

# Reformas sugeridas por OTD para la ley antidiscriminación

Matías Valenzuela Cortez

Asesor jurídico de Asociación OTD Chile

[JURIDICA@OTDCHILE.ORG](mailto:JURIDICA@OTDCHILE.ORG)

@MatiasVCortez

[www.otdchile.org](http://www.otdchile.org)

Formulario de denuncias:

<http://bit.ly/OTD-denuncias>



# Violaciones a DDHH de personas disidentes sexuales (LGBTIQ+) desde el 18 de octubre

siguieron golpeando. Relata que antes de subir al carro policial, un carabinero le quitó su celular para evitar que grabara el procedimiento y que además, una funcionaria le propinó varios golpes en la cabeza lo que lo llevó a perder el conocimiento. Agrega que los funcionarios de Carabineros de la Comisaría antes mencionada, en una evidente actitud homofóbica comenzaron a gritarle “maricón culiao” en reiteradas oportunidades mientras lo golpeaban en el calabozo. Señala que luego de llevarlo a constatar lesiones, en donde, *sin siquiera revisarlo*- indicaron que tenía lesiones leves, lo que significó ser devuelto a la 51° Comisaría de Pedro Aguirre Cerca para registrar sus huellas dactilares. En dicho lugar entre amenazas



por parte del personal de Carabineros, le preguntaron “¿si era maricón?” ante lo que el estudiante de medicina respondió que era homosexual. Desde ese momento en adelante, empezaron a golpearlo con más fuerza y lo obligaron a gritar que era “maricón” ante toda la comisaría. Posteriormente los mismo funcionarios de carabineros procedieron a agredirlo sexualmente, le rompieron la ropa, le bajaron los pantalones y además le introdujeron una luma dentro de su ano, mientras le gritaban “maricón te gusta por el hoyo”.

Además los mismo uniformados permitieron que otros imputados que se encontraban reclusos lo golpearan. Después de estas reiteradas vulneraciones, el

# 1. Institucionalidad

- El artículo 1, inciso 2º de la ley establece un mandato legal, dirigido a los órganos de la administración del Estado en orden a implementar políticas públicas para erradicar la discriminación. Sin embargo, a la fecha no existe ningún programa general focalizado específicamente en la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales.
- Este órgano debe estar encargado del levantamiento de estadísticas sobre violencias por sexualidades y géneros, llevando un registro de transfemicidios y travesticidios.
- 2 modelos y rol de INDH
- Atribuciones en educación, prevención y políticas públicas:
  - Promover la creación de mecanismos de protección, como casas de acogida para personas LGBTIQ que se encuentran en situación de calle, especialmente enfocados en niños y adolescentes que son expulsados de sus hogares por manifestar su sexualidad o género.
  - Estadísticas sobre crímenes de odio por sexualidades y géneros, llevando un conteo de transfemicidios y travesticidios.

## 2. Conciliación previa y legitimación activa de la acción de no discriminación

- Conciliación previa ante institución antidiscriminatoria
- Institución puede iniciar acción judicial en representación de persona(s) o comunidad discriminada, o tomar medidas preventivas.
- Si institución no acciona, persona discriminada igualmente puede iniciar acción, presentando certificado de conciliación frustrada ante la institucionalidad.
- Legitimación activa de ONGs en representación del interés difuso de la comunidad ante un acto de discriminación.

# 3. Sede judicial de la acción de no discriminación

- Tipos de sujetos discriminadores:
  - Grandes empresas, instituciones privadas
  - Instituciones públicas
  - Crímenes de odio
  - Acoso callejero discriminatorio
- **Tribunales civiles**: costos, demoras y aspectos procesales
- Juzgados de Policía Local: es preferible sede penal para intervención del **Ministerio Público**.
- Cortes de Apelaciones: dificultad de alcance territorial
- Tipificación de acoso callejero discriminatorio

## 4. Prueba: inversión de la carga de la prueba y presunciones

*“El análisis realizado en este trabajo da sustento a la idea de que la Ley Zamudio necesita ser reformada para clarificar que su función es combatir la desventaja estructural protegiendo a los sujetos estructuralmente desaventajados, así como para establecer que la carga de la prueba debe quedar en ciertas situaciones de cargo del demandado.*

*Así y todo, a mi juicio, más urgente aún, y más desafiante, es que los jueces incorporen a su cultura jurídica la conciencia de la siguiente realidad: que la lucha contra la discriminación entendida como un fenómeno social exige un tipo de racionalidad jurídica protectora, similar a la que se le adscribe al derecho laboral. Esto involucra cambios profundos en la cultura jurídica de nuestra judicatura. Fundamentalmente, hace falta la construcción de una disciplina jurídica que dé sustento a la lectura prodiscriminado que aquí se propugna. Tal construcción debiera integrar las diversas áreas de nuestro sistema jurídico que actualmente están vinculadas a la lucha contra la discriminación, incluyendo leyes relacionadas con categorías específicas de sujetos como las personas en situación de discapacidad o los pueblos indígenas. Tal dogmática de los grupos desaventajados es una tarea que, por el momento, queda pendiente”.*

Véase Muñoz León, Fernando (2015): *Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015*. Revista de Derecho (Valdivia), 28(2), 145-167. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200008>

## 4. Prueba: inversión de la carga de la prueba y presunciones

- **Inversión de la carga de la prueba**
- **Presunciones**
  - Exigir o practicar esterilizaciones no consentidas e injustificadas a personas LGBTIQ+, o personas de otras categorías sospechas de discriminación.
  - Restricciones infundadas en el consumo: expulsiones de restaurantes u hoteles a personas LGBTIQ+.
  - Resoluciones administrativas que impongan multas o sancionen conductas que importan discriminación en ámbitos supervisados por la Administración: educación, salud, libre competencia, etc.
  - Código del Trabajo: despidos a personas LGBTIQ+, justificados mañosamente en causales legales, pero ocurridos luego de dar a conocer orientación sexual, identidad o expresión de género.
- **Prueba indiciaria**

## 5. Multas y reparaciones

- Multas, no a beneficio fiscal, sino a que a beneficios de la institucionalidad antidiscriminación
- Reparaciones (indemnización) de perjuicios:
  - Sin límite, o
  - **Con límite**, pero en el caso de empresas o personas jurídicas, **extenderla hasta el monto total de utilidades o ganancias reportadas por el acto discriminatorio.**
- **Reparaciones no pecuniarias:**
  - Disculpas públicas
  - Trabajos comunitarios
  - Capacitaciones
  - Colaboraciones con ONGs en el ámbito de la persona discriminada
- **Eliminación de posible multa a denunciante:** esto es un importante freno a la efectividad de la ley y como desincentivo a interponer denuncias por parte del público general. Además, es sobreabundante, considerando que el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 303, número 4 ya cuenta con mecanismos para desincentivar la interposición de acciones judiciales que carezcan de fundamento.

## 6. Definición de discriminación

- Discriminación adjetivada como “arbitraria” es un elemento superado en el sistema internacional de DDHH
- Discriminación indirecta
- Discriminación múltiple o interseccional
- Discriminación estructural
- Intolerancia
- Incorporación de estado seropositivo en las categorías sospechosas
- Acciones afirmativas no implican discriminación

## 7. Criterios de interpretación pro-discriminade

- Reconocer el derecho a la no discriminación como un derecho humano, y por tanto, la consagración de normas de interpretación en favor de la persona perteneciente a grupos históricamente discriminados (art. 29 CADH)
  - Ante dos interpretaciones contrarias, preferir la favorable a persona discriminada.
  - Limitaciones al derecho a la no discriminación deben ser restrictivas
  - Derecho a la no discriminación debe ser entendido de forma extensiva, para permitir el desarrollo progresivo de los derechos

## 8. Eliminación de la jerarquización de derechos

- Desde la creación de la ley, distintas organizaciones de la sociedad civil han criticado que el artículo 2, inciso 3º establezca una especie de “jerarquización” de derechos, en que el derecho a la no discriminación queda desfavorecido. En efecto, dicha norma señala que *“se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que (...) 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”*. Cabe recordar que el derecho a la no discriminación es reconocido como básico y fundamental en diversos tratados internacionales, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que esta jerarquización de derechos atenta contra sus artículos 2 y 3.
- Lo que establece el artículo 19 de la Constitución son los siguientes: número 4º, el respeto a la vida privada y a la honra; 6º, libertad de conciencia y creencia; 11º, la libertad de enseñanza; 12º, la libertad de opinión e información; 15º, libertad de asociación; 16º, libertad de trabajo, y el 21º, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

## 8. Agravante penal

- La ley incorporó al Código Penal chileno, una agravante penal en caso de que los delitos motivados por la orientación sexual o identidad de género de la víctima, merezcan una pena mayor. Sin embargo, la redacción de la norma hace difícil su prueba dado que los tribunales exigen videos o registros del momento en que se está cometiendo el delito, lo que no es posible conseguir en la mayoría de los casos. En concreto, la agravante penal incorporada en el número 21 del artículo 12 del Código Penal dice “Cometer el delito o participar en él motivado por [...] su sexo, orientación sexual, identidad de género”, entre otras circunstancias.
- En ese sentido, valoramos la redacción propuesta por el anteproyecto de Código Penal, en la que señala que la agravante penal se aplicará cuando el delito fuere perpetrado **“de un modo que exprese rechazo o desvalorización de su género, de su orientación o identidad sexual”**.

*Véanse artículos 213, 231, 260, 269, 295 y 606 del Anteproyecto de Código Penal, 22 de octubre de 2018. Disponible en:*

*[http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto\\_de\\_C%C3%B3digo\\_Penal\\_2018.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto_de_C%C3%B3digo_Penal_2018.pdf)*

- Incorporación de “expresión de género” en agravante penal.

## 9. Daño por rebote por crímenes de odio con resultado de muerte o de lesiones graves gravísimas

Ante asesinatos de personas LGBTIQ+ que en vida no tenían redes familiares de apoyo precisamente por la discriminación; hoy personas significativas en su entorno afectivo no pueden querellarse y eventualmente, exigir indemnización de perjuicios por daño por rebote por esos mismos crímenes de odio, tales como transfemicidios. Es menester flexibilizar la legitimación activa de ese tipo de acciones para permitir que sus redes de apoyo reales, como otros compañeros trans, convivientes o amigos, puedan iniciar esas acciones por el dolor causado en ellas y en la comunidad.

# 10. Inexistencia de mecanismos de protección a niños LGBTIQ+

- A la fecha, el único instrumento legal que protege a niños LGBTIQ+ de la discriminación, es la Circular 0768 de la Superintendencia de Educación, que debe ser necesariamente “activada” por los progenitores del niño trans, para que así el establecimiento educacional en donde estudie éste, tome las medidas necesarias para respetar su proceso de tránsito de género. Si bien es un instrumento importante, no tiene rango legal, y además no aborda la situación de aquellos niños que no tienen el respaldo de sus progenitores en el proceso de tránsito.
- De hecho, la recién aprobada ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, sólo permite el cambio de nombre y sexo legal desde los 14 años, sin establecer ninguna medida de resguardo a niños menores de 14, o que siendo mayores de 14, no cumplan con el requisito de que al menos uno de sus representantes legales deba respaldar su solicitud de cambio de nombre y sexo legal ante los tribunales de familia. Por otro lado, no existe normativa alguna que aborde la violencia ejercida por los familiares o le/s cuidadore/s, en contra de un niño LGBTIQ+. En muchos casos, los niños trans son expulsados de sus casas, cayendo así en la pobreza, debiendo acudir al trabajo sexual para subsistir.