la acción de no discriminación es únicamente la persona que ha sufrido el acto discriminatorio y sus derivados señalados en la ley. De esta forma, la Ley recoge una idea de igualdad propia del ejercicio de derechos fundamentales, una centrada en el individuo y sus derechos.

Sin perjuicio que la discriminación en la mayoría de los casos sí se dirige contra un individuo, la conceptualización de las categorías sospechosas, y el objetivo de comenzar a instaurar ideas en torno a la prohibición de los discursos de odio, se debe reconocer por esta legislación la discriminación hacia un grupo, o por ser el individuo perteneciente a un grupo determinado. De esta forma lo señala José Díaz de Valdez: “Si bien puede argumentarse que no se intenta proteger a grupos, sino que a los individuos que componen esos grupos, en realidad la Ley lo que está haciendo es identificar grupos sujetos a discriminación, presumiendo que los individuos pertenecientes a esos grupos sufren discriminación por su pertenencia al grupo. En otras palabras, cuando la Ley prohíbe la discriminación en base a la religión, lo que está haciendo es advertir que es justamente la pertenencia a un grupo religioso lo que gatilla la discriminación sufrida por personas concretas”⁵¹.

Precisamente la discriminación hacia un grupo de personas es algo de lo que una legislación antidiscriminación debe hacerse cargo. Es por ello por lo que consideramos la legitimación activa presente en la Ley de carácter restringido. Toda vez que no se permite que, por ejemplo, sea una organización, estatal o de carácter privado, o agrupación de personas, quienes sean víctimas de un acto discriminatorio por verse afectado un interés colectivo.

⁵⁰ Artículo 4° de la Ley N°20.609: “La acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación. También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla”

⁵¹ José Díaz de Valdés, “¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?” Revista actualidad jurídica 28 (2013), p. 290.

El Proyecto de Ley, en tanto, reconoce el carácter generalizado que puede tener la discriminación, permitiendo que personas jurídicas sin fines de lucro que se dediquen a la promoción y defensa de los derechos de estos grupos, puedan deducir la acción. También se contempla la posibilidad de ser presentada por un grupo de personas cuando sean afectadas por un acto discriminatorio arbitrario.

EXISTENCIA DE MULTA EN BENEFICIO FISCAL E IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

A este respecto es preciso analizar el artículo 12 de la Ley que señala respecto a la sentencia: “Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio. Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal”.

De este artículo podemos identificar dos problemas. En primer lugar, la existencia de una multa en beneficio fiscal; y por otra parte la imposibilidad de la víctima de obtener mediante este procedimiento una indemnización de los perjuicios sufridos.

Ambos elementos perjudiciosos para la víctima se relacionan entre sí. Si la denuncia, a juicio del tribunal, se estima que carece de todo fundamento, se aplicará en consecuencia la multa a beneficio fiscal en forma de castigo al denunciante. Junto con esto destacamos que en toda la ley no existe disposición alguna referida a la posibilidad de solicitar la víctima, o de otorgar el juez, en el caso de dictar una sentencia favorable, una indemnización por los perjuicios ocasionados a la víctima. La multa a la que es condenado el victimario es también a beneficio fiscal.

Como vimos en el caso de la jueza Atala, estos perjuicios pueden ser de diferentes tipos; incluido el lucro cesante por ejemplo si éstos afectan la esfera laboral; y también extrapatrimonial, por el daño a la reputación y honra de la persona víctima de vejaciones. Con todo, debe ser la víctima quien, en otro juicio ordinario de lato conocimiento, persiga la obtención de una suma de dinero por concepto de

indemnización de perjuicios. Al respecto, se ha fallado: “Es absolutamente clara la ley en señalar que las posibilidades que tiene la judicatura, en relación al artículo 12 de la misma, se encuentran totalmente acotadas, y más aún, en el orden patrimonial, limitadas a la imposición de una multa a beneficio fiscal, con lo que se evita la proliferación de este tipo de juicios con fines meramente lucrativos o especulativos. El único caso que permite, como se señala en el artículo 12 de la Ley 20.609, establecer alguna prestación o condena de tipo patrimonial, lo hace a título de multa y a beneficio fiscal, excluyendo del todo la posibilidad de indemnizar civilmente por esta vía las pretensiones de las partes. Así, es totalmente improcedente la solicitud de fojas 13 en relación a indemnizar al demandante con un sueldo mínimo por cada mes desde que ocurrieron los hechos, por ocho meses o hasta que se resuelva el litigio, a título de daño moral, pues el afán lucrativo o indemnizatorio está totalmente alejado de este tipo de procedimientos de cautela, debiendo el demandante hacer su pretensión en procedimiento distinto”⁵².

Lo anterior sería una afectación directa al principio de reparación integral del daño, reconocido por nuestro ordenamiento expresamente en el artículo 2.314⁵³ del Código Civil, y más aún, iría en contra de los propósitos de la Ley, e incluso de los fines de la acción, en el sentido de poner en movimiento la función jurisdiccional en tanto desincentiva a las víctimas a denunciar actos discriminatorios ya que, como veremos más adelante, además la prueba que recae sobre ellas es bastante difícil de conseguir, resultando así en una tardía o incluso nula llegada de justicia, ya sea por no accionar derechamente, o porque los supuestos del proceso contemplado en la Ley no garantizan una protección y reparación a las víctimas, violando así el derecho humano de ser reparado íntegramente. Es este motivo sino el más relevante a la hora de analizar los números de casos que han conseguido sentencia favorable invocando la acción de no discriminación consagrada en la Ley.

En el supuesto que sea un agente o funcionario dependiente del Estado quien haya perpetrado un acto discriminatorio y, la consecución del procedimiento haya

⁵² 22° Juzgado Civil de Santiago, rol N ° 20750-2012, de 25 de junio de 2013.

⁵³ Art. 2314. del Código Civil: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

estimado esta denuncia como infundada, factor altamente probable debido a la experiencia recogida hasta el momento y también debido a las altas exigencias probatorias a las víctimas, y en consecuencia se exija el pago de la multa, dicha multa a beneficio fiscal constituirá, además, a nuestro juicio, un enriquecimiento sin causa a favor del Estado. Toda vez que el enriquecimiento implicaría un detrimento patrimonial a la víctima que no pudo probar el acto discriminatorio, o bien porque el victimario (que siendo un agente del Estado es muy probable que cuente con una robusta defensa jurídica) pudo justificar su actuar en el ejercicio de algún derecho o deber reconocido. Según la jurista chilena Elena Caffarena: “La acción de enriquecimiento sin causa se funda en la regla de equidad de que nadie debe enriquecerse sin causa a expensas de otro. Semánticamente, equidad – a sequitas significa igualdad; hacer respetar la equidad es poner en un mismo pie de igualdad los derechos de todos los individuos, asegurar a cada uno la misma cantidad de ventajas y la misma suma de beneficios. La equidad viene a ser un principio de igualdad, de equilibrio, de armonía”⁵⁴. A todas luces, el enriquecimiento sin causa es una figura a la que todo nuestro ordenamiento jurídico repele, por lo mismo es que consideramos un gran descuido por parte del Legislador, que exista esta posibilidad en la aplicación de una ley antidiscriminación.

El Proyecto de Ley actual se hace cargo de esta problemática contemplando la posibilidad que el actor deduzca acción de no discriminación y, conjuntamente, una acción indemnizatoria, donde parte podrá el juez decretar otras medidas especiales de reparación como disculpas públicas, medidas de rehabilitación físicas o psicológicas al condenado. Al mismo tiempo aumenta hasta 500 UTM la multa a beneficio fiscal. Al respecto debemos afirmar que, si bien es un logro sustancial el reconocimiento del derecho a indemnizar el daño sufrido por la víctima, estas deben ser robustecidas con medidas que aseguren la no repetición de los hechos que provocaron la violación a los derechos humanos⁵⁵.

⁵⁴ Caffarena Morice, Elena. 1926. El enriquecimiento sin causa a expensas de otro en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107143> p. 43.

⁵⁵ Informe sobre el Proyecto de Ley que modifica y fortalece la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación. Instituto de Derechos Humanos. Boletín N°12.748-17. 13 julio 2020 p. 19.

DERECHOS EN CONFLICTO

La posibilidad de justificar el acto discriminatorio en el ejercicio de un derecho fundamental debidamente reconocido, por parte del victimario, implica, a todas luces, una colisión de derechos. Este acto es efectuado en un informe solicitado al denunciado por parte del Tribunal, quien tendrán un plazo de 10 días para acompañarlo.

Es acá donde el papel del juez se torna aún más relevante, ya que es él quien debe ponderar en el caso concreto, si hay o no discriminación. El legislador de esta forma dibuja un escenario bastante dificultoso, toda vez que dicha ponderación debe versar sobre si es o no el principio de igualdad y no discriminación un principio de mayor estatus jurídico que otros derechos fundamentales involucrados. Esto, sin duda alguna, atenta contra el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos⁵⁶.

El Proyecto de Ley actual elimina la solicitud del informe por una contestación de demanda en donde debe el denunciado oponer las excepciones antes de la audiencia de contestación conciliación y prueba. La modificación no profundiza respecto a la colisión y posterior ponderación de derechos que debe efectuar el juez.

COMPETENCIA A JUEZ ORDINARIO

Otro punto clave en el análisis es el conocimiento otorgado por la ley a un juez de competencia común, el juez de letras en lo civil. Así, la acción debe ser presentada ante un juez de letras de domicilio del afectado o del denunciando, a elección del actor.

⁵⁶ Al respecto se ha establecido que estos principios generan la obligación de otorgar igual importancia a todos los derechos humanos, cualquiera del que se trate, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales. En los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2018. p. 11.

A nuestro juicio, la selección que hace el legislador es bastante curiosa, no siendo la más adecuada, toda vez que los jueces de letras no conocen este tipo de asuntos. Se ha afirmado al respecto: “Esto requerirá un esfuerzo adicional de formación por parte del Estado porque los jueces civiles por lo general no conocen la dogmática en este tipo de cuestiones. Las personas que consideren que han sido objeto de una discriminación arbitraria también pueden optar por recurrir a través del recurso de protección, que es el mecanismo constitucional general que la legislación contempla. La única restricción que impone la ley que establece medidas contra la discriminación es que no se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria “cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido” (art. 6, 1.)”⁵⁷.

Adicionalmente debemos reafirmar que al acto discriminatorio posee aristas multidimensionales que implicarían un esfuerzo del Estado en tanto capacitar a estos jueces y crear un criterio uniformado para el reconocimiento de actos discriminatorios. José Díaz de Valdés afirma al respecto que debido a las complejidades inherentes que plantea este tipo de discriminación, los tribunales probablemente no la reconozcan ni tampoco la persigan.⁵⁸ Así, en el marco de las definiciones conceptuales que se agregan en el Proyecto de Ley (discriminación indirecta, discriminación múltiple o agravada y discriminación estructural), hecho que desde ya nos parece técnicamente un avance, no podemos sino estar de acuerdo con lo dicho por la Corte Suprema en un informe enviado a la Cámara de Diputados, donde se señala la inconveniencia a propósito que el proyecto no cambia la competencia común a la que son sometidos este tipo de asunto. “Con todo, subsisten dudas en relación a la regulación estipulada en lo que concierne a las dificultades procedimentales y sistemáticas a que podría dar lugar la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan dar lugar a todas las medidas novedosas de la

⁵⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe anual 2012: Situación de los derechos humanos en Chile (Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012), <https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/12/Inf-Anual-INDH12-WEB.pdf>. p.111.

⁵⁸ José Díaz de Valdés. ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? 2013. p. 290.

ley en relación a los nuevos casos de discriminación que establece el artículo 2° bis propuesto (otras formas de discriminación arbitraria)”⁵⁹.

Vale destacar que dicho Proyecto de Ley, y producto de indicaciones hechas por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señala que será la Subsecretaría de Derechos Humanos quien impulsará el cumplimiento de la Ley contando para ello de la creación del Consejo de Igualdad y No Discriminación Arbitraria⁶⁰, compuesto por miembros de la Subsecretaría de Derechos Humanos, Subsecretaría General de Gobierno, Subsecretaría de la Mujer y la Equidad de Género, un representante del Poder Judicial, un Senador, un Diputado, un representante del Instituto Nacional de Derechos Humanos, un representante de la Defensoría de la Niñez y seis representantes de organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción de la igualdad y discriminación. Asimismo tendrán derecho a voz un representante del sector empresarial y otro de organizaciones de trabajadores⁶¹. Sus recomendaciones serán de carácter público y por acuerdo de la mayoría. Entre sus labores se encontrarán recomendar a los órganos del Estado criterios en elaboración de políticas públicas en materias de igualdad y no discriminación arbitraria, evacuar a través de informes opiniones fundadas sobre estrategias de difusión y sensibilización de las políticas públicas, requerir información pública a organismos estatales respecto a la implementación de normativas pro igualdad, colaboración con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos respecto al contenido del Plan Nacional de Derechos Humanos, solicitar y recibir información y antecedentes necesarios para el cumplimiento de sus funciones a servicios públicos y ministerios, y cumplir todas las demás funciones que la ley le encomiende.

⁵⁹ Oficio N°57-2024 Informe de Proyecto de Ley “Modifica y Fortalece la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación, p. 22.

⁶⁰ Boletín N°117-371 Formula Indicaciones al Proyecto de Ley que Modifica Y Fortalece la Ley N°20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación. Artículo 8 bis: Créase un Consejo de Igualdad y No Discriminación Arbitraria, le que promoverá el dialogo y la participación en materia de igualdad y no discriminación arbitraria y será especialmente oído en tales materias.

⁶¹ Boletín N°117-371 Formula Indicaciones al Proyecto de Ley que Modifica Y Fortalece la Ley N°20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación. p. 3-4.

CARGA PROBATORIA E INEXISTENCIA DE PRESUNCIONES A FAVOR DEL DENUNCIANTE

Conforme al artículo 9 de la Ley, recibida la causa a prueba, las partes tendrán el plazo de tres días hábiles para proponer al tribunal los medios de prueba de los cuales pretenden valerse, debiendo presentar una lista de testigos si desean utilizar la prueba testimonial. Acto seguido, el tribunal dictará una resolución fijando la fecha para la realización de la audiencia de recepción de las pruebas, que deberá tener lugar entre el quinto y el décimo quinto día hábil posterior a dicha resolución. Si tal audiencia no fuere suficiente para recibir todas las pruebas que fueren procedentes o si las partes piden su suspensión por motivos fundados o de común acuerdo, lo que podrán hacer sólo por una vez, se fijará una nueva audiencia para dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la anterior. Finalizada la última audiencia de prueba, el tribunal deberá citar a las partes a oír sentencia.

La ley no contempla una regla especial que regule la carga de la prueba en esta materia, por lo que, en su silencio, tendremos que aplicar la regla general del artículo 1698 del Código Civil, o sea, a quien le corresponde acreditar los hechos es al denunciante.

Para efectos de la Ley, esto opera exigiéndole a los denunciados la acreditación de los hechos que constituirán actos discriminatorios, y al denunciado, la justificación de ese trato con base en algún derecho fundamental. Ciertamente la comprobación de un acto discriminatorio, que ocurre muchas veces en las esferas privadas o en ocasiones son meramente dichos o expresiones, es mucho más difícil y exigente para la obtención de medios de prueba que en el caso contrario. Esto, en efecto, ha llevado a que un gran número de casos sean desestimados por no haberse acreditado la diferencia de trato. Junto con esto, algunos fallos han llamado la atención respecto a la confusión de la necesidad de acreditar dicha diferencia de trato, que es un hecho, con la característica de discriminatorio, que es una calificación jurídica, siendo éste un ejercicio propio del juez.

Adicionalmente a este problema, debemos considerar la vaga conceptualización de las categorías sospechosas y el factor que la legislación no

contempla presupuestos que presuman actos discriminatorios, ya que en tales escenarios se presume la característica de discriminatorio. Así se ha afirmado que “en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha desarrollado un estándar de escrutinio estricto para evaluar las distinciones basadas en alguno de los motivos o categorías ‘sospechosas’ establecidas en los textos convencionales, el cual involucra la inversión de la carga de la prueba, debiendo el Estado demostrar que el tratamiento diferenciado que ha establecido no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio, en razón de que en dichas distinciones existe un indicio de discriminación”⁶².

En lo que respecta a los cambios introducidos por el Proyecto de Ley, este reconoce dicho problema e invierte la carga de la prueba, estableciendo que será el denunciado quien deba explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad cuando de los antecedentes aportados por el actor resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación. Ciertamente esta modificación nos arroja otro problema, y es que el mismo cuerpo normativo cae en otra vaguedad al no indicar con precisión que se entenderá por indicios suficientes, y esto, otra vez, será carga del actor para crear en el juez dicha impresión. En palabras del Instituto Nacional de Derechos Humanos de nuestro país, la propuesta legislativa se aleja de la regla convencional, a la cual subyace la consideración de que las distinciones basadas en las categorías “sospechosas” tienen una alta probabilidad de resultar discriminatorias y, por ello, quien las establece debe probar su legitimidad. Por lo tanto, hemos de considerar la propuesta como insuficiente, en lo que respecta a este punto.

INEXISTENCIA DE TIPOS PENALES PARA DISCURSOS DE ODIO

Finalmente, y unido a la idea de la protección hacia las categorías sospechosas y eventuales escenarios discriminatorios, es que una legislación

⁶² Informe sobre el Proyecto de Ley que modifica y fortalece la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación. Instituto de Derechos Humanos. Boletín N°12.748-17. 13 julio 2020. p. 18.

adecuada y centrada en la protección a posibles víctimas debe incluir elementos preventivos tanto de situaciones discriminatorias como de delitos motivados por discursos de odio.

Al respecto cabe destacar que, al momento de promulgación de la Ley, esta introdujo modificaciones al Código Penal en lo referido a los agravantes de la responsabilidad penal, cuando el delito se cometa 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 padezca⁶³.

Sin embargo, en lo referido a la prevención de discursos que promuevan la violencia u odio hacia las categorías sospechosas, en miras a generar un ambiente de igualdad y paz social, no hay mención en la Ley actual ni en el Proyecto de reforma de ésta. Creemos firmemente que la legislación debe cumplir un rol cívico educador y preventivo. Para ello es necesario recurrir al análisis de legislaciones en el derecho comparado para luego pensar en una propuesta a nivel nacional.

⁶³ Artículo 12 Código Penal. Chile.

CAPÍTULO III. PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINACIÓN EN DERECHO COMPARADO.

GENERALIDADES

En Chile si bien contamos con una batería de leyes antidiscriminación siendo la más importante la del caso en estudio, no contamos con una institucionalidad específica y competente que coordine las políticas antidiscriminatorias. Como ya hemos visto, la mencionada ley cuenta con fallas sustanciales y el procedimiento contemplado en ella no es suficiente para combatir las conductas discriminatorias. Es por ello que el estudio del derecho comparado puede dar luces respecto de cómo otros países vecinos han abordado esta problemática desde el punto de vista institucional. Para ello nos centraremos en el estudio de legislaciones de países vecinos de América Latina y el Caribe, puesto que ellos guardan similitudes en cuanto a realidades de grupos pertenecientes a las categorías sospechosas, y además haremos una breve revisión del escenario en la Unión Europea.

URUGUAY

El caso uruguayo cuenta con una interesante batería de leyes antidiscriminatorias⁶⁴, destacando entre ellas la reciente Ley Integral contra el Racismo, la Xenofobia y toda forma de Discriminación, aprobada en 2013. Dicha Ley contempla la creación de la Comisión Honoraria contra el racismo, xenofobia y toda otra forma de discriminación, que tendrá por objeto proponer políticas nacionales y medidas concretas para prevenir y combatir el racismo, la xenofobia y la discriminación, incluyendo normas de discriminación positiva.

En la práctica, este organismo es el encargado de recibir y centralizar información sobre conductas xenofóbicas racistas y/o discriminatorias, llevar registro de ellas y formular denuncias correspondientes. Brinda asesoramiento

⁶⁴ Ley 18.104 “Igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres”, Ley 17.817 “Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación,” Ley 18.246 “Unión concubinaria”, Ley 18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”

integral y gratuito a personas o grupos que se sientan discriminados; otra función está en discernir un premio anual a favor de personas o instituciones que se hayan destacado en la lucha contra la discriminación, y promover estudios, concursos e investigaciones relacionados con su competencia⁶⁵. La Comisión la conforman representantes de diferentes sectores como la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, el Ministerio de Educación y Cultura, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, representantes de ONG, entre otros.

Cualquier individuo o grupo de personas, de esta forma, puede acercarse a la Comisión y realizar una petición de estudio y evaluación del caso que se considera discriminación. La Comisión a su vez elaborará un informe técnico especializado, llamado dictamen, en el que ahondará en los hechos si son o no discriminatorios, donde, en caso afirmativo, presentará la denuncia correspondiente según lo establecido en los artículos 149 bis y ter del Código Penal uruguayo. Una vez recepcionada por la Comisión, se le comunica al actor fecha y hora para entrevista, sin perjuicio que esta petición puede hacerse de igual forma presencialmente en las oficinas de la Comisión. En el caso de que la discriminación se desarrolle en el ámbito laboral, se dará también noticia a la Inspección General del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Otras características que destacar contempladas en este procedimiento son la desformalización expresada en la no necesidad de una asistencia letrada, su gratuidad, la garantía de reserva de identidad y la facilidad de acceso, ya que basta con la descarga del formulario tipo en la página web oficial para completarlo y enviarlo, y la promoción de prohibir represalias contra el actor o sus testigos.

Otros avances de Uruguay contemplan la Ley sobre Incitación al Odio, Desprecio o Violencia promulgada en 2003, que establece como delitos los actos o la incitación al odio, al desprecio o a cualquier forma de violencia moral o física debido al color de piel, raza, religión, origen nacional o étnico, entre otras causas. También mencionamos la Ley de Acciones Afrodescendientes del año 2013 que reconoce

⁶⁵ CHRXD - DITEC Uruguay. "Comisión Honoraria contra el Racismo, la Xenofobia y toda otra forma de Discriminación." <https://ditecuruguay.org/ditec-quienes-somos/>. Consultado el 15 de octubre de 2023.

que el Estado debe reparar las consecuencias del racismo, la discriminación y la estigmatización, estableciendo cuotas en materia laboral para el Estado (8%).

ARGENTINA

A nivel latinoamericano, el caso de Argentina es bastante particular ya que fue uno de los precursores en legislación antidiscriminatoria. En el año 1988 se promulga la Ley 23.592 que penaliza actos discriminatorios. Dicha legislación prohíbe tratos arbitrarios considerando especialmente personas pertenecientes a las categorías sospechosas⁶⁶ junto al establecimiento de tipos penales que sancionan fuertemente la asociación que tenga por objeto la discriminación racial y la incitación al odio⁶⁷. A pesar de ser una de las primeras legislaciones de la región que tocaba el tema y servir de inspiración para otras normativas similares en Latinoamérica, esta Ley se caracteriza por ser muy breve y no contemplar definiciones sustanciales ni procedimientos que aseguren una protección antidiscriminación, es por ello que su reforma también continúa siendo un objetivo de diversas organizaciones civiles en el país.

Posteriormente en 1997 se creó por Ley el Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y el Racismo, caracterizándose por ser un organismo descentralizado con dependencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Su principal objetivo es crear políticas nacionales y otro tipo de medidas para combatir la discriminación, xenofobia y racismo, la difusión de normas nacionales e internacionales antidiscriminación, recibir denuncias y llevar registro. Asesorar a

⁶⁶ Artículo 1: Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

⁶⁷ Artículo 3 de la Ley 23.592: "Serán reprimidos con prisión de 1 mes a 3 años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

personas y grupos discriminados, así como también al Ministerio Público y tribunales de justicia. También es el organismo encargado de la aplicación de la Ley de actos discriminatorios.

Otra figura que robustece la institucionalidad antidiscriminación es el Defensor del Pueblo, organismo independiente y autónomo creado por la Ley 24.284, que tiene por principal objetivo la defensa y protección de los derechos humanos y demás garantías tuteladas en la Constitución y otras leyes. Esta figura tiene potestades para iniciar investigaciones de oficio o a petición de parte, esclarecer actos de autoridades “que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos”⁶⁸. En virtud de esta potestad el Defensor del Pueblo puede buscar reparación judicial para las víctimas por su legitimación procesal.

A pesar de esto, el reciente informe anual 2023⁶⁹ del Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGTBIQ+, gestionado por la Defensoría LGBT de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires informó que los crímenes de odio aumentaron respecto al 2022, llegando a los 133 crímenes, por lo que podemos inferir que la inexistencia de procedimientos reglados y la poca conceptualización respecto de los elementos clave ha influido en que la violencia y odio sigan replicándose, tornándose urgente una reforma en los términos parecidos a la ley de nuestro país.

MÉXICO

El caso mexicano es de gran interés toda vez que es una de las legislaciones más extensas de la región, lo que la hace a su vez una de las más completas, abarcando una gran cantidad de factores. La Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del año 2003 está compuesta de ochenta y cuatro artículos y fue redactada como proyecto por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la

⁶⁸ Artículo 14 de Ley 24.284.

⁶⁹ Informe 2023 Observatorio de Crímenes de Odio LGTBIQ+ p.3. Disponible en https://drive.google.com/file/d/15589CKO1B6K_TVQfI4e5oD26jG-yMtav/view

Discriminación, conformada por más de 160 personas pertenecientes a grupos sociales discriminados como personas con discapacidad, indígenas, personas con creencias religiosas y pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+, quienes estuvieron trabajando durante meses⁷⁰. Para efectos de esta investigación, la analizaremos por tópicos.

- **Objetivo y ámbito de aplicación**

La Ley establece su objetivo en el artículo primero⁷¹ donde se señala que será su objeto prevenir y eliminar toda forma de discriminación que afecte la dignidad humana y tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas. En lo que respecta a su aplicación, señala se aplicará en todo el territorio mexicano y abarca tanto a las autoridades como a los particulares.

Con respecto a la interpretación de la Ley, el legislador también innova al incluir, en primer lugar, en su artículo sexto⁷² un canon de interpretación acorde a instrumentos internacionales acorde al principio de igualdad y no discriminación, así como también aquellas recomendaciones y resoluciones dictadas por diversos comités de la ONU para dar contenido y sentido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁷³. Por otra parte, en su artículo 7 se incorpora un canon de interpretación de ley moderno, señalando que “Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”. Así entendemos que el legislador reconoce que un eventual problema en la aplicación de la Ley puede ser las

⁷⁰ Consideraciones sobre la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Miguel Carbonell. p. 205.

⁷¹ Artículo 1 de LFPED: Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

⁷² Artículo 6 de LFPED: La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de los poderes públicos federales se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado Mexicano sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales, las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

⁷³ Miguel Carbonell Sánchez, "Consideraciones sobre la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación," Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Oct 31, 2006, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/26860>. p. 209.

diferentes defensas o significados posibles, todos amparados en algún derecho constitucional. En consecuencia, ordena que frente a este problema se elija aquel significado que mejor proteja a los grupos pertenecientes a las categorías sospechosas.

A partir de estos dos artículos podemos inferir que el legislador se abre al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y lo pone en un lugar primordial e inspirador de la legislación. Así, “El punto de partida del legislador mexicano se encuentra en el concepto de ‘igualdad sustancial’, que busca asegurar no solamente el igual trato frente a la ley, sino el goce de condiciones de igualdad reales, que permitan hacer efectivas las libertades y los demás derechos fundamentales. La consecución de este tipo de igualdad depende, en buena medida, de que el Estado se decida a implementar medidas compensatorias y acciones positivas en favor de los grupos discriminados”⁷⁴.

- **Definición de discriminación**

El artículo cuarto⁷⁵ de la Ley señala lo que se entenderá por discriminación incorporando las categorías sospechosas, mientras que en su artículo 5⁷⁶ indica una serie de conductas que no serán consideradas discriminatorias, como políticas públicas o educativas que establezcan tratos diferenciados para generar igualdad, haciendo uso de lo que conocemos como discriminación positiva. Miguel Carbonell afirma respecto a esta disposición que: “(El artículo 5) viene a concretar la idea de que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de distinciones no razonables. En este contexto, al legislador mexicano le pareció

⁷⁴ Ídem, p.212.

⁷⁵ Artículo 4 de LFPED: Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades en términos del artículo 1o. constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta Ley.

⁷⁶ Artículo 5 de LFPED: No se considerarán discriminatorias las acciones afirmativas que tengan por efecto promover la igualdad real de oportunidades de las personas o grupos. Tampoco será juzgada como discriminatoria la distinción basada en criterios razonables, proporcionales y objetivos cuya finalidad no sea el menoscabo de derechos.

adecuado recoger de forma explícita algunas distinciones que, desde su punto de vista, no serían irrazonables”⁷⁷.

- **Medidas de Prevención y Eliminación de la Discriminación**

La Ley en su capítulo II, artículo 9, establece diversas medidas para prevenir y eliminar la discriminación, con especial atención en favor de los grupos pertenecientes a las categorías sospechosas. La lista comprende una extensa serie de enunciados que de forma detallada nos señalan situaciones de discriminación. A continuación destacamos algunas de las más relevantes: Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos; establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación; establecer diferencias en remuneración; negar información sobre derechos reproductivos; ofender o ridiculizar o promover violencia; explotar o dar tratos abusivos; restringir el uso de una lengua, usos o costumbres; y en general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo cuarto de esta ley; entre otras. Este último enunciado deja abierta la posibilidad de incluir otros supuestos discriminatorios, siendo esta lista no taxativa, sino meramente enunciativa, tal como ha razonado la Corte Interamericana en sus últimos fallos.

- **Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED)**

La ley contempla la creación del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) en su capítulo V, artículo 16, donde se señala su naturaleza jurídica como un organismo descentralizado, con autonomía técnica y de gestión, adscrito a la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objetivo principal es promover políticas y medidas que contribuyan al desarrollo cultural y social, y permitir el avance hacia la inclusión social garantizando el derecho a la igualdad colaborando con instituciones públicas

⁷⁷ Consideraciones sobre la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Miguel Carbonell. p. 208.

y privadas, recibir denuncias, y emitir recomendaciones. En tanto su artículo 20 establece las principales funciones del CONAPRED, entre las cuales destacamos el diseñar estrategias, proyectos y programas para prevenir; proponer y evaluar la ejecución del Plan Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación; verificar la adopción de medidas y programas en la materia; conocer los procedimientos de queja y promover la presentación de denuncias por actos que puedan ser violatorios de la misma ley.

En cuanto a su composición, el CONAPRED se compone por la Junta de Gobierno, la Presidencia del Consejo y la Asamblea Consultiva. Así mismo se contemplan órganos de vigilancia interna en sus artículos 38 y 39; Contraloría y Comisario Público que tendrá por objeto vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y solicitar información requerida para desarrollar funciones necesarias.

- Procedimientos y sanciones

La Ley establece procedimientos para recibir, investigar y resolver denuncias en su artículo 29 por actos discriminatorios. En primer lugar, se establece que la legitimación activa podrá ser de carácter colectivo (por medio de representantes) o individual⁷⁸. Se podrá interponer denuncias dentro del plazo de un año contado a partir de que el sujeto tenga conocimiento del acto presuntamente discriminatorio o de dos años “fuera de esta circunstancia”, siendo esta una presentación des formalizada, por escrito o de forma oral (por vía telefónica o algún medio electrónico).

El Consejo, quien iniciará sus actuaciones a petición de parte o actuar de oficio, deberá informar y asesorar al denunciante sobre el hecho, instándolo a que promueva las acciones judiciales o procedimientos administrativos antes que estos prescriban, y por otro lado deberá tramitar con celeridad su propio procedimiento para que una vez finalizado, el denunciante todavía tenga la posibilidad de acudir a

⁷⁸ Artículo 43 de LFPED: Toda persona podrá denunciar presuntas conductas discriminatorias y presentar ante el Consejo reclamaciones o quejas respecto a dichas conductas, ya sea directamente o por medio de su representante. Las organizaciones de la sociedad civil podrán presentar reclamaciones o quejas en los términos de esta Ley, designando un representante.

otro órgano ya que aún no ha prescrito su acción. El Consejo también podrá solicitar a autoridades o particulares la adopción de medidas cautelares para evitar consecuencias de difícil reparación.

Otras características del procedimiento contemplan la aplicación del principio pro persona, de inmediatez, concentración, eficacia, profesionalismo, buena fe, gratuidad y suplencia de la deficiencia de la queja.

Desde la notificación de la queja, el denunciado tendrá el plazo de 10 días para rendir informe detallado de los antecedentes que se le imputan. En caso de omitir contestación, se tendrá por ciertas las conductas que se le atribuyen.

La Ley contempla un periodo de conciliación que se llevará a cabo en los 15 días siguientes a la notificación, salvo en los casos graves o bien exista el riesgo inminente de revictimizar a la persona peticionaria y o agraviada, en cuyos casos este periodo se omitirá. De no lograrse ésta, se abrirá la etapa de investigación, donde el Consejo podrá solicitar todo medio de prueba. Si durante este periodo se comprueban los actos, levantará resolución en la cual se señalarán las medidas administrativas y de reparación⁷⁹.

- Reparación

En los casos que se acredite que un acto o conducta fue discriminatorio, la Ley dispone una serie de medidas administrativas a modo de reparación en su artículo 83. Entre algunas de las medidas, podemos destacar medidas administrativas como la de impartir cursos y programas que promuevan la igualdad; la fijación de carteles en los establecimientos que incumplan la ley; la presencia de personal del Consejo para verificar la adopción de medidas pro igualdad; la publicación y difusión de las resoluciones; entre otras.

En cuanto a las medidas de reparación, el artículo 83 bis nos señala que estas pueden ser la restitución del derecho vulnerado por el acto; la compensación

⁷⁹ Artículo 79 de LFPED: Si una vez finalizada la investigación, el Consejo comprueba los actos, omisiones o prácticas sociales discriminatorias formulará la correspondiente resolución por disposición, en la cual se señalarán las medidas administrativas y de reparación a que se refiere el capítulo correspondiente de esta Ley, así como los demás requisitos que prevé el Estatuto Orgánico del Consejo.

por el daño; amonestaciones públicas; disculpas públicas y garantías de no repetición del acto discriminatorio. Todas ellas sin perjuicio de las medidas administrativas y de reparación que deriven de responsabilidades administrativas, civiles o penales.

Como criterios para la imposición de ambas medidas, se tendrá en consideración la gravedad de la conducta, la concurrencia de dos o más motivos de discriminación, la reincidencia y el efecto producido por el acto discriminatorio.

- **Participación Ciudadana**

La Ley promueve la participación ciudadana a través de la figura de la Asamblea Consultiva⁸⁰, que estará integrada por un número entre 10 y 20 personas miembros del sector privado, social y académico, quienes por su experiencia contribuyan a la prevención de la discriminación y consolidación del principio de igualdad. Su participación no es remunerada y entre sus funciones podemos destacar la presentación de opinión a la Junta de Gobierno, asesorar en cuestiones relacionadas con la prevención y eliminación de la discriminación, atender consultas, contribuir en la implementación de políticas y programas y la participación en eventos y reuniones que convoque el Consejo.

BOLIVIA

El estado plurinacional de Bolivia, que comprende un gran número de población indígena, es un punto de interés en el estudio de legislación antidiscriminación, toda vez que posee dos elementos normativos destacables. Por una parte, la dictación de su Constitución en 2009 y posteriormente la promulgación de la Ley N°045 sobre Eliminación del Racismo y Discriminación en 2010.

A nivel constitucional, Bolivia se reconoce como un país que funda sus valores en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. Reconoce así la libertad de creencias y como lenguas oficiales al castellano, así

⁸⁰ Artículo 31 de LFPED la Asamblea Consultiva es un órgano de opinión y asesoría de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que desarrolle el Consejo en Materia de Prevención y Eliminación de la Discriminación.

como también a los idiomas originarios⁸¹. Junto con esto, en su artículo 14 sobre derechos fundamentales se prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en motivos de sexo, raza, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, estado civil, idioma, ciudadanía, credos religiosos, ideología, filiación política estado civil, condición social económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

En lo que respecta a la Ley N°045, esta contiene importantes puntos que evaluamos como necesarios dentro de una legislación antidiscriminación. Dentro de ellos destacamos su base en los 4 principios de interculturalidad, igualdad, equidad y protección⁸². También el tratamiento de los aspectos conceptuales en su artículo 5 definiendo discriminación, discriminación racial, racismo, raza, equidad de género, equidad generacional, transfobia, xenofobia, misoginia, acción afirmativa, acción preventiva y acción correctiva⁸³. Junto con esto establece cuáles será los deberes del Estado al respecto, regula procedimientos y tribunales competentes, e introduce un nuevo capítulo al Código Penal donde sanciona delitos con carácter discriminatorio.

Es de especial interés algunos aspectos procedimentales como por ejemplo la posibilidad de denunciar el acto discriminatorio por vía constitucional, administrativa y/o penal, según corresponda. Así, contemplan como opciones más vías que solamente los tribunales de justicia, ya que la víctima podrá accionar ante órganos administrativos o constitucionalmente⁸⁴. Junto con esto, se establece la obligación de denunciar actos discriminatorios a quienes conocieren de estos en el ejercicio de la función pública, bajo sanción penal en caso de omitirla.

Al igual que las demás legislaciones ya estudiadas, el caso boliviano también contempla la creación del Comité Nacional contra el Racismo y Toda Forma de

⁸¹ Artículo 1 y 5 de Constitución Estado Plurinacional de Bolivia. 2009. Constitución Política del Estado [Bolivia], 2009. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/bol>

⁸² Artículo 2. Ley N°045.

⁸³ Artículo 5. Ley N°045.

⁸⁴ Artículo 12. Ley N°045.

Discriminación⁸⁵, que tiene como una de sus funciones coordinar y supervisar la implementación de mecanismos de denuncia, así como la capacitación de funcionarios públicos en la recepción y tramitación de denuncias de racismo y discriminación.

LA UNIÓN EUROPEA

Si bien esta investigación ha querido centrar el estudio del derecho comparado en países vecinos, por compartir estos países latinoamericanos una realidad parecida a la chilena, no dejaremos de revisar algunos aspectos importantes que ha aportado la Unión Europea, sobre todo considerando el legado histórico en términos de aceptación y no discriminación que este continente posee, junto con la gran virtud de ser reconocido como un sistema eficaz de cooperación judicial internacional.

En noviembre de 2000, el Consejo de la Unión Europea aprueba un programa que establece una acción comunitaria contra la discriminación⁸⁶. En el programa principalmente se destaca el criterio que las formas de discriminación no podrán clasificarse en más o menos importantes, siendo todas ellas igualmente intolerables. También, siguiendo la línea de la cooperación internacional, el Consejo señala que algunos aspectos destacables como la difusión de los resultados de las acciones emprendidas en el marco del programa, apoyo financiero y garantizar la coherencia global y complementariedad del programa con otras medidas de los Estados miembros, comprometiéndose estos a realizar todo esfuerzo para ello⁸⁷. En ese mismo sentido, la Comisión supervisará periódicamente el programa junto con los Estados miembros, asistida por expertos independientes, y en donde los criterios a evaluar serán idoneidad, eficacia y relación costo-eficacia de las acciones ejecutadas con los objetivos del programa.

⁸⁵ Artículo 7. Ley N°045.

⁸⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/17bf9fa5-5256-4cb8-830c-683bc50467e5/language-es>

⁸⁷ Artículo 8. Ídem.

Finalmente, el programa contempla un anexo en donde se señalan indicaciones para su ejecución, tales como ámbitos de aplicación, los organismos que tendrán acceso, y las diferentes actividades que podrán recibir apoyo.

El Consejo también ha aprobado diversas Directivas, que se definen como actos legislativos con objetivos a alcanzar por los países de la Unión. De ellas destacamos;

- Directiva sobre Aplicación del Principio de igualdad de Trato de las Personas Independientemente de su Origen Racial o Étnico⁸⁸; su principal foco es la lucha contra la discriminación por origen racial o étnico con fundamento en el principio de igualdad de trato, obligando a los Estados a designar organismos responsables de su difusión, prestar atención a las víctimas, realizar estudios y su publicación.
- Directiva se refiere al Establecimiento de un Marco General para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación⁸⁹; cuyo foco es combatir la discriminación por motivo de religión, discapacidad, edad u orientación sexual en el contexto del empleo y la ocupación. Tiene especial énfasis en la igualdad de trato y oportunidades entre hombre y mujeres.
- Directiva sobre Aplicación del Principio de Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en Asuntos de Empleo y Ocupación⁹⁰; cuyo principal enfoque es el igualitario acceso al empleo y sus circunstancias. Remuneraciones, sistemas de seguridad social. Asimismo, ordena la implementación de un sistema nacional efectivo de recursos ante autoridades competentes para exigir cumplimiento de las obligaciones.

También es destacable los instrumentos que se poseen en este territorio para cuantificar los hechos discriminatorios. Así, el Euro Barómetro sobre discriminación

⁸⁸ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/equal-treatment-irrespective-of-racial-or-ethnic-origin.html>

⁸⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/equal-treatment-in-employment-and-occupation.html>

⁹⁰ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>

es un instrumento estadístico que monitorea periódicamente la percepción general de la ciudadanía sobre la igualdad y no discriminación al interior de los 27 Estados miembros. Este instrumento mide los 7 principales motivos de discriminación en los que la Unión ha decidido focalizar su política, estos son: género, origen étnico, creencias religiosas, edad, discapacidad, orientación sexual, e identidad de género⁹¹.

Finalmente, en términos de la Constitución Europea, se reconoce la lucha contra la discriminación y la búsqueda de la integración social y económica como uno de los principales objetivos. Así versa su artículo I-3: “La Unión combatirá la discriminación y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”. De esta forma la principal atención respecto al estudio del ordenamiento normativo europeo radica en la envergadura de un marco institucional completo que configura una unidad en cuanto a los parámetros de acción antidiscriminación.

Finalmente, habiendo estudiado estos interesantes modelos, recogeremos sus puntos más relevantes para la construcción de una adecuada propuesta de legislación nacional antidiscriminación.

⁹¹ Cornejo Bellei. Institucionalidad Antidiscriminación: Una perspectiva desde el Derecho Comparado. Espacio Público, Documento de Referencia N°33. Agosto 2016. p. 102.

CAPÍTULO IV. BASES DE UNA PROPUESTA

Habiendo analizado los conceptos en los que debe fundarse una legislación que tenga como base el principio de igualdad y no discriminación, así como también la principal herramienta que tiene hoy nuestro ordenamiento jurídico para frenar actos discriminatorios, criticando sus puntos débiles y analizando lo propuesto como reforma en el Proyecto de Ley vigente, y finalmente las legislaciones de esta materia tanto en la región latinoamericana como el modelo Europeo, nos encontramos en la capacidad de elaborar y proponer bases para un nuevo modelo procedimental e institucional que recoja lo arrojado por esta investigación.

Tal como mencionamos en el capítulo II, la Ley no proporciona mecanismos aptos para la lucha contra la discriminación y con respecto a las modificaciones que introduce el Proyecto de Ley, si bien hay algunas de ellas que constituyen avances y es importante recogerlas, otras siguen siendo insuficientes para crear una institucionalidad y procedimientos idóneos y acordes al estándar considerado en legislaciones comparadas y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ser aún más específicos, el Proyecto de Ley entrega soluciones respecto a algunos puntos, a juicio de esta investigación, de una manera incompleta. He ahí la importancia de abarcarlos de manera más acabada y precisa, dando un enfoque más sistemático y colaborativo con otras instituciones del ordenamiento jurídico. A continuación, elaboramos bases de propuestas de cada uno de los puntos, destacando lo que está correcto y complementándolos a la luz de lo recabado.

1. Conceptualizaciones ambiguas: Reconocemos la incorporación de otros tipos de discriminación: directa, indirecta, múltiple y estructural. Sin embargo respecto al concepto de discriminación propiamente tal, es preciso incorporar ciertos criterios con los que ha sido tratado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aquellos criterios son puntualmente la inclusión de manera clara y explícita del concepto “categorías sospechosas” tal como se ha definido en los capítulos anteriores, con el objetivo de establecer un tratamiento especial para aquellos grupos, tratamiento que deberá verse en conjunto con otras

disposiciones de la Ley, tales como, presunciones o facilidad de prueba, que ahondaremos más adelante. Otro criterio debiese ser la inclusión de las voces “cualquier otra condición social” o “entre otras” de manera explícita, para inferir que el listado de categorías es un listado meramente enunciativo y no taxativo y que debe evolucionar a la luz de la evolución de las sociedades, tal como sugiere la Corte. Junto con esto, debe la legislación establecer como objetivos principales la promoción del principio de igualdad y no discriminación como eje principal acorde a los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile, la promoción de una cultura de respeto hacia grupos históricamente excluidos, la capacitación constante de funcionarios públicos y sector privado, y la reparación integral de las víctimas de discriminación.

2. Legitimación activa restringida: Al respecto cabe destacar el paso hecho por el Proyecto de Ley en cuanto reconoce la posibilidad que tanto personas jurídicas sin fines de lucro dedicadas a la defensa de los derechos de grupos discriminados puedan deducir acción, como también por un grupo de personas que vean afectados sus derechos.
3. Existencia de multa en beneficio fiscal e imposibilidad de solicitar indemnización de perjuicios: Destacamos la incorporación de la acción indemnizatoria dentro del mismo juicio, en el Proyecto de Ley como algo que sin dudas debe permanecer. Asimismo, la posibilidad del juez para dictar medidas especiales de reparación, el aumento de la multa a beneficio fiscal como un mecanismo de prevención y elemento disuasorio, y la eliminación de la multa al denunciante, en beneficio fiscal, cuya acción resulte infundada.
4. Derechos en conflicto: Si bien el Proyecto de Ley elimina la solicitud de informe, lo sustituye por una contestación de la demanda. Nada se dice respecto a que, en esta instancia, el denunciado pueda de todas formas

encontrar justificación a su actuación en el ejercicio de algún derecho fundamental reconocido por el ordenamiento. Por lo tanto, debiese ser eliminado el inciso final de artículo 2 de la Ley para garantizar un trato acorde a los principios de interdependencia de los derechos humanos, no estableciendo de manera anticipada una jerarquía de ellos, como hemos señalado.

En este sentido es de gran interés la forma que ha sido tratada la discriminación en la legislación comparada, en donde si bien no se restringe el derecho a defenderse al denunciado, no se menciona en las legislaciones la posibilidad que algún acto se encuentre “justificado”, ni se posiciona a un derecho sobre otro.

5. Competencia a Juez ordinario: El referido Proyecto de Ley no cambia el conocimiento del asunto hacia un juez de mayor competencia. Este aspecto y a juicio de esta investigación sigue siendo un punto que debiese reformarse. El conocimiento debiese quedar en manos de jueces que estén familiarizados con temáticas de derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y tratados internacionales, con el fin de desarrollar una jurisprudencia sólida y uniforme en materia de igualdad y no discriminación. Con todo, el conocimiento de aquellos asuntos debiese recaer en los ministros de Corte de Apelaciones (en primera instancia) y Corte Suprema (en segunda instancia). Ahondaremos más adelante en las características del procedimiento por el cual conocerán.

6. Carga probatoria e inexistencia de presunciones a favor del denunciante: Reconocemos el avance del Proyecto en cuanto invierte la carga de prueba al denunciado. En concordancia con el punto sobre conceptualizaciones ambiguas, en específico al no mencionar el Proyecto de Ley de forma explícita las categorías sospechosas, adicionalmente la inexistencia de presunciones a favor del denunciante sigue constituyendo

un problema. Una legislación que prevea situaciones discriminatorias graves debería establecer que toda vez que se emplee alguna categoría sospechosa por autoridades o persona, hará presumir la posible existencia de algún tipo de discriminación. Esto, a su vez, queda directamente relacionado con el problema derivado de la inversión en la carga de la prueba que establece que el denunciado debe explicar los fundamentos de las medidas adoptadas cuando de los antecedentes aportados por el actor resulten indicios suficientes de que se ha producido un acto discriminatorio. Al no conceptualizar las categorías sospechas, ni tampoco la voz indicio suficiente, este último criterio queda, nuevamente, establecido de forma vaga. Recomendamos así, que dicho indicio suficiente sea evaluado a la luz de si el individuo o grupo de personas pertenecen a uno de los grupos de categorías sospechosas, hecho que de ser ambas características copulativas, constituya una presunción de derecho. SE PROPONE QUE NO EXISTA POSIBILIDAD DE PRUEBA EN CONTRARIO O UNA PRESUNCIÓN SIMPLEMENTE LEGAL fundamentalmente en virtud de la equidad y utilidad pública.

De esta forma, la discusión no sería en torno a si hubo o no un acto discriminatorio, sino que sería sobre cuestiones como la gravedad de ella y el daño causado en la víctima.

7. Inexistencia de tipos penales para discursos de odio:

Si bien la legislación actual contempló en su promulgación modificaciones al Código Penal referidas a agravantes de la responsabilidad penal, es necesario que se introduzcan tipos penales que condenen la incitación al odio contra un grupo de personas (categorías sospechosas). Si bien en la actualidad se están tramitando proyectos de Ley⁹² por separado, nada obsta que una legislación antidiscriminación se haga cargo de este problema.

⁹² Proyecto de Ley N°11563-17 para Sancionar la Incitación al Odio, y Proyecto de Ley N°12136-17 que Sanciona el delito de Negacionismo y la Incitación a la Violencia y al Odio.

8. Otros aspectos que considerar:

- Creación de Institucionalidad: El actual Proyecto de Ley, como mencionamos, crea el Consejo de Igualdad y No Discriminación arbitraria, compuesto por miembros de diferentes sectores del Poder Ejecutivo, sociedad civil y empresarios. A nuestro juicio, las principales funciones se encuentran señaladas de manera escueta. Sugerimos complementar el marco en el que actuará el Consejo teniendo como inspiración el modelo mexicano, en específico lo referido en la creación del CONAPRED, así como también algunos aspectos del modelo europeo.

Un primer aspecto por mejorar debería ser la asignación al Consejo de funciones precisas y fundamentales, tales como; recibir y centralizar denuncias sobre conductas que podrían ser discriminatorias, junto con esto brindar asistencia jurídica gratuita a los afectados de forma previa a la judicialización, ser el organismo que les represente judicialmente, si las víctimas así lo informan, y acompañar durante todo el proceso a ellos. Las denuncias, que tendrán la característica de ser formalizadas, se podrán presentar de manera presencial u online. El Consejo tendrá la potestad de rechazar denuncias que no cumplan con requisitos básicos como señalar las circunstancias de hecho y las personas que actuaron contra el principio de igualdad y no discriminación. De esta forma se constituirá un filtro previo al examen de admisibilidad hecho por los tribunales, contribuyendo a la celeridad procesal.

También respecto a los valores que sustentan el trabajo del Consejo, estos debiesen ser la consecución de la igualdad sustancial, teniendo como principal objeto la protección y apoyo a las víctimas. Junto con esto e inspirado por el modelo europeo, el Consejo debiese contar con consultores internacionales pertenecientes a la región, que elaboren recomendaciones cada año respecto a otros procedimientos con miras a

unificar los criterios de combate de la discriminación en la región, como ejemplo de cooperación internacional.

- Procedimiento: Sugerimos robustecer el procedimiento contemplado en el Proyecto de Ley, dotándolo de una definición y características claras. El procedimiento por el cual los tribunales superiores de justicia conocerán de la acción de no discriminación será un procedimiento cautelar y además de cognición de condena, concentrado y eficaz, desformalizado, pro persona, que tiene por objeto decretar medidas que detengan el acto discriminatorio, medidas cautelares y también medidas que reparen integralmente a la víctima y cree condiciones de igualdad. La acción desformalizada se presentará por escrito ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se haya cometido al acto discriminatorio, en un plazo de un año desde el acto o de su cese. Este plazo es mayor al de recurso de protección toda vez que muchas veces las situaciones discriminatorias son sostenidas en el tiempo y las victimas tardan, debido a procesos internos, en atreverse a denunciar. La continuación de la tramitación procederá acorde a las reglas de tramitación del recurso de protección, el que debería ser regulado en la ley, atendido que el recurso de protección en Chile, en cuanto a su procedimiento está regulado por un Auto Acordado de la Corte Suprema, atendida la omisión del legislador de regularlo.

Nos parece correcto de la misma forma, que la acción antidiscriminación sea incompatible con la interposición de un recurso de protección, toda vez que ambas acciones persiguen fines similares en cuanto a frenar las perturbaciones o violaciones a ciertos derechos.

CONCLUSIONES

La promulgación de la Ley N°20.609 que Establece Medidas Contra la Discriminación se tornó urgente debido a hechos lamentables contra el principio de igualdad. Su promulgación fue necesaria y sin dudas marcó un hecho histórico estableciendo un primer paso hacia una institucionalidad pro igualdad y no discriminación.

A pesar de esto, y luego de haber estudiado los principales conceptos que debiesen estar como fundamentos en una legislación antidiscriminación, haber analizado críticamente los puntos más relevantes de la presente ley, así como también aquellas reformas introducidas por el Proyecto de Ley, y estudiado los modelos antidiscriminación en el derecho comparado, podemos señalar ciertamente que la Ley no cumple con estándares apropiados para la protección de situaciones discriminatorias a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Proyecto de Ley actualmente en discusión, introduce mejoras necesarias, pero muchas de ellas siguen siendo insuficientes a la realidad chilena. De aprobarse, el país seguirá teniendo una legislación con puntos débiles que pueden derivar en la misma problemática; siendo un desincentivo para denunciar, a la judicialización de estos problemas, perpetuando estructuras de poder y también una forma de reaccionar frente a ellas: el silencio.

El deber del Estado de Chile es cumplir su compromiso internacional acorde a las condenas recibidas por la Corte, hecho que hasta el momento no se ha dado o se ha hecho de manera parcial e insuficiente. Las vejaciones al principio de igualdad no han cesado ni disminuido e incluso nuestro país fue condenado recientemente por la Corte bajo circunstancias muy similares a las de la condena por el caso Atala⁹³.

Nuestro país está al debe en este sentido. La realidad de los grupos excluidos sigue profundizándose y la sociedad chilena comienza a arraigar patrones racistas,

⁹³ “Chile vuelve a ser condenado por violar los DDHH de una mujer lesbiana”. 20 de abril de 2022. Disponible en: <https://iguales.cl/chile-vuelve-a-ser-condenado-por-violar-los-ddhh-de-una-mujer-lesbiana/>

homofóbicos y machistas. Las generaciones de niños, niñas y adolescentes están cada vez más abiertas al cambio, a la experimentación, a la amplitud de posibilidades que significa el construir una identidad. Como sociedad no podemos frenar ese auténtico y necesario descubrimiento. La preocupación por estos temas sigue siendo una bandera de lucha únicamente levantada por los grupos excluidos y que vuelve a la palestra frente a la ocurrencia de otro hecho fatal: homicidios, condenas, situaciones atroces que marcan la vida de las víctimas y que experimentan el completo abandono del Estado como ente protector.

Es por ello que el país debe contar urgentemente con una legislación robusta, sólida y uniforme que tenga como objetivo principal la consecución del principio de igualdad y no discriminación. Creando institucionalidad adecuada, inspirada por lo estudiado al respecto de los modelos de países como México o Uruguay, que se aboque en específico a estas labores, con un espíritu de cooperación regional latinoamericana, tomando el ejemplo del modelo de la Unión Europea; pero que busque resignificar espacios ancestrales, desarraigando paulatinamente barreras colonialistas que obstaculizan el ejercicio de derechos y libertades.

Una propuesta precisa y acabada debe hacerse cargo de estos aspectos, proporcionando a las víctimas acompañamiento en todo el proceso, garantizando su acceso a la justicia, una debida indemnización de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales acorde al principio de reparación integral del daño, garantizando una tramitación concentrada rápida y eficaz que pueda detener inmediatamente el acto discriminatorio. También la tipificación de delitos por actos que inciten al odio y violencia constituye una vía adecuada y complementaria para frenar actos discriminatorios. Es necesario y urgente la creación de una cultura jurídica antidiscriminatoria, que ofrezca a estos grupos una protección efectiva y un sentido de soberanía en el largo plazo.

Esperamos que esta investigación, más allá de traer un punto final a esta discusión, sirva como insumo y pueda ilustrar aquellos pasos que aún falta por darse, teniendo la convicción de que los valores de la aceptación y el respeto a la diferencia hacen a las sociedades más desarrolladas, elevan el pensamiento y

establecen márgenes de comportamiento civilizado entre los individuos y propenden a la justicia y la paz social.

BIBLIOGRAFÍA

Argentina.gob.ar. "Ley 23.592. Medidas contra actos discriminatorios - Texto actualizado" <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23592-20465/actualizacion>. Consultado el 29 de julio de 2024.

Aristóteles. *Política*. Trad. Tomás Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 1995.

Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.609, Establece medidas contra la Discriminación. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4516/>

Bio Bio Chile. Domingo 8 de abril 2012. Jorge Reyes: "Yo me siento moderno, pero también creo en valores superiores que defiendo" <https://www.biobiochile.cl/noticias/2012/04/08/jorge-reyes-por-interpretacion-de-sus-declaracionesno-fue-lo-que-yo-dije.shtml>

Caffarena Morice, Elena. *El enriquecimiento sin causa a expensas de otro en el Derecho Civil Chileno*. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107143> Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho. 1926.

Cajigal G., Juan. "Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión." Repositorio Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159498>. Santiago: Universidad de Chile, 2018.

Carranza Morales, J. y Concha Figueroa, B. 2014. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre discriminación sexual, antes y después a la ley 20.609 y propuestas de modificaciones. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/129994>

Carbonell, Miguel. "La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación." *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 55, no. 244, 2017, pp. 327-341. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6900/1.pdf>

Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores. (1991, 5 de enero). *Decreto 873: Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica"* (No. 16022). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=16022>

Chile. Constitución Política de la República de Chile, texto refundido, coordinado y sistematizado, decreto ley N° 100 (Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005). <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=242302>.

Chile. Cámara de Diputados. 2017. Proyecto de Ley Boletín N° 11424-17.

Chile. Congreso Nacional. Oficio N°57-2024 Informe de Proyecto de Ley "Modifica y Fortalece la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación" <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2024/03/INFORMEPROYECTODELEYANTIDISCRIMINACION2-1.pdf>

Chile. Congreso Nacional. Boletín N°117-371 Formula Indicaciones al Proyecto de Ley que Modifica Y Fortalece la Ley N°20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=32092&prmTIPO=OFICIOPLEY>

CHRXD - DITEC Uruguay. "Comisión Honoraria contra el Racismo, la Xenofobia y toda otra forma de Discriminación." *DITEC Uruguay*. <https://ditecuruguay.org/ditec-quienes-somos/>. Consultado el 15 de octubre de 2023.

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa. “Recomendación General N° 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio y Memorandum explicativo”. 2016. <http://www.caib.es/sites/convivexit/f/220908>.

Constitución Política del Estado [Bolivia]. 2009. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/bol>

Consejo de la Unión Europea. Igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/equal-treatment-irrespective-of-racial-or-ethnic-origin.html>

Cornejo Bellei. Institucionalidad Antidiscriminación: Una perspectiva desde el Derecho Comparado. Espacio Público, Documento de Referencia N°33. Agosto 2016

Díaz de Valdés, José. “¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?” *Revista actualidad jurídica* 28 (2013): 279-297.

Díaz de Valdés, José. Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*. Año 15, N°2. 2017.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 27 noviembre de 2000. Decisión del Consejo de la Unión Europea, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación. (en línea) <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/17bf9fa5-5256-4cb8-830c-683bc50467e5/language-es>

Directiva Sobre la Aplicación del Principio de Igualdad de Oportunidades e Igualdad De Trato Entre Hombre y Mujer en Asuntos de Empleo y Ocupación. Consejo de la

Unión Europea y Parlamento Europeo. 2006. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/equal-treatment-irrespective-of-racial-or-ethnic-origin.html>

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/equal-treatment-in-employment-and-occupation.html>

Directiva Para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación. 2000. Consejo de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/equal-treatment-in-employment-and-occupation.html>

Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

Ferrajoli, Luigi. Razones jurídicas del pacifismo. Madrid: Trotta, 2004.

Ferrajoli, Luigi; Carbonell, M. Igualdad y diferencia de género, México: Conapred. 2005.

Fundación Iguales. Abril 2022. “Chile vuelve a ser condenado por violar los DDHH de una mujer lesbiana”. <https://iguales.cl/chile-vuelve-a-ser-condenado-por-violar-los-ddhh-de-una-mujer-lesbiana/>

Gauché, Ximena. “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013.” *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 5, no. 1 (2014): 11-58.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Informe anual 2012: Situación de los derechos humanos en Chile (Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012), <https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/12/Inf-Anual-INDH12-WEB.pdf>.

INDH. Informe Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso Boletín N° 7130-07 2014.
<https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/4e1b1a6a-1a0f-4c8d-a0b6-0045ccaba00e/content>

INDH. Informe sobre el Proyecto de Ley que modifica y fortalece la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación. Boletín N°12.748-17. 2020.
<https://bibliotecadigital.indh.cl/items/41762627-c8a6-41a7-83b6-36ca96b90d5a>

INDH. Minuta Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia. 2018. (Boletín N° 11424-17)
<https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/165999d6-5a75-4c61-8c9f-fef651bb0bad/content>

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH). XXII Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile Hechos 2023. 2024. <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2024/03/XXII.-Informe-Anual-de-DDHH-Diversidad-Sexual-y-de-Genero-2023-Movilh.pdf>.

MOVILH. «XXII. Informe Anual de Derechos Humanos (Hechos 2022).» Movilh. 2023. <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2024/03/XXII.-Informe-Anual-de-DDHH-Diversidad-Sexual-y-de-Genero-2023-Movilh.pdf>

MOVILH. "Por segundo año consecutivo bajan los casos y denuncias por homo/transfobia, pero los crímenes de odio se duplican." Movilh Chile, 15 de marzo

de 2024. <https://www.movilh.cl/por-segundo-ano-bajan-los-casos-y-denuncias-por-homo-transfobia-pero-los-crimes-de-odio-se-duplican/>

Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. 1988. Observación general N°18 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989.

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

Nash R., Claudio. Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Santiago de Chile, *Anuario de derechos humanos*. 2010.

Nash, C. y David, V. 2009. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En, Nash, Claudio y Mujica, Ignacio (Eds.). *Derechos Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos*, Colegio de las Américas COLAM, Lima: Organización Interamericana Universitaria. 2009.

Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGTBIQ+ de Buenos Aires. 2023. https://drive.google.com/file/d/15589CKO1B6K_TVQfI4e5oD26jG-yMtav/view

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). "Countering Online Hatespeech". París, <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>.

Parada, O. y Nieto F., R. Análisis Ley 20.609. Tesis pregrado, Facultad de derecho Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113346/de-nieto_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pelletier, Paola. "La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Revista IIDH, no. 60, 2014, pp. 205-215.

Penna, Tati. "Entrevista completa: La íntima conversación de Tati Penna con Pedro Lemebel (sin censura)". CHV Noticias, 14 de abril de 2021. <https://m.youtube.com/watch?v=HfAErkTjyMc>

Platón. *El Banquete*. Trad. Carlos García Gual. Madrid: Gredos, 1998.

Platón, *Fedro*, trad. María Luisa Femenías. Madrid: Gredos, 2005.

Rodríguez, Jesús. "Discriminación, Igualdad y Diferencia Política" (2007). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27899.pdf>.

Sánchez González, I. 2020. Ley Zamudio en perspectiva. Derecho Antidiscriminación chileno frente a estándares de la Unión Europea. *Revista Tribuna Internacional* vol. 8, no. 16 (2019): 5. <https://doi.org/10.5354/0719-482X.2019.51960>

Saldías Mezzano Felipe. Análisis de idoneidad de la acción de no discriminación en torno a las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2021. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/179882>

LEGISLACIÓN NACIONAL:

- CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2012. Ley 20.609 “Establece medidas contra la discriminación”.
- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.
- CHILE. Código Civil.
- CHILE. Código Penal.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA:

- **URUGUAY.**
 - Ley N° 18.104 “Igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres”. 2007.
 - Ley N° 17.817 “Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación”. 2013.
 - Ley N° 18.246 “Unión concubinaria”. 2007.
 - Ley N° 18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”. 2009.
- **ARGENTINA.**
 - Ley N° 23.592. Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías

fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1988.

- Ley N° 24.284. Defensoría del Pueblo. 1993.

- **MEXICO.**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. 2003.

- **BOLIVIA.**

- Constitución Estado Plurinacional de Bolivia. 2009.
- Ley N° 045 “Eliminación del Racismo y Discriminación”. 2010.

TRATADOS INTERNACIONALES:

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1969. Convención Americana de Derechos Humanos (en línea) [Documentos Básicos - Convención \(cidh.org\)](#) San José, Costa Rica.
- CONSEJO DE EUROPA. 2016. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en línea) <http://www.caib.es/sites/convivexit/f/220908>
- COSTA RICA. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre 1969.

- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 1966.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA, Y LA CULTURA (UNESCO). 2015. Countering Online Hatespeech. Paris (en línea) <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>

JURISPRUDENCIA:

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2016. Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014 Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2018. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2016. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2022. Caso Pavéz Pavéz vs Chile. Sentencia de 4 de febrero de 2022.

- CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL. 2013. Sentencia RIT N°203-2013, RUC 1200245128-8. Caso Daniel Zamudio Vera. 28 de octubre 2013.

- VIGÉSIMO SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. 2012. Sentencia ROL 20750-2012. 25 de junio de 2013.