

Ley 20.609: Desafíos normativos para salvaguardar los derechos LGBTIQ+ y propuestas de reforma.

Seminario de Licenciatura

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN DE LA TUTELA JURÍDICA PARA LA COMUNIDAD LGBTIQ+ EN CHILE A TRAVÉS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO	6
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA “LEY ZAMUDIO” 20.609.	15
CAPÍTULO III: DÉFICITS NORMATIVOS DE LA LEY 20.609 A LA LUZ DE LA DOCTRINA NACIONAL	25
CAPÍTULO IV: REFORMA A LA LEY 20.609: ASPECTOS A CONSIDERAR Y PROPUESTAS PARA TUTELAR LOS DERECHOS LGBTIQ+	31
CONCLUSIONES	33
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	35

RESÚMEN

En Chile la comunidad LGBTIQ+ ha protagonizado una larga lucha contra la discriminación estructural e histórica que a lo largo del tiempo han generado brechas sociales que le han dificultado significativamente a las diversidades sexuales desarrollarse plenamente a nivel socioeconómico, cultural y laboral. Producto de esta problemática, ha surgido la necesidad en los ordenamientos jurídicos de generar un cambio de paradigma a través de políticas públicas y modificaciones normativas que permitan una tutela de derechos efectiva hacia la comunidad LGBTIQ+.

La presente investigación corresponde a un análisis detallado sobre los déficits normativos de la ley 20.609, con el propósito de investigar los desafíos normativos para posteriormente efectuar propuestas de reformas que permitan a la acción antidiscriminación ser un mecanismo de tutela de derechos efectivo para la comunidad LGBTIQ+.

INTRODUCCIÓN

En Chile la comunidad LGBTIQ+ ha protagonizado una larga lucha contra la discriminación estructural e histórica que a lo largo del tiempo han generado brechas sociales que le han dificultado significativamente a las diversidades sexuales desarrollarse plenamente a nivel socioeconómico, cultural y laboral. Producto de esta problemática, ha surgido la necesidad en los ordenamientos jurídicos de generar un cambio de paradigma a través de políticas públicas y modificaciones normativas que permitan una tutela de derechos efectiva hacia la comunidad LGBTIQ+.

Para determinar el estándar que deben contener los mecanismos de tutela de derechos para las diversidades sexuales, los principios de Yogyakarta constituyen estándares internacionales vinculantes para los Estados en cuanto a la promulgación de políticas públicas que reconozcan y resguarden de manera efectiva la no discriminación por razones de género. Los Principios de Yogyakarta entregan un especial énfasis en las regulaciones normativas para prevenir crímenes de odio como asesinatos, tortura, maltrato, ataques, abuso sexual, detenciones arbitrarias y actos de discriminación que perturban otros derechos fundamentales.

En este sentido, en las últimas décadas han surgido importantes hitos normativos que han generado cambios en la tutela antidiscriminación que entrega el ordenamiento jurídico nacional, entre ellos, la aprobación de la ley 21.120 que aporta normativamente a un reconocimiento a la identidad de género, la promulgación de la ley 20.609 que entrega categorías sospechosas de discriminación arbitraria y la promulgación de la ley 20.940, la cual reconoce la identidad de género como categoría sospechosa en la normativa antidiscriminatoria laboral.

El reconocimiento a la identidad de género por la normativa antidiscriminatoria nacional ha permitido que en la actualidad ciertos organismos de administración de justicia reconozcan a la identidad de género como un derecho que se encuentra ligado a la dignidad humana, lo que ha significado un importante avance jurídico en la protección normativa hacia la comunidad LGBTIQ+.

Sin embargo, a pesar de las acciones positivas que contempla el ordenamiento jurídico contemporáneo para resguardar la no discriminación hacia la comunidad LGBTIQ+,

actualmente subsisten las prácticas discriminatorias, las cuales se radican principalmente en brechas laborales, discriminación indirecta en los servicios educacionales, falta de acceso a políticas sanitarias y de salud que contemplen la realidad de las diversidades sexuales y falta de representación en las instituciones gubernamentales.

La presente investigación corresponde a un análisis detallado sobre los déficits normativos de la ley 20.609, con el propósito de investigar los desafíos normativos para posteriormente efectuar propuestas de reformas que permitan a la acción antidiscriminación ser un mecanismo de tutela de derechos efectivo para la comunidad LGBTIQ+.

Para llevar a cabo el estudio, en primer lugar, se realizará un análisis detallado respecto al principio a la no discriminación, investigando de qué manera el ordenamiento jurídico chileno reconoce y conceptualiza el derecho a la no discriminación en sus diversos tipos; discriminación directa, indirecta, interseccional e histórica, identificando los mecanismos que la ley 20.609 utiliza para entregar un resguardo jurídico a los grupos desaventajados, con un especial enfoque en la protección a los derechos de las diversidades sexuales.

En segundo lugar, se detallará la eficacia de los mecanismos de reparación y acciones positivas contempladas en la ley 20.609 a través de un análisis de jurisprudencia en la que personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+ hayan interpuesto la acción de protección contemplada en la Ley Zamudio.

En tercer lugar, se identificarán los déficits normativos que la doctrina ha reconocido respecto a la ley 20.609, principalmente respecto a sus mecanismos de prevención, medidas reparatorias para las víctimas, posibilidades de obtener resultados favorables, carga de la prueba para la víctima y capacitación efectiva para los funcionarios públicos, para así comprender las principales causas que propician el fenómeno discriminatorio en la comunidad LGBTIQ+ a pesar de la existencia de una normativa antidiscriminación.

Por último, se entregarán propuestas de reforma a la ley 20.609, para que la normativa antidiscriminatoria actual tenga una mayor eficacia en tutelar los derechos de las diversidades sexuales y cumpla de manera efectiva con los estándares nacionales e internacionales entregados por los principios de Yogyakarta, la Corte IDH y MOVILH Chile.

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN DE LA TUTELA JURÍDICA PARA LA COMUNIDAD LGBTIQ+ EN CHILE A TRAVÉS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.

I. I Dignidad humana y Principio de Igualdad:

Para contextualizar, cabe considerar, en primer lugar, conceptos que son claves para entender el estándar que deben responder la normativa que resguarda derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno.

El primer concepto que es desprendido del artículo 1º de la Constitución Política de la República de Chile es el de dignidad humana. En concreto, el inciso 1º del artículo 1 de la CPR señala que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La dignidad humana ha sido un concepto históricamente discutido por los académicos del derecho constitucional chileno, existiendo algunos que lo relacionan directamente con la igualdad entre todas las personas, mientras que otros, como Nogueira (2010) y Cea (2019) consideran que el concepto de dignidad humana goza de supremacía por ser lo más profundo y básico de los valores del ser humano. En esta investigación utilizaremos este segundo entendimiento de la dignidad humana, ya que creemos que el ligar necesariamente la dignidad con la igualdad da pie a que existan confusiones dogmáticas en el funcionamiento de cada uno de los conceptos, restándole independencia, importancia y supremacía a un principio básico rector de nuestro derecho constitucional, el cual es, la dignidad.

Nogueira describe a la dignidad como el “rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o un medio para otro fin, además de dotarla de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad” (Nogueira, 2006, p. 68).

Por otra parte, Para Cea, la dignidad humana corresponde al valor primordial de la CPR, es de carácter “absoluto, intangible, inviolable, irreductible e ilimitable, universal y, por idéntica razón, principio de la igualdad y la libertad del ser humano desde su concepción” (Cea, 2019, p.50) , definiéndola como “la cualidad del ser humano, predicable única o exclusivamente como atributo suyo, coherente con su inteligencia, libertad, e igualdad, en fin, con su responsabilidad,

rasgos de racionalidad que lo erigen en un depósito, máximo o supremo, de valores que integran su espíritu y materia” (Cea, 2019, p. 44). Cea sostiene que la dignidad es inherente a todos los seres humanos, sin distinción de su situación, comenzando desde el momento de la concepción. Considera que esta dignidad representa una "característica igualitaria" que comparten todas las personas. Además, destaca que cada individuo "nace y debe vivir con la cualidad de ser digno, es decir, con un valor trascendental en la historia, siendo un sujeto libre e igual a los demás, destinado a desarrollar un proyecto de vida único y personal." Sin embargo, al igual que Nogueira, Cea reconoce que, en la práctica, el concepto de dignidad resulta complicado de definir.

De la misma forma, la propuesta de Rodríguez (1999) es relevante, ya que establece conexiones significativas entre la dignidad y otras normas constitucionales. Según su análisis, la dignidad se entiende al reconocer al ser humano como sujeto autónomo y superior, lo que implica tres consecuencias legales. En primer lugar, esto asegura que el derecho no considere al individuo como un objeto. En segundo lugar, proporciona una base para su derecho a la autodeterminación, tal como se establece en el inciso 4° del artículo 1 de la CPR. Por último, esta noción de superioridad resalta la primacía del ser humano sobre el Estado y promueve la igualdad entre todas las personas (Rodríguez, 1999, p. 12).

De forma bastante similar lo define el Tribunal Constitucional chileno en las sentencias Rol N.º 389-2003, 28.10.2003, considerando 27°; Rol N.º 740-2007, 18.04.2008, considerando 46° y Rol N.º 1185-08, 28.07.2008, considerando 11, en las que define a la dignidad humana como el “principio fundamental”, la “cúspide” del orden constitucional, el “valor supremo” de la Constitución, o el “principio rector de todo el ordenamiento jurídico”. Así, todo el ordenamiento jurídico debe entenderse como un “conjunto de instrumentos” al servicio de la dignidad. Por otro lado, también la ha descrito como una “norma o regla”, aun cuando “tenga la estructura típica de un principio”, el TC ha sostenido que la dignidad “es la cualidad del ser humano que lo hace siempre digno de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener su protección”⁷⁴ y la cualidad de “sujeto de derecho de todo hombre como tal”.

Ahora bien, ahora que sabemos de qué se trata principalmente el concepto de dignidad humana y en cuáles preceptos constitucionales se encuentra principalmente consagrado, cabe hacerse cargo de un segundo asunto: la legitimación activa de la dignidad. Este punto también ha sido objeto de discusión por parte de los académicos y de la doctrina chilena, al respecto, Verdugo et al (2002) sostiene que, la dignidad humana es el producto de su carácter (el de la persona humana) de ser consciente y racional, perfectible, dotado de voluntad y afectividad (p. 110).

Por su parte, el TC (2007) ha sostenido que, como se deduce del artículo 1 de la CPR, todo ser humano, sin distinciones, está dotado de dignidad, incluyendo al nonato. Sin embargo, en la actualidad ha especificado que quien no ha nacido carece de personalidad jurídica, y que, en consecuencia, no tiene derechos, incluyendo el derecho a la vida. Con todo, en la misma sentencia afirmó también, que, en casos como la interrupción del embarazo, la dignidad de la mujer constituye una restricción al derecho a la vida del no nacido (Considerando 49).

Por otro lado, El artículo 1, inciso 4°, de la CPR establece que el Estado “debe ayudar a crear las condiciones que permitan a todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional su máxima realización espiritual y material”, Para Wiegand (2023), el concepto de dignidad humana no distingue entre quienes ya cuentan con esas condiciones y quienes no. Solo al interpretar este inciso junto con la importante garantía de la dignidad humana, se hace evidente una tarea esencial para el legislador. Ante dos alternativas promover condiciones que permitan a todos alcanzar su máxima realización o asegurar un mínimo de realización, la dignidad humana demanda que el legislador elija la segunda opción. De esta interacción entre ambas disposiciones se deriva un mandato de garantizar un mínimo social. Esta perspectiva debe entenderse como una norma de derecho objetivo que asigna al legislador la responsabilidad de cumplir con un deber que la Constitución por sí sola no puede cumplir: asegurar no solo una inclusión formal, sino también una inclusión material y sustancial de todos los seres humanos en la sociedad. Para participar plenamente en la vida social, no es suficiente con el reconocimiento formal de la personalidad jurídica de cada persona, incluso con el respeto y la protección de sus elementos constitutivos; es crucial establecer mecanismos institucionales complejos y efectivos que generen las condiciones necesarias para proporcionar a todos los recursos mínimos, tanto materiales como espirituales, que permitan el ejercicio pleno de la libertad (p. 24).

En este sentido, podemos comprender que la dignidad humana no asegura su misión por sí misma, sino que necesita de resguardo normativo adicional que obligue al Estado a garantizar el respeto de los derechos inherentes a la persona humana.

La igualdad corresponde al primer derecho fundamental ligado a la dignidad humana y consagrado también en el artículo 1 N° 1 de la Constitución Política de la República, siendo un concepto que, incluso en la jurisprudencia internacional se encuentra relacionado directamente a la libertad y dignidad. Una primera aproximación que entrega el profesor Villavicencio (2018) sobre la igualdad como principio que se encuentra regulado por el derecho internacional y la normativa nacional, es que la igualdad es una idea prescriptiva, eso quiere decir que la idea de igualdad como principio internacional y como derecho consagrado por nuestra Constitución invoca un ideal, un deber ser, una forma como las personas debieran ser tratadas y no como son tratadas en los hechos. Por lo tanto, desde este punto de vista, una primera formulación de la igualdad en términos correctos, según el profesor, debiese ser la siguiente: todos los seres humanos, hombres y mujeres, deben ser tratados igualmente (p.50).

Un ejemplo de la aplicación al principio de igualdad es que lo entrega Fuentealba et al., 2022, quienes resaltan la importancia del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de los derechos humanos. Al analizar la sentencia del caso Átala Riffo y Niñas Vs Estado de Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció que la igualdad es un derecho fundamental intrínsecamente ligado a la dignidad humana. Además, la Corte enfatizó que los Estados tienen la obligación de tomar medidas activas para prevenir y eliminar la discriminación, no solo absteniéndose de crear leyes injustas, sino también implementando políticas públicas que promuevan la igualdad efectiva para todos los grupos sociales. (p.61).

Respondiendo con el estándar internacional, en el Derecho chileno se encuentra protegida la igualdad ante la ley desde varias aristas, al respecto: El artículo 1° de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Asimismo, la Constitución chilena consagra a la igualdad como un derecho fundamental, lo cual se desprende del artículo 19 inciso 2 respecto a la igualdad ante la ley y que en Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En este mismo artículo, se destacan en la materia los numerales N° 3 (“igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”), N° 9 (“El Estado protege el libre e

igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”), N° 16 (“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”), N° 20 (“La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”), y N° 22 (“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”)(Movilh, 2022). Además, el artículo 20 de la Constitución Política de la República instituye la acción de tutela constitucional recurso de protección, para que cualquier persona solicite la protección de la justicia frente a la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que enumera el artículo 19, entre ellos, el de igualdad ante la ley.

Por otro lado, es atinente destacar que en la sentencia de Átala Riffo y Niñas Vs Estado de Chile se puede extraer una idea fundamental que ha sido desarrollada por la doctrina nacional: La igualdad en los derechos humanos, según el enfoque de género, presenta una complejidad que va más allá de la simple igualdad formal. Como señala Alda Facio (CIDH, 2018), este concepto abarca tres dimensiones: formal, sustantiva y de resultados. Si bien la igualdad formal garantiza un trato jurídico igualitario para todos, no considera las desigualdades estructurales ni las necesidades específicas de ciertos grupos. Para lograr una verdadera igualdad, es necesario complementar la igualdad formal con acciones afirmativas y políticas públicas que reduzcan las brechas existentes. En este sentido, La igualdad sustantiva implica que el Estado debe tomar medidas activas para garantizar que todos los grupos sociales tengan las mismas oportunidades. Díaz de Valdés (2015) profundiza en esta relación, destacando dos aspectos clave de la igualdad de oportunidades: el acceso a puestos de trabajo y posiciones de poder basado en el mérito, y la eliminación de obstáculos específicos que afectan a ciertos grupos. Según esta autora, la igualdad de oportunidades implica que todos los individuos, independientemente de su origen social, deban enfrentar las mismas barreras para alcanzar sus objetivos (p. 177).

II. La no discriminación en el Derecho chileno a la luz del principio de igualdad sustantiva.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 constituye un hito en la historia de los derechos humanos al consagrar el principio de igualdad ante la ley. Como señala Rodríguez

(2018, p. 117), este documento, surgido en un contexto histórico marcado por las violaciones masivas de derechos humanos, buscaba garantizar la protección de los individuos y evitar la repetición de hechos como los ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial. Al afirmar que "todos los seres humanos son iguales ante la ley" (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948), este instrumento internacional sentó las bases para la lucha contra la discriminación.

En cuanto a la conceptualización del término discriminación, la jurisprudencia internacional en el fallo *Átala Riffo y niñas Vs Estado de Chile*, la Corte IDH define la discriminación como; "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, el nacimiento o cualquier otra 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" (Corte IDH, 2012, p. 72-82).

En el contexto chileno, la evolución de estos principios ha sido objeto de análisis crítico. La Ley Chilena contra la Discriminación ha sido evaluada desde la perspectiva de los derechos internacionales y constitucionales, destacando la necesidad de que las políticas públicas no solo promuevan la igualdad, sino que también prevengan y sancionen la discriminación en todas sus formas. Esto refleja un avance en la comprensión de que la no discriminación no es simplemente una extensión de la igualdad, sino un principio que requiere atención y acción específica por parte del Estado. Esta diferenciación la sustenta el profesor Rodríguez (2018), quien, según su análisis, la igualdad se ocupa del trato desigual que es injustificado e irracional entre personas que, por sus características, pueden ser consideradas en una posición comparable. Este enfoque se relaciona principalmente con la labor legislativa, administrativa y jurisdiccional que busca garantizar que las leyes y políticas públicas no perpetúen desigualdades injustas. Por otro lado, el derecho a la no discriminación se centra en criterios que son socialmente inaceptables para establecer diferencias de trato entre personas. Este principio está más vinculado a las actuaciones de los poderes públicos y a la figura de autoridad en general, lo que implica que las acciones del Estado deben ser evaluadas no solo en términos de igualdad, sino también en cuanto a su

capacidad para evitar discriminaciones basadas en características como raza, género, orientación sexual, entre otros (pp. 126, 127).

Por otro lado, otras leyes han definido el concepto de “discriminación”, como en la Ley N° 20.422, sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (letra a) del artículo 6) “Toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico.”; el Código del Trabajo en su artículo 2 “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, género, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad, origen social o cualquier otro motivo, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” y en la Ley N° 20.609 que define la discriminación arbitraria y agrega “categorías sospechosas” de discriminación, protegidas por la acción de no discriminación que instaura la misma 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, género, 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.”.

III. Evolución del principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico chileno a la luz de los principios de Yogyakarta.

Al analizar la incorporación de la identidad de género en el ordenamiento jurídico nacional, es fundamental considerar la relevancia de los Principios de Yogyakarta. Estos principios, adoptados en 2006, establecen estándares internacionales que, a pesar de no ser vinculantes, son recomendaciones relevantes para que los Estados operen de manera más eficaz en su deber de aplicar normas que reconozcan y protejan la igualdad y la no discriminación en función de la identidad de género y la orientación sexual. Como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "los Principios de Yogyakarta representan un avance crucial en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTIQ+, proporcionando un marco normativo que los Estados deben seguir" (CIDH, 2015). Los Principios de Yogyakarta abordan específicamente las violaciones de derechos humanos sufridas por los colectivos LGBTIQ+, haciendo hincapié en la necesidad de implementar regulaciones que prevengan crímenes como asesinatos, tortura, maltrato, ataques, abuso sexual, detenciones arbitrarias, exclusión laboral y discriminación. Según el informe de Yogyakarta (2016), "estos principios son esenciales para garantizar que las políticas públicas y las leyes sean efectivas en la protección de los derechos de todos los individuos, independientemente de su identidad de género u orientación sexual". Los especialistas en derechos humanos coinciden en que los Principios de Yogyakarta reflejan el estado actual del Derecho Internacional en lo que respecta a la orientación sexual y la identidad de género (Yogyakarta, 2016, p. 23). Además, reconocen que los Estados podrían asumir obligaciones adicionales a medida que el Derecho Internacional sigue evolucionando. Esto subraya la necesidad de que los marcos legales nacionales se adapten a estos estándares internacionales para garantizar la protección efectiva de las personas LGBTIQ+.

En este sentido, es posible comprender que los Principios de Yogyakarta constituyen un hito en la lucha por los derechos de las personas LGBTIQ+ al subrayar la importancia del reconocimiento legal de la identidad de género y el derecho de las disidencias sexuales a formar familias. De la misma forma, al establecer que todas las personas tienen derecho a ser reconocidas ante la ley, estos principios desafían las normas sociales que, hasta la década anterior eran consideradas por la comunidad LGBTIQ+ como restrictivas. En este sentido, para la ONG MOVHIL (2013), la falta de reconocimiento legal no solo limita el acceso a derechos fundamentales como la salud y la educación, sino que también expone a estas personas a un mayor riesgo de violencia y discriminación (p.18). En sintonía con esta idea, los Principios de

Yogyakarta actúan como un catalizador que permite orientar a los Estados para que adopten medidas legislativas que garanticen la igualdad y la no discriminación. Estas recomendaciones han permitido que en Chile existan en la actualidad discusiones parlamentarias acerca de la importancia de reconocer la identidad de género como un derecho y una manifestación de la libertad constitucional, además, han posibilitado que ya existan normas que reconozcan a la identidad de género como una categoría sospechosa de discriminación. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la promulgación de la ley 20.940 publicada el 8 de septiembre del año 2016, la cual moderniza el sistema de relaciones laborales. Anterior a la promulgación de la ley 20.940, la orientación sexual no estaba expresamente reconocida como categoría sospechosa de discriminación. Actualmente, en el artículo 1 de la ley se otorga reconocimiento normativo a la identidad de género y se introduce ese concepto al Código del Trabajo. Otro ejemplo crucial de cómo estos principios han influido en la legislación nacional se encuentra en la ley 21.120 de Identidad de Género, promulgada en 2018. Esta ley permite que las personas trans puedan modificar su nombre y sexo registral en documentos oficiales, un avance significativo en el reconocimiento legal de la identidad de género.

IV. Normativa aplicable para resguardar los Derechos LGBTIQ+ en el Ordenamiento Jurídico chileno

La protección de los derechos de la comunidad LGBTIQ+ en Chile ha avanzado significativamente en las últimas décadas, gracias a hitos históricos y a la ratificación de acuerdos internacionales que han permitido la implementación de diversas normativas que buscan garantizar la igualdad y la no discriminación. A continuación, se presentan las principales leyes y regulaciones que forman parte del ordenamiento jurídico chileno en este ámbito:

1. Despenalización de la Homosexualidad: En 1999, se derogó el artículo 365 del Código Penal que criminalizaba las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Esta despenalización fue un paso crucial hacia la igualdad de derechos para la comunidad LGBTIQ+, eliminando un marco legal que perpetuaba la discriminación y la estigmatización.
2. Ley Antidiscriminación N°20.609: Promulgada en 2012, esta ley corresponde a la normativa supletoria para proteger a las personas de actos discriminatorios; establece un marco legal para prevenir y sancionar la discriminación en diversas áreas, incluyendo la orientación

sexual e identidad de género. La Ley Antidiscriminación prohíbe cualquier acto de discriminación y entrega un mecanismo de denuncia que promete ser rápido y eficaz para las víctimas. Esta normativa es fundamental para la protección de los derechos de las personas LGBTIQ+, ya que permite abordar situaciones de violencia y discriminación en el ámbito laboral, educativo y social.

3. Ley de Identidad de Género N° 21.120: Aprobada en 2018, esta ley permite a las personas trans modificar su nombre y sexo registral en documentos oficiales, reconociendo así su identidad de género. La Ley de Identidad de Género es un avance significativo en el reconocimiento de los derechos de las personas trans en Chile, ya que les otorga la posibilidad de vivir de acuerdo con su identidad sin enfrentar obstáculos legales.

En conclusión, Chile ha experimentado un avance significativo en el reconocimiento y protección normativa de los derechos de las personas LGBTIQ+ en los últimos años. La aprobación de leyes como la Ley de Identidad de Género y la interpretación de la jurisprudencia internacional en armonía con los conceptos de dignidad humana e igualdad ante la ley han sentado las bases para una sociedad más igualitaria e inclusiva. Sin embargo, a lo largo de la investigación se podrán visualizar los desafíos normativos que aún están pendientes para responder de forma adecuada con los parámetros establecidos por los organismos internacionales.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA “LEY ZAMUDIO” 20.609

I. Estructura y contenido de la ley 20.609:

En primer lugar, para comprender el contexto histórico en el que se introduce la ley 20.609 al ordenamiento jurídico chileno, cabe precisar que en 2005, el Gobierno presentó un proyecto de ley que definía el término "discriminación arbitraria" y proponía medidas específicas para abordar casos de actos discriminatorios. La motivación del Presidente de la Cámara de Diputados para promover esta iniciativa, conocida como la "Ley Zamudio", se centraba en responder a los retos que la globalización y la creciente diversidad social planteaban a los Estados. En el ámbito normativo, se buscaba establecer procedimientos más eficientes para proteger los derechos de las personas frente a la discriminación. Además, la propuesta tenía

como objetivo reducir al mínimo los llamados "delitos de odio", definidos por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, como "el ataque violento de una persona a otra en función de su pertenencia a un determinado grupo social", los cuales están dirigidos a grupos que históricamente han sufrido discriminación debido a su orientación sexual, identidad de género, etnia o situación socioeconómica. Este proyecto de ley estuvo en discusión durante siete años y fue finalmente promulgado el 12 de julio de 2012, impulsado por el asesinato de Daniel Zamudio, un caso emblemático de delito de odio motivado por su orientación sexual. Así las cosas, en la historia de la ley 20.609 se establece que "La reforma que se plantea a la Ley N° 20.609 busca posicionarla como una ley general antidiscriminación, sentando las bases y lineamientos generales para todas las leyes relacionadas y formar de esta manera un compendio de normas que se relacionan entre sí de forma coherente y consistente con una verdadera política de lo discriminación y derechos humanos."

En cuanto al término "discriminación", la ley 20.609 entrega una definición muy similar a las que el Derecho Internacional ya había consagrado, estableciendo en su Artículo N° 2 que "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."

Es importante especificar que el artículo 18 de la normativa general antidiscriminación establece de manera explícita que los procedimientos contemplados en la ley 20.609 no reemplazan a los procedimientos especiales de tutela de derechos en materias específicas, por lo que corresponde a una normativa supletoria y no puede ser invocada de forma conjunta con mecanismos específicos como el mecanismo de tutela de derechos contemplado en materia laboral.

Por otro lado, de la definición de discriminación arbitraria entregada por la ley 20.609, la doctrina nacional le ha dado énfasis a un punto clave: Hay presencia de discriminación arbitraria si el acto discriminatorio denunciado tiene por objeto privar, perturbar, amenazar o excluir el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Lo anterior quiere decir que la normativa antidiscriminación exige una conexión entre el acto arbitrario, desigual o discriminatorio llevado a cabo y la perturbación al ejercicio de un derecho fundamental que se encuentra reconocido en el ordenamiento jurídico. (Díaz de Valdés, 2014, p.152, Díaz de Valdés (2014) entrega un ejemplo de lo anterior: “Así, por ejemplo, si un Estado reconoce la libertad de culto a todas las religiones, salvo a los judíos, estaríamos frente a una discriminación que debería prohibirse en cuanto daña el ejercicio del derecho a la libertad de culto de los judíos. (p.151)”

II. Mecanismos de protección y acciones positivas para la comunidad LGBTIQ+ en la ley 20.609

En cuanto a los mecanismos contemplados por la ley 20.609 para denunciar y resguardar a las víctimas de actos discriminatorios, se pueden identificar principalmente dos:

1. Acción de no discriminación arbitraria: La acción de no discriminación arbitraria es un mecanismo legal diseñado para garantizar el acceso a la justicia a aquellas personas que han sido víctimas de actos u omisiones discriminatorias. Su principal objetivo es ofrecer un camino claro y accesible para que las personas afectadas puedan hacer valer sus derechos ante la ley. Este tipo de acción permite que las víctimas presenten su caso ante un juez ordinario, lo cual es fundamental para asegurar que sus reclamaciones sean consideradas en un tribunal de justicia. Además, la normativa establece plazos más amplios para la presentación de estas acciones, lo que otorga a las personas afectadas un tiempo razonable para reunir la evidencia necesaria y preparar su defensa. Una característica relevante de esta acción es que otorga al juez la facultad de tomar todas las medidas necesarias para restablecer el estado de derecho y proteger a la persona que ha sufrido el acto discriminatorio. Esto puede incluir, por ejemplo, la orden de cesar con la conducta discriminatoria, la rescisión del acto discriminatorio para devolver el imperio del derecho a la víctima, o incluso la imposición de sanciones pecuniarias materializadas en multas estatales a quienes hayan incurrido en prácticas discriminatorias.

En el contexto de la acción de no discriminación arbitraria, se establecen medidas reparatorias que buscan remediar los efectos de actos u omisiones discriminatorias. Esta acción permite que se anule el acto que ha causado la discriminación o que se ordene la realización del acto que no se llevó a cabo, asegurando así que se restablezca la situación de igualdad y justicia para la persona afectada. Sin embargo, es importante señalar que la Ley N° 20.609 no contempla indemnizaciones de perjuicios en beneficio de las víctimas de discriminación. En lugar de compensaciones económicas, la ley establece que, si se determina la existencia de discriminación arbitraria, el tribunal impondrá una multa a las personas responsables del acto u omisión discriminatoria, y esta multa se destinará al fisco.

2. Introduce sanciones de destitución en el Estatuto Administrativo para funcionarios públicos y para Funcionarios Municipales que incurran en conductas o políticas discriminatorias: La normativa establece que el acto de discriminación arbitraria se considera una causal de destitución tanto en el Estatuto Administrativo para funcionarios públicos como para Funcionarios Municipales. Esta disposición introduce una sanción adicional para aquellos que incurren en comportamientos discriminatorios dentro del ámbito del empleo público. El fundamento de esta medida radica en la comprensión de que quienes realizan actos discriminatorios demuestran una falta de probidad y ética, cualidades esenciales que deben caracterizar a un funcionario público. Al ejercer sus funciones, estos trabajadores representan al Estado y, por lo tanto, deben actuar con integridad y respeto hacia todos los ciudadanos, sin distinción alguna. Incorporar la discriminación arbitraria como causal de destitución no solo busca sancionar a quienes se comportan de manera inapropiada, sino también fomentar un ambiente laboral inclusivo y respetuoso dentro de las instituciones públicas. Esta acción refuerza el compromiso del Estado de promover la igualdad y prevenir la discriminación, asegurando que todos los funcionarios actúen de acuerdo con los principios de dignidad y respeto hacia la diversidad.

III. Análisis de jurisprudencia con resultados positivos sobre acción de antidiscriminación arbitraria:

Ahora bien, una vez que conocemos las definiciones y el mecanismo de acción de la ley 20.609, es necesario visualizar de qué manera se ha llevado a cabo esta protección en la práctica y si ha

sido realmente eficaz para resguardar a la comunidad LGBTIQ+, para ello, realizaremos un análisis de Jurisprudencia chilena en la que ha sido invocada la acción de protección de la normativa general antidiscriminación y que ha obtenido resultados positivos para las víctimas, entendiendo como “resultado positivo” únicamente si se concede el recurso y las directrices entregadas por la jurisprudencia.

1. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 41884-2017: Corresponde a un recurso de casación en el fondo en el que la cuestión jurídica se basa en determinar si se incurrió en un acto de discriminación arbitraria por parte de la Municipalidad de Ñuñoa no permitir a una persona con discapacidad física llevar a cabo la evaluación exigida por la ley para renovar su licencia de conducir en condiciones que se adaptaran con la limitación de movilidad en sus brazos y piernas.

A modo de contextualización, el razonamiento del tribunal de primera instancia para desestimar la aplicabilidad de la acción de no discriminación contemplada en la ley 20.609 radica en que hubo falta de un requisito trascendental para la eficacia de la norma, este es, un derecho reconocido y protegido por nuestro ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, se determinó que no existió discriminación arbitraria ya que la Municipalidad de Ñuñoa no vulneró ningún derecho reconocido, ya que el no poder renovar la licencia de conducir no perturba ni amenaza con perturbar un derecho fundamental.

En el undécimo considerando de la Corte Suprema, se establece que para que una acción u omisión discriminatoria sea sancionable bajo la ley pertinente, debe vulnerar un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que estén vigentes. Este enfoque resalta la importancia de proteger los derechos de las personas con discapacidad, asegurando que tengan acceso a los mismos servicios y oportunidades que cualquier otro ciudadano. El recurso de casación, por lo tanto, no solo busca revisar la legalidad de la decisión tomada por la municipalidad, sino que también se erige como un medio para reafirmar el compromiso del sistema judicial con la igualdad y la no discriminación. En el considerando undécimo, la CS afirma este punto “Que, como esta Corte señaló en la sentencia dictada en la causa mencionada, la acción u omisión discriminatoria para ser sancionable conforme a la citada ley, debe vulnerar necesariamente un derecho fundamental establecido en la Constitución Política de la República

o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...”

Sin embargo, lo interesante del fallo radica en que, al respecto, la Corte Suprema realiza un análisis más detallado del caso y establece que aunque efectivamente no exista en el catálogo de derechos y garantías constitucionales un derecho a renovar la licencia de conducir, la Municipalidad al privar al afectado de acceder a la renovación de su licencia por sus características físicas incurrió en un acto discriminatorio y vulneró la igualdad ante la ley contenida en los artículos 1 N° 1 y 19 N° 2 de la Constitución. En este análisis, la CS explicita que es crucial que la labor jurisdiccional falle en armonía con los derechos y garantías de las personas que han sido vulneradas, efectuando una evaluación del caso en el que se tomen en cuenta los derechos que son perturbados o amenazados por el acto discriminatorio y así también los que de forma indirecta han sido privados, perturbados o amenazados.

Lo novedoso del fallo se encuentra en este último punto, ya que la Corte Suprema impone a los tribunales de primer grado la labor de efectuar un análisis exhaustivo de los casos en los que se invoque la acción de no discriminación arbitraria, ya que el derecho vulnerado no necesariamente va a encontrarse de manera explícita en la conducta realizada u omitida, por el contrario, en gran parte de las actuaciones en las que se incurre en actos discriminatorios (sobre todo en el ámbito laboral) existe una forma de discriminación más bien implícita, ligada a lo que los académicos entienden por discriminación indirecta.

Para Rodríguez (2013) la discriminación indirecta aparece cuando el acto discriminatorio surge de normas, prácticas o estándares que a simple vista son neutrales, pero que en los hechos prácticos producen un impacto o perjuicio significativamente mayor en determinadas personas, pertenecientes a colectivos protegidos o victimizados, sin una justificación razonable (pp. 7-10). Un punto crucial que surge de la discriminación indirecta se encuentra en que, la prioridad de la protección contra la discriminación indirecta debe ser entregar protección a aquellos grupos que tradicionalmente son victimizados por su situación determinada. Para la doctrina de Rodríguez (2013), el derecho a la no discriminación se basa en la existencia de ciertos grupos “víctima” que son discriminados de manera sistemática respecto de otras personas o grupos. (pp.5-10). Lo anterior, lo complementa Bamforth et al. (2008), quien ejemplifica la

discriminación indirecta a través del caso de las mujeres que deben utilizar hiyab, en este sentido, el autor señala que interpretar las prohibiciones del hiyab únicamente como discriminación religiosa es simplificar excesivamente el problema. Según los autores, estas situaciones también reflejan cuestiones de género, ya que el uso del hiyab está intrínsecamente relacionado con las expectativas culturales y religiosas sobre el rol de las mujeres. Esto genera preguntas complejas sobre cómo se equilibran los derechos, como la igualdad de género y la libertad religiosa siendo dos derechos tan diferentes, pueden parecer opuestos, pero en otros casos podrían trabajar juntos en la misma dirección.

2. 3º Juzgado Civil Santiago, Sentencia Rol C-17314-2012: Para contextualizar, el fallo se trata de una acción judicial de no discriminación arbitraria interpuesta por una pareja homosexual, los cuales concurren a un motel para hacer uso de sus servicios. Al ingresar a la recepción un funcionario del motel dificulta e impide a la pareja hacer uso de los servicios en razón de su homosexualidad. Originados los autos, la administración del motel en calidad de parte demandada alude a no haber incurrido en acto discriminatorio arbitrario y que, asimismo, su actuar era justificado en razón de haber ejercido su derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República. Así, la administración señala que desde años “ha procurado satisfacer las necesidades de su clientela, la cual ha sido y es mayoritariamente heterosexual...” y, por ello, “se ha esmerado en acondicionar sus instalaciones y servicios para atender de la mejor manera a sus clientes...” (Considerando N° 2)

Lo interesante del fallo radica en que el tribunal establece que “no basta con invocar una de las garantías constitucionales contempladas en el precepto, sino que es necesario acreditar su ejercicio legítimo.” Para desestimar la argumentación de la parte demandada basada en el legítimo ejercicio del artículo 19 N° 21 de la Constitución.

Ahora bien, el tribunal aporta al estándar que deben tener los jueces al momento de ponderar el acto discriminatorio, aludiendo a que la arbitrariedad de un acto no está condicionada a la presencia de ilegalidad como factor de configuración, por el contrario, basta con la falta de fundamentos o de proporcionalidad del acto en cuestión. Ahora bien, en cuanto a la colisión que se presenta en la cuestión jurídica entre la igualdad ante la ley invocada por la parte demandante y la libertad de desarrollar cualquier actividad económica fundamentada por la demandada, el

tribunal consideró que la libertad para desarrollar cualquier actividad económica debe respetar el ordenamiento jurídico y someterse al mandato de la Constitución, por lo que, en este caso existió una vulneración explícita a la igualdad ante la ley por existir una “distinción, exclusión o restricción razonable”.

De este modo, el tribunal en el considerando N° 15 establece que “Pensar de tal modo importaría avalar constantes actos de discriminación, consistentes, por ejemplo, que en un restaurante o en una sala de cine, no se permitiera el ingreso de parejas homosexuales, lo que repugna al principio de igualdad ante la ley y la necesaria tolerancia y aceptación que deben existir entre los seres humanos”.

De la sentencia anterior podemos concluir principalmente un punto crucial de la ley 20.609: Para que estemos en presencia de discriminación arbitraria basta con ejercer una acción u omisión que lleve a cabo una diferenciación que carezca de justificación razonable, en este sentido, el elemento de la razonabilidad es determinante para considerar que se ha vulnerado la igualdad ante la ley y la no discriminación, por lo que, una acción u omisión puede ser perfectamente lícita pero discriminatoria al mismo tiempo.

3. Sentencia Corte Suprema, Rol N°38238- 2016: Corresponde a una sentencia de casación de oficio por la Corte Suprema, en la que se le condena a la ex alcaldesa de Lampa Gabriela Ortúzar en calidad de autoridad administrativa a cesar su conducta discriminatoria en contra de una exconcejala transgénero, además de pagar una multa de 5 UTM a beneficio fiscal. En este sentido, en el considerando undécimo la Corte dispone: Se declara que la demandada doña Graciela Fernanda Ortúzar Novoa, alcaldesa de la comuna de Lampa, incurrió en un acto discriminatorio respecto de doña Alejandra (Domingo Felipe) González Pino, en razón de su identidad de género, debiendo cesar en dicha conducta y dirigirse a ella con su nombre social.

A pesar de que el fallo fue favorable para la víctima, lo interesante de la resolución de la CS es que confirma lo que se ha adelantado en los puntos precedentes: La ley 20.609 carece de un mecanismo reparatorio en el ámbito social y pecuniario para las víctimas de discriminación. Esto debido a que en el fallo se citan las declaraciones de la parte denunciante: “Es totalmente discriminatorio lo que ella realizó contra mi persona en la concejalía, en los tratos, en las opciones de trabajo, en el Consejo Municipal y eso es un precedente hoy en día para la comunidad trans

y para mí”. “Lo que yo más sufría en el concejo era que ella se mofaba de mi actuar como fiscalizadora; segundo, me decía ‘maricón pobre’, era terrible.” En este sentido, un mecanismo reparatorio idóneo para la denunciante habría sido, en primer lugar, disculpas públicas por parte de la exalcaldesa, quien menoscabó en las sesiones del concejo municipal a la denunciante; por otro lado, una indemnización de perjuicios por el daño moral ocasionado habría sido una medida reparatoria apta para el caso, en el que se le ocasionó daño psicológico reiterativo a la exconcejala. Sin embargo, el que se le haya condenado a la exalcaldesa únicamente a pagar una multa en beneficio fiscal deja ver que, para obtener una reparación integral del daño ocasionado a la víctima, es necesario efectuar la demanda de indemnización de perjuicios en el Juzgado de Letras en lo Civil correspondiente.

Al respecto, un fallo de 2013 declaró que “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 aun, en el orden patrimonial, limitadas a la interposición de una multa a beneficio fiscal, con lo que se evita la proliferación de este tipo de juicios con fines meramente lucrativos o especulativos (...) excluyendo del todo la posibilidad de indemnizar civilmente por esta vía las pretensiones de las partes” (22° Juzgado Civil de Santiago, rol N ° 20750-2012, de 25 de junio de 2013, considerando 22°).

IV. Análisis de jurisprudencia de la ley 20.609 a la luz de la doctrina de oposición a la ley.

Un gran porcentaje de los académicos del derecho no están de acuerdo con el mecanismo que contempla la ley 20.609, el principal exponente de la teoría que se opone a lo prescrito por la normativa antidiscriminación es el profesor Díaz de Valdés y el profesor Gaspar Jenkins Peña y Lillo. Al respecto, Díaz de Valdés (2015) critica principalmente la carga probatoria que la ley le impone a las víctimas de actos u omisiones discriminatorias, aludiendo a que es la principal causa por la que las acciones son desestimadas por la justicia chilena; en este sentido, el profesor establece que uno de los aspectos más problemáticos en los juicios de discriminación lo constituye la prueba, principalmente por cuanto la acreditación de un hecho discriminatorio puede ser muy difícil (en ocasiones son sólo dichos o expresiones sin mayor materialidad). En efecto, la jurisprudencia analizada demuestra que en un gran número de casos los tribunales

rechazan la denuncia de discriminación por no haberse acreditado suficientemente los hechos (p. 470).

En la sentencia del 1er Juzgado Civil de Temuco, rol N ° 5230-2015, de 22 de diciembre de 2015 en la que se condena a una profesora por no haber aportado la prueba correspondiente para acreditar que el acto no habría sido discriminatorio, el autor analiza que en la práctica judicial chilena, la exigencia de prueba hacia los denunciantes es alta y precisa, y que, cuando la carga de la prueba recae en los demandados, aquélla se centra en la justificación de la diferencia de trato realizada. Jenkins Peña y Lillo (2020) también cuestiona este punto, argumentando que no existe una regla específica que entregue directrices sobre carga probatoria en la ley 20.609, por lo que cada parte podrá aportar los medios de prueba necesarios para acreditar/desacreditar los presupuestos fácticos que serán objeto del proceso, o, mejor dicho, cuál de las partes deberá soportar las consecuencias negativas por la insuficiencia probatoria. Además, agrega que una tendencia mayoritaria en la jurisprudencia es resolver el asunto en base al artículo 1698 del Código Civil. Esta idea hace recaer la carga de la prueba inicialmente en el demandante y, sólo en caso de que éste logre acreditar los supuestos de su demanda, adquirirá relevancia la prueba que ofrezca el demandado para acreditar la razonabilidad de su actuar, o desacreditar los supuestos fácticos de la acción interpuesta en su contra.

Otro punto altamente discutido a través de un análisis jurisprudencial efectuado por los profesores en sus obras es la caducidad de la acción de no discriminación de la ley 20.609. Esto es discutido en las sentencias del 3er Juzgado Civil de Concepción, rol N ° 407-2015, de 13 de julio de 2015 y 27° Juzgado Civil de Santiago, rol N ° 1654-2015, de 7 de diciembre de 2015. Al respecto, cabe precisar que el artículo 5° de la Ley Zamudio señala que “La acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción y omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión”.

Ahora bien, en el ámbito de los estudios sobre discriminación y las demandas de justicia, el concepto de interseccionalidad ha adquirido un protagonismo significativo. Este enfoque no solo se ha consolidado en investigaciones sobre desigualdad, sino que también ha ganado terreno en disciplinas de las ciencias sociales, en el diseño de políticas públicas, en movimientos sociales

y activistas, e incluso en debates políticos. Su creciente relevancia muestra que se ha convertido en una herramienta clave para entender y abordar la complejidad de las injusticias sociales. Crenshaw (1991) conceptualiza la interseccionalidad como un sistema complejo de estructuras que generan discriminaciones múltiples y simultáneas, comenzando con la interacción entre raza y género. En su teoría, estas intersecciones resultan de procesos de discriminación convergentes que, al combinarse con factores como la clase social, crean nuevas dimensiones de desventaja y opresión. Este enfoque destaca cómo diferentes mecanismos de dominio interactúan para intensificar las experiencias de exclusión y desigualdad. El enfoque unilateral en dichas categorías se halla vinculado a dos efectos: en primer lugar, la generación de privilegios dentro de las categorías de raza y sexo, y, en segundo lugar, la invisibilización de grupos interseccionados; por ejemplo, no es socialmente igual ser una mujer cisgénero que una mujer transgénero, ya que estadísticamente trae consigo consecuencias distintas en el ámbito social, laboral y económico, como se ha dejado ver en el análisis de MOVILH (2020), en el que a través de una encuesta realizada en el año 2020 por la fundación Organizando Trans-Diversidades, se reveló que el 70% de las personas que pertenecen a la comunidad transgénero en Chile no cuenta con un empleo formal (p.13).

Siguiendo con las estadísticas, una encuesta realizada en el año 2013 por el Movimiento de Liberación Homosexual ha dejado en evidencia que la discriminación laboral o educacional ha afectado al 23,4% de la población de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales (LGBT), la familiar al 15,7% y la propinada por amigos/as al 3.5%, siendo particularmente grave el hecho de que el 11,2% dice haber sido discriminado/a en todos los espacios donde se desenvuelve (MOVILH, 2013, p. 21).

Por estas consideraciones, la doctrina clasifica a la ley Zamudio como una ley que no es ni será eficaz en el tiempo.

CAPÍTULO III: DÉFICITS EN LA LEY 20.609 A LA LUZ DE LA NORMATIVA NACIONAL Y LAS CONCEPCIONES DOCTRINARIAS CHILENAS.

I. Comparación teórica de la ley Zamudio con las concepciones doctrinarias y normativas de discriminación.

En primer lugar, para comprender las razones que han dado lugar a la falta de eficacia de la ley Zamudio en proteger a los grupos desaventajados, cabe precisar si, sus fundamentos teóricos se encuentran en armonía con los principios que ha entregado la doctrina respecto a la concepción de “discriminación”.

En este sentido, para el Derecho internacional, el concepto de discriminación implica que no toda diferencia de trato es discriminatoria. Según el Comité de Derechos Humanos de la ONU, para que una diferenciación sea válida, debe basarse en criterios razonables y objetivos, además de perseguir un propósito legítimo conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, se considera discriminación cuando una diferencia de trato carece de razonabilidad u objetividad y no persigue un fin legítimo según lo estipulado en el Pacto (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1989, p. 13).

Por otro lado, Carbonell et al (2007) asume que, en cuanto al concepto de discriminación que debiesen manejar los Estados, hace falta, para arribar a la definición técnica, entender la discriminación en razón del daño que produce, ya que hay que tener especial cuidado con no perseguir meras opiniones que, aunque puedan considerarse discriminatorias desde un entendimiento de la discriminación en sentido amplio, no provoquen una consecuencia gravosa en los grupos desaventajados, ya que, si no se relaciona el acto discriminatorio con el elemento del daño provocado a la víctima, podría existir una persecución a la libertad de expresión de las personas (pp.62-64).

Ahora bien, en el ámbito nacional, la Constitución chilena aborda la discriminación de manera explícita e implícita. Explícitamente, menciona el término en tres contextos: como prohibición dirigida a los particulares en el ámbito laboral, al Estado y sus organismos en temas económicos, y específicamente en las decisiones del Banco Central. Implícitamente, la prohibición de discriminar se vincula principalmente con el artículo 19, número 2, que consagra la igualdad ante la ley. Esta interpretación ha sido reiterada en fallos del Tribunal Constitucional chileno. De esta misma forma, con acierto explica Figueroa que la expresión discriminar puede tener un sentido neutral y un sentido no neutral en términos morales o valorativos. En el primer caso se refiere a “separar o distinguir sin implicar nada acerca de si tal separación o distinción es correcta o incorrecta, cualquiera que sea el punto de vista”. Su significado no neutral puede presentar una

connotación positiva, en cuyo caso se alude a una capacidad o aptitud intelectual, o una connotación negativa, en el sentido de separar o distinguir no debiendo hacerlo. (Figueroa, 2000 pp. 5-6).

Ahora, contrastando este entendimiento con la normativa contenida en la ley 20.609, la ley establece tres requisitos copulativos para determinar en qué caso se está frente a una discriminación arbitraria que daría lugar a acceder al mecanismo antidiscriminación que en su artículo 18 contempla. Ellos son: Que se trate de una distinción, exclusión o restricción, que carezca de justificación razonable y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, autores como Díaz García efectúan una diferenciación entre la propia ley 20.609 con el resto del ordenamiento jurídico: Como se ha podido ver a lo largo de la investigación, tanto en el Derecho internacional como en el Derecho constitucional los elementos constitutivos del concepto de discriminación son dos: el establecimiento de una diferencia de trato y que esa diferencia de trato carezca de justificación razonable. Esta constatación confirma que la definición contenida en la ley añade un requisito extra que no se consideran en el derecho constitucional chileno: la necesidad de que la diferencia carente de justificación vulnere derechos fundamentales estatuidos en la Constitución o en tratados ratificados y vigentes, esto entendiendo que la igualdad es un derecho en sí misma, según lo dispone el artículo 19 N° 2 de la Carta Magna.

Ahora bien, cabe precisar que el principio de igualdad, de la forma en la que lo conocemos, también posee falencias estructurales y de aplicación; así lo deja ver Villavicencio (2018), así las cosas, el profesor se hace cargo de la concepción estándar del principio de igualdad en el derecho, y a partir de las diversas concepciones que identifica respecto al principio, establece que, desde la instauración de la concepción estándar del principio de igualdad, ésta ha sido excluyente en tres ámbitos: en primer lugar, no evitó la opresión estructural del proletariado; en segundo lugar, no reconoció las diferencias culturales dentro del proceso de consolidación del Estado nacional unitario y, en tercer lugar, no observó las diferencias de género, entendiendo que el conjunto de los seres humanos poseen diversas identidades de género y orientaciones sexuales, lo cual es

reemplazado por “parte”, los varones blancos, propietarios y heterosexuales. Para el profesor, estas tres exclusiones imponen desafíos al modo estándar de configurar la igualdad. (p.61).

Cabe concluir a partir de lo anterior que las problemáticas de la ley 20.609 no nacen junto a la propia ley, sino que, por el contrario, traen consigo una serie de problemáticas desde la concepción estándar del principio de igualdad que manejan los Estados, hasta la aplicación del derecho antidiscriminatorio en el ordenamiento jurídico nacional, ya que no existe una idea unitaria de lo que se debería castigar en el derecho antidiscriminatorio, sino que, siguiendo a Carbonell et al (2007), ni siquiera existe una definición de discriminación que sea aplicable para el contexto social, político, económico y laboral, la única idea firme que maneja la doctrina es que debe relacionarse el acto discriminatorio con una consecuencia gravosa para la víctima, que le genere perjuicios, para que dicha conducta pueda ser de alguna forma castigada por los mecanismos contemplados en la ley (pp. 60-72).

II. Principales déficits de la ley 20.609 a la luz de la doctrina nacional.

1. Vinculación del acto discriminatorio con la vulneración de un derecho fundamental distinto: Según Díaz de Valdés (2013) en su artículo sobre la Ley Zamudio, esta exigencia restringe el acceso a las medidas antidiscriminatorias de la ley y deja invisibilizados actos de discriminación que, aunque socialmente dañinos, no afectan directamente derechos individuales o colectivos específicos.

2. Misión ambigua al establecer, en su artículo N° 1 que tiene como objetivo “reestablecer el imperio del derecho” sin proporcionar acciones positivas que deban ejercer los agentes estatales: Establecer un mecanismo judicial que permita restaurar el estado de derecho frente a actos de discriminación arbitraria es esencial. Sin embargo, Vial (2013) señala que la misión definida en la ley no está claramente especificada. En lugar de ello, se presenta de forma ambigua, imponiendo a los organismos públicos la responsabilidad de crear políticas públicas para proteger el ejercicio de derechos fundamentales sin discriminación. No obstante, la obligación es general, ya que no define cómo deben diseñarse estas políticas, quiénes deben supervisarlas ni los plazos o participantes en su creación (p. 83).

3. No distingue entre los tipos de discriminación: Díaz de Valdés (2014) señala que una deficiencia en la normativa es la falta de distinción entre discriminación directa e indirecta. Esta omisión oculta actos discriminatorios implícitos, que suelen ocurrir entre privados, y que no son evidentes a simple vista. La discriminación indirecta se manifiesta en medidas aparentemente neutrales que, aunque aplicadas por igual a todos, afectan desproporcionadamente a ciertos grupos desfavorecidos. Al no estar protegida por la normativa antidiscriminación, esta forma de discriminación queda fuera de la protección legal (p.170). Este punto es analizado por el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, publicado en el año 2013 y elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en el cual se establece que lo más llamativo del debate legislativo respecto a la ley 20.609 fue la total ausencia, durante la tramitación del proyecto, de los conceptos de discriminación indirecta, de facto, institucional o estructural. Las únicas ocasiones en que consta algún debate sobre la discriminación indirecta se dieron a propósito del informe de la Comisión Mixta, en que hay una breve alusión al artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997, que habla explícitamente de discriminación indirecta. (Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2013 p. 293).

4. Barreras para la labor jurisdiccional: Díaz de Valdés (2013), establece que es necesario un marco jurídico que oriente a los jueces respecto a reconocer, probar y sancionar los actos de discriminación arbitraria, sobre todo cuando son respecto a discriminación indirecta, de modo que no se deje en indefensión a quien está invocando el procedimiento antidiscriminatorio instaurado por la ley 20.609 (p.289).

5. Ausencia de mecanismos de reparación pecuniaria para las víctimas: Muñoz (2018) señala que un problema de la ley 20.609 es la falta de una compensación económica o indemnización para las víctimas de discriminación arbitraria. Para garantizar una protección adecuada a los grupos históricamente desfavorecidos, el autor considera que la ley debería incluir un mecanismo de reparación efectiva para las víctimas. Además, sostiene que el artículo 12 de la ley otorga amplias facultades a los tribunales, incluyendo la posibilidad de adoptar medidas para restaurar el estado de derecho y proteger a quienes son afectados por actos discriminatorios, lo

que podría incluir indemnizaciones si se basan en la perspectiva que entrega el principio del artículo 2314 del Código Civil (p.188).

6. Ausencia de reparación simbólica para las víctimas: Muñoz (2018) también destaca que, para restaurar el estado de derecho, no solo se deben aplicar medidas de compensación económica para las víctimas de discriminación, sino también medidas simbólicas que ayuden a cambiar los estereotipos que alimentan la discriminación. Según el autor, las sentencias en casos de discriminación deben enviar un mensaje claro a la sociedad, mostrando un rechazo legal hacia tales comportamientos. Además de sanciones financieras, también se deberían considerar disculpas públicas y medidas que aseguren que el acto discriminatorio no se repita y que el entorno se adapte a las necesidades del grupo afectado (p.189).

De lo anterior es posible concluir que la ley Zamudio entrega nuevas directrices para comprender y tratar la discriminación arbitraria a través de los mecanismos jurisdiccionales, sin embargo, cabe considerar que existen problemáticas en su contenido que afectan aristas como la falta de nociones acerca de los diversos tipos de discriminación, la carga probatoria que deben soportar las víctimas, la ambigüedad de los procedimientos y la falta de reparación a las víctimas que crean brechas en la comunidad LGBTIQ+ no sólo para acceder a mecanismos efectivos de reparación, sino también para responder a mejorar las falencias que el propio principio de igualdad posee.

Respecto a este último punto, el profesor Villavicencio establece propuestas de mejora para que la aplicación del principio de igualdad de resultados más favorables para combatir el fenómeno discriminatorio en los grupos desaventajados: En primer lugar, propone la incorporación de las políticas de la diferencia. Para entender este punto, el profesor se refiere a aquellas medidas que podemos englobar bajo la etiqueta de acción afirmativa, entendida como “una política adoptada por alguna entidad estatal o privada que tiene por finalidad mejorar la participación e inclusión de grupos histórica y sistemáticamente desventajados, excluidos o discriminados en determinados sectores de la sociedad” (Figueroa 2015 195; y Valenzuela y Zúñiga 2014 191-211). Villavicencio, siguiendo a Figueroa (2015 189-214), establece que una política de acción afirmativa se funda en el reconocimiento de que un grupo de la sociedad sufre actualmente una posición desventajosa que les impide tener, en la práctica, las mismas oportunidades que los demás y, por esa circunstancia, un modelo de igualdad de oportunidades es insuficiente y, en

segundo lugar, siendo relevante para esta investigación, propone el reconocimiento a la discriminación indirecta, ejemplificándolo a través de la importancia de las cuotas de género y el reconocimiento a los vínculos identitarios en las personas indígenas (pp. 62-66).

CAPÍTULO IV: PROPUESTAS DE REFORMA A LA LEY 20.609.

A través de todo lo que se ha podido dejar en evidencia a lo largo de esta investigación, es evidente que la ley 20.609 requiere propuestas de reforma que puedan responder efectivamente a las demandas de los colectivos LGBTIQ+, a las propuestas de los principios de Yogyakarta y que posibiliten la mejora en las estadísticas de MOVILH respecto a la segregación de la comunidad principalmente gay, lesbiana, transgénero y transexual.

Al respecto, se presentarán los principales puntos de reforma que posibilitarían una mayor efectividad y armonía con los tratados internacionales y el ordenamiento jurídico chileno:

1. Promoción de una institucionalidad contra la discriminación, que se encargaría de velar por el cumplimiento de la ley y promover programas de no discriminación en el Estado. Esta idea ya ha sido impulsada por organizaciones como el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) y discutida en el Senado. Esta entidad estatal tendría como propósito principal promover, proteger y difundir los derechos de las personas pertenecientes a las comunidades lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersexuales, poniendo un énfasis especial en abordar las necesidades particulares de concienciación y difusión dirigidas a los grupos más vulnerables dentro de estas categorías. Basándose en las experiencias internacionales previamente mencionadas, las características propias de este tipo de instituciones suelen centrarse en actividades como la persuasión, la asesoría, el acompañamiento y el apoyo a las comunidades objetivo. Además, buscan coordinar y orientar el trabajo del Estado en diferentes áreas, asegurando una gestión interdisciplinaria, intersectorial e interministerial que permita dar continuidad a las políticas públicas relacionadas. Para alcanzar estos objetivos, y considerando la diversidad y amplitud de los derechos que esta institución tendría que abordar, resulta indispensable que su labor sea constante y sostenida. Asimismo, su enfoque interministerial debe garantizar una influencia tanto en el ámbito público como en el privado, con el propósito de generar los cambios de paradigma necesarios que trasciendan a los grupos minoritarios y tengan un impacto más amplio en la sociedad en general.

2. Entregar un reconocimiento explícito de los distintos tipos de discriminación, en el que se considere el elemento de la interseccionalidad, entendida como un enfoque crítico que permite comprender la identidad de las personas en contextos diversos y a partir de las conexiones entre las estructuras de género, raza/etnia y clase social, y la manera cómo la intersección de éstas y otras estructuras sociales (como la pobreza o las brechas laborales), o estatus epistémicos de la diferencia, pueden producir contextos complejos de desigualdades que deben ser un elemento a considerar para evaluar la gravosidad de los actos discriminatorios.
3. Establecer mecanismos de reparación que vayan dirigidos hacia las víctimas y no hacia el Estado. En este sentido, las multas estatales que impone la ley Zamudio no sólo no son patrimonialmente significativas para los ofensores, sino que no aportan a un apoyo económico para las víctimas que, en una gran cantidad de casos han tenido que invertir recursos en terapias psicológicas.
4. Establecer un mecanismo de “prueba indiciaria” en la que la carga probatoria se radique en el ofensor, ya que al dar a la víctima el deber de probar el acto discriminatorio y su afectación a un derecho distinto disminuye significativamente las posibilidades de éxito de la acción antidiscriminación.
5. Inclusión de cuotas de diversidades en cargos públicos. Así como las cuotas de género han apoyado de manera efectiva la inclusión laboral de las mujeres en el empleo, sería deseable que el mecanismo antidiscriminatorio orientado hacia la comunidad LGBTIQ+ estableciera cuotas de diversidades para cargos públicos, lo cual no sólo disminuiría la brecha en el empleo, sino también las brechas sociales, salariales y de esa forma permitir a través de la potestad legislativa se aumenten las propuestas para disminuir de forma efectiva el fenómeno discriminatorio.

CONCLUSIÓN

La Ley Zamudio, promulgada con el propósito de establecer un marco normativo contra la discriminación arbitraria en Chile, ha demostrado ser un avance significativo en la protección de derechos fundamentales. No obstante, a lo largo de su implementación, han emergido diversos déficits normativos que limitan su eficacia y alcance. Entre estos se encuentran la ambigüedad en la definición de "discriminación arbitraria", la ausencia de una institucionalidad especializada que supervise su aplicación, la escasa incorporación de estándares internacionales en su redacción, y la falta de mecanismos efectivos para garantizar un acceso expedito a la justicia para las víctimas de discriminación. Estas falencias no solo dificultan el cumplimiento de los objetivos originales de la ley, sino que también perpetúan las barreras estructurales que enfrentan los grupos históricamente vulnerados.

Las propuestas de reforma a la Ley Zamudio, recopiladas y analizadas en esta investigación, ofrecen un camino hacia el fortalecimiento del marco normativo existente. La creación de una agencia estatal especializada en la promoción y protección de los derechos humanos, con un enfoque particular en las comunidades LGBTI+, representa una medida clave para centralizar y coordinar los esfuerzos del Estado. Asimismo, la ampliación y precisión conceptual sobre lo que constituye discriminación arbitraria permitiría abordar una gama más amplia de conductas discriminatorias, mientras que la incorporación de tratados internacionales brindaría un respaldo normativo robusto y alineado con los estándares globales. Sin embargo, las reformas no solo deben enfocarse en ajustes legales, sino también en la implementación de políticas públicas interministeriales e intersectoriales que fomenten cambios culturales y estructurales en la sociedad chilena. Es imperativo que estas reformas no solo se concentren en las minorías directamente afectadas, sino que también busquen generar transformaciones paradigmáticas que alcancen a la sociedad en su conjunto, promoviendo el respeto y la igualdad como valores fundamentales.

En conclusión, si bien la Ley Zamudio marca un hito en la historia legislativa de Chile, su efectividad depende de un replanteamiento profundo que aborde sus vacíos normativos y operativos. Solo mediante un enfoque integral que combine reformas legislativas, fortalecimiento institucional y políticas públicas sostenidas será posible garantizar una protección



efectiva contra la discriminación (en todos sus tipos) y avanzar hacia una sociedad más igualitaria en el contexto social, laboral y económico. Este desafío exige un compromiso político y social que trascienda intereses partidarios y priorice la dignidad y los derechos de todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Aedo Barrena, C., & Munita Marambio, R. (2023). La vinculación entre el concepto y la prueba del daño moral: Un análisis jurisprudencial. *Revista De Derecho (Coquimbo. En línea)*, 30, e4824. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4824>

Bamforth, Nicholas Malik, M, O'Conneide, Colm 2008/03/01, *Discrimination Law: Theory and Context*.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2014, Agosto 18). Principio de igualdad y no discriminación en Chile, Argentina y España: legislación e institucionalidad. BCN. Obtenido de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20677/6/FINAL%2520-%2520Informe%2520-%2520Comparado%2520institucionalidad%2520antidiscriminacion.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2019). "Informe Anual 2019." Contreras, L. (2018). "Procedimientos judiciales en la Ley Zamudio: Evaluación crítica." *Revista de Derecho y Justicia*.

Díaz de Valdés, J. (Julio de 2018). Análisis cuantitativo de la acción especial antidiscriminación de la ley Zamudio. *Actualidad Jurídica* (38), 15-33.

Díaz de Valdés, J. M. (2017). Cuatro años de la ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 447-488.

Díaz de Valdés, J. M. (2015). LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL: MÚLTIPLE Y COMPLEJA. *Revista Chilena de Derecho*, 153-187.

Díaz García, I. (2013). Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos Internacional y Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 635-668.

Fundación Iguales. (2017). "Evaluación de la Ley 20.609: Avances y Desafíos."

García, J., & Salgado, P. (2015). "La definición de discriminación en la Ley 20.609: Un análisis crítico." *Revista de Derecho Público*.

- Gobierno de Chile. (2012). "Ley 20.609: Establece Medidas contra la Discriminación."
- López, C., & Martínez, A. (2018). "Legislación antidiscriminación comparada: Lecciones para Chile." *Derecho Comparado*.
- Miranda, F. (2019). "Sanciones en la Ley Zamudio: Propuestas de reforma." *Análisis Jurídico*.
- MOVILH. (2013). *Primera encuesta Nacional: Diversidad sexual, Derechos Humanos y Ley contra la Discriminación*.
- Muñoz León, F. (2018, Julio 23). La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación. *Revista de Derecho Valdivia*, XXXI(2), 175-192.
- Paredes, R. (2016). "Capacitación de funcionarios públicos en la Ley 20.609: Desafíos y propuestas." *Revista de Administración Pública*.
- Pino-Emhart, Alberto, & Gamonal-Contreras, Sergio. (2023). La vulneración de la dignidad humana como causal agravante de la responsabilidad civil extracontractual. *Revista de derecho (Valdivia)*, 36(2), 95-116. <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502023000200095>
- Rojas, V. (2018). "Reparación integral a las víctimas de discriminación: Un enfoque desde la Ley Zamudio." *Derechos Humanos en Chile*.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis. «Justicia social y el principio de igualdad». *HYBRIS. Revista de Filosofía*, Vol. 9 N° Especial: Debates contemporáneos sobre Justicia Social. ISSN 0718-8382, Julio 2018, pp. 43-74