

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN.

ARTÍCULO 12 N°21 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

TESINA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

Autor: Jocelyne Reyes Nuñez

Profesor guía: Andrés Benavides

Noviembre 2016

ÍNDICE

I. Introducción.....	p.4
II. Contexto normativo nacional e internacional al momento del nacimiento de la agravante de discriminación.....	p.6
1. La igualdad como derecho en el ámbito nacional.....	p.8
1. Aplicación de la Constitución política de la república en el combate contra la discriminación.....	p.10
2. La igualdad como derecho en el ámbito internacional.....	p.14
2.1. Protección de la igualdad en el ámbito Penal a nivel internacional y los sistemas que se han adoptado.....	p.17
3. ¿Existe una necesidad inminente de regular penalmente en nuestro derecho la discriminación?.....	p.23
3.1. Desarrollo histórico de las agravantes.....	p.31
3.2. Criminalización.....	P.34
III. La circunstancia agravante de discriminación en nuestro código penal (Art. 12 numero 21 Código Penal).....	p.36
1. La circunstancia agravante de discriminación como una agravante de carácter subjetiva.....	P.42
2. Distinción derecho penal de autor y derecho penal de actos.....	p.47

3.	<i>¿Aplicar la agravante de discriminación corresponde a adherir a un derecho penal de autor?.....</i>	<i>p.49</i>
3.1.	<i>Consecuencias.....</i>	<i>p.52</i>
IV.	<i>Conclusiones</i>	<i>p.57</i>
V.	<i>Bibliografía utilizada.....</i>	<i>p.59</i>

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN.

ARTÍCULO 12 N° 21 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

Resumen: Este trabajo se refiere a la circunstancia agravante de discriminación introducida al Código Penal Chileno por la ley 20.609 de 2012. Abordando, en primer lugar, que antes de su introducción, tanto en el contexto nacional como internacional, existían los medios de protección suficientes contra la discriminación. Continuando con el análisis crítico de aquella agravante, se observará el grado de intervención social que puede llegar a existir en el momento de legislar, también veremos cómo Chile no ha seguido, en el área de las agravantes, el mismo camino que el Derecho Penal a nivel internacional. Y finalmente, que introducir una agravante de carácter inminentemente subjetivo, puede traer diferentes complicaciones, como pasar de un derecho penal de actos a un derecho penal de autor y que la aplicación de aquella circunstancia agravante quede en manos de una sola persona, lo que podría ocasionar en algunos casos arbitrariedades.

Palabras claves: Discriminación, Derechos Humanos, Derecho Penal, Circunstancias Agravantes, Derecho Penal de Autor.

1. Introducción.

Hace muy poco, en el año 2012, se añadió en el Código Penal Chileno, la “agravante de discriminación”, ello en virtud de la ley 20.609 que se promulgó el 12 de julio de 2012 y publicó el 24 de julio del mismo año.

Esta agravante se encuentra en el catálogo establecido en el artículo 12 del Código Penal ocupando el numeral 21 que dice “Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”.

Se entiende que con esta ley, y la correspondiente modificación en el artículo 12 del Código Penal, se busque resguardar el derecho a la igualdad y su contrapartida, esto es, derecho a no ser discriminado. Aquello en base a que el Derecho Penal debe ser contingente, esto es, avanzar de la misma manera como lo hace la sociedad. Es por esto, que tanto, a nivel internacional como nacional, se ha ido eliminando ciertas agravantes que ya no tienen asidero en la sociedad, como lo son por ejemplo “ejecutar el hecho en lugar sagrado” o ser “el autor un vago”. Así, como por esa parte, han desaparecido agravantes, por otra, han aparecido las propias de nuestra época como lo es cometer el delito por motivos discriminatorios, ya sea por la ideología, religión, creencias políticas, etnia, raza, sexo, orientación sexual, enfermedades, etc. Que se introduzcan este tipo de agravantes tiene que ver con que en las últimas décadas se ha acrecentado un fenómeno de la delincuencia xenófoba, homofóbica y otras.

Sin embargo, cuando se adopta este tipo de decisiones, es decir, introducir una agravante, en base a lo que sucede en la sociedad y

aumentado las penas de maneras considerables, es fácil que el legislador por la celeridad con que se legisla, pase por alto varias consecuencias que puede traer la introducción de la ya mencionada agravante.

II. Contexto normativo nacional e internacional al momento del nacimiento de la Agravante de Discriminación.

Durante la historia de la humanidad, las personas se han visto enfrentadas a distintos tipos de violaciones a sus derechos fundamentales, uno de ellos ha sido el derecho a la igualdad. La igualdad es un principio que constituye una de las bases del Estado de Derecho, por lo que se ha regulado progresivamente en varios países, en vista de aquello es que existe un sin número de normativa de protección al principio de igualdad y herramientas que permiten proteger al ser humano de la discriminación.

No podemos dejar de mencionar la dignidad de la persona humana, como lo señala Ángela Peralta, “hemos dicho que el derecho a la no discriminación no es más que la faz negativa de la igualdad, la cual se fundamenta, al igual que otros derechos humanos, en la idea de la dignidad humana” (2013, p. 124)

Teniendo en consideración los bienes jurídicos ya mencionados. Podemos percatarnos de casos mundialmente conocidos, en especial los ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial y las brutales consecuencias que ello trajo para la humanidad. Pues ocurren cuantiosas muertes derivadas de la

discriminación, que se ve, manifiestamente en el régimen Nazi establecido en Alemania. A continuación la historia no varía mucho, pues el ser humano no aprende de sus errores, y en virtud de aquello es que hoy en día las personas aún no respetan los derechos del otro, estas circunstancias las vemos en el día a día como lo son los ataques homofóbicos, femicidio, discriminación por raza o xenofobia, etc.

En donde el Derecho Penal no ha quedado ajeno reforzando esta protección al ser humano contra la discriminación. El Derecho Penal ha llevado a cabo un exhaustivo trabajo en este ámbito, tipificando, ya sea en virtud de un delito específico que castigue la discriminación, como es el caso de Alemania, o bien, como lo ha hecho Chile a través de la incorporación al Código Penal de una agravante, que es el tema central de este trabajo.

Peralta sostiene, a propósito de los bienes jurídicos protegidos igualdad y dignidad, “sobre la base de estos bienes, pero considerando la afectación de otros, diversos cuerpos punitivos han reconocido los delitos de discriminación, tales como Código Penal francés, alemán, holandés y español, por mencionar algunos. A estos cabe agregar importantes instrumentos internacionales que protegen el principio de igualdad entre las personas, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que obliga a los Estados a castigar

penalmente toda conducta, incitación o difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial.

En todos ellos, se hace referencia de alguna u otra forma a los efectos o resultados de la conducta discriminatoria, más no a la motivación del autor.

En todos, por lo demás, se manifiesta la idea de rechazo a la desigualdad o discriminación injusta o arbitraria, por un lado, pero persistiendo en el razonamiento de que puede haber un trato desigual para quienes se encuentran en situación de desigualdad, por otro. De aquí es entonces el favorecimiento y consideración penal en orden a tipificar las conductas que atenten a determinados grupos de personas.” (2013, pp. 122-123)

En razón al comportamiento humano a lo largo de la historia, las vivencias extremas por las que ha debido viajar y un sin número de causas más, es que el ser humano ha debido tomar medidas para llevar a cabo la vida en sociedad, y como vemos aquí ha sido fundamental la regulación penal de conductas que vulneren algún conjunto de personas.

1. La igualdad como derecho en el ámbito nacional.

En los últimos años tanto a nivel mundial, como a nivel nacional, ha surgido una mayor preocupación por los casos de discriminación. En Chile, vemos que a partir del Caso Atala Riffo y Niñas y de la sentencia condenatoria recibida por Chile a nivel internacional, la cual corresponde a la dictada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en Caso Atala Riffo

y Niñas VS Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, la cual en el punto 221 señala: “La alegada protección de la imagen del poder judicial no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la imagen del poder judicial y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual”, y a continuación el tan conocido caso del joven Zamudio, lleva, sin duda, a cuestionarse a todo un país sobre la protección de las personas ante tratos discriminatorios, y precisamente, en esta ocasión, a cerca de la discriminación por la orientación sexual.

En el derecho chileno se debe tener en consideración que el derecho a la igualdad es resguardado, principalmente, a través de la Constitución Política de la República y, por supuesto, a través de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como lo indica el artículo 5 inciso segundo de la misma Constitución, sin entrar en discusión acerca de la jerarquía que estos posean.

Veremos, a continuación, la forma en que nuestra Constitución hace frente a esta fuerte violación de derechos fundamentales, como lo es la discriminación.

1.1. Aplicación de la Constitución Política de la República en el combate contra la Discriminación.

La Constitución Política de la República al ser la Carta fundamental de nuestro Estado de Derecho contiene, sin lugar a dudas, los derechos fundamentales de que goza cada ser humano. Y por consiguiente, incluye la protección de aquellos. Dentro de la carta de derechos fundamentales se ubica el derecho a la igualdad (y su faz negativa, el derecho a no ser discriminado) y consecuentemente su tutela.

Esta protección se encuentra en la carta fundamental, en efecto no podemos negar que dentro de nuestra normativa, antes de que se realizara la correspondiente modificación al Código Penal por la ley 20.609, ya existía una forma efectiva de custodiar a las personas y sus derechos fundamentales, en especial el derecho a no ser discriminado.

Iván Díaz señala que “en la constitución chilena hay referencias tanto implícitas como explícitas a la discriminación. En forma explícita la expresión se utiliza en tres oportunidades en el texto constitucional. Bajo la forma de prohibición, se dirige a los particulares en el ámbito laboral, al Estado y sus organismos en materia económica, y de modo específico a los acuerdos que

adopte el Banco Central. La expresión discriminar aparece implícita en la Constitución, como prohibición esencialmente adscrita al artículo 19, número 2, que establece la igualdad ante la ley. Así lo ha sentenciado reiteradamente el Tribunal Constitucional chileno, sin perjuicio de asociarla, acertadamente, también a algún otro derecho fundamental” (2013, pp. 639-640)

Continuando el análisis constitucional, podemos ver el art. 1 de este cuerpo normativo que dice: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Ya dijimos más arriba que si hablamos de derechos fundamentales no podemos dejar de citar a la dignidad humana, es ella la base de todos los derechos fundamentales de los seres humanos en cuanto personas.

Ahora cuando Iván Díaz se refirió a la mención implícita de la no discriminación en la constitución señaló el artículo 19 número 2 que dice: “La Constitución asegura a todas las personas: 2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

A partir de esta normativa es que a todas las personas se les somete a un mismo estatuto jurídico, donde todos cumplen de la misma manera sus deberes. Por lo que, no se hace distinción de ningún tipo. Ahora, por supuesto que existen circunstancias en las que si se deben hacer ciertas

distinciones cuando se habla del ejercicio de derechos específicos, debemos tener en consideración que dentro de la esfera de la igualdad, se deben hacer distinciones, pero que estas de ninguna manera deben ser arbitrarias.

Sebastián Salinero señala, “El derecho a la igualdad se proyecta siempre en dos niveles diferentes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La igualdad ante la ley, implica que todos los ciudadanos están en una idéntica posición frente a los efectos y alcance de la ley, y un segundo plano, que se conoce como igualdad en la aplicación de la ley, la cual implica que, ante una idéntica situación, la ley se aplicará por igual a las distintas personas, independiente de sus circunstancias personales” (2013, pp. 267)

Para Iván Díaz “la Constitución chilena regula la prohibición de discriminar como una protección de otros derechos conferidos por aquellas y como un derecho autónomo. Por tanto, se puede exigir la tutela constitucional tanto en caso de trato discriminatorio en el goce de esos otros derechos de jerarquía constitucional como frente a tratos discriminatorios en sí mismos” (2013, p. 653)

La Constitución asegura a las personas la igualdad ante la ley y una variedad de otras formas en que protege a la persona de discriminaciones arbitrarias. Uno de los fines de este trabajo es desentrañar desde el interior de la normativa nacional si la persona está o no realmente protegida, tanto su derecho a la igualdad, como a no ser discriminado, se sostiene que hay

una normativa suficiente y que, por tanto, lo que se aporta a través de la Ley N° 20.609 no viene más que a ser una manifestación de otros caracteres sociales, que se verán más adelante.

Esta ley, en su art. 2 define discriminación arbitraria “para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

En este sentido, en razón de la protección contra la discriminación existente en Chile, podemos revisar un fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional, el cual tras un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 365 del Código Penal por el abogado defensor Pablo Arduin Bórquez, donde el Tribunal acoge el requerimiento, señalando en el considerando cuadragésimo: “Por otra parte y a mayor abundamiento, la orientación sexual se identifica como una categoría sospechosa en diversas

convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, tal como lo han señalado diversos organismos internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas respecto del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que al enunciar las categorías prohibidas para fundar una discriminación, reconoce la orientación sexual como comprendida dentro de la expresión cualquier otra condición social”.

2. La igualdad como derecho en el ámbito internacional.

Existe una variada normativa internacional que establece el derecho a la igualdad y se materializa en distintos instrumentos normativos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, siendo estos instrumentos una herramienta fundamental para las personas, ya que les brinda la debida protección frente a actos de discriminación. Dentro de la pluralidad de herramientas se encuentran:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.*
- El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.*

- *El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.*
- *La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entro en vigor el 4 de enero de 1969.*
- *La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.*

Del análisis de estos instrumentos y de lo señalado por diversos autores, en primer lugar, analizaremos un concepto de discriminación y sus elementos. Para luego desentrañar la forma de protección que se ha adoptado por distintos países en el mundo.

Iván Díaz, cuando se refiere a la discriminación en el Derecho Internacional señala: “el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se

persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De este modo, resulta posible entender que se está frente a una discriminación si se produce una diferencia de trato que no es razonable ni objetiva, ni persigue un fin legítimo en virtud de dicho Pacto” (2013, p. 637)

Sebastián Salinero al referirse al concepto de discriminación señala que “está relacionada con el principio de igualdad, importando una negación de ese derecho, que se materializa por un trato diferente -o desigual- que no se justifica en términos razonables y objetivos conforme al trato que es debido en el modelo de conducta del sistema social imperante. Sin duda, lo relativo al trato que es debido dispensar a otra persona es un concepto valorativo que dependerá de la sociedad y el momento específico de que se trate, por cuanto una conducta puede ser claramente discriminatoria en un Estado, pero no necesariamente en otro, y siendo la conducta diferenciadora en un Estado, dependerá de la época en que esa conducta así esté calificada. Asimismo, es prácticamente imposible perpetuar un criterio objetivo al margen de los cánones conductuales socialmente aceptados que sean transversales a todos los países y época. Ahora, lo atinente al trato de inferioridad, peyorativo o de menosprecio a otra persona, es una noción intrínseca a la negación de igualdad, por lo que no debe ser una acción independiente o un resultado en sí misma” (2013, pp.276-277)

En consecuencia, de lo visto más arriba, podemos decir que para que nos encontremos ante una discriminación el acto debe consistir en un trato desigual, el cual desde el punto de vista de su justificación es aquella que no es razonable ni objetiva.

2.1. Protección de la igualdad en el ámbito Penal a nivel internacional y los sistemas que se han adoptado.

Ahora, en relación a la normativa que se ha llevado a cabo en el ámbito penal en cada país, nos encontramos con algunos que han incluido, como ya se ha dicho, una normativa específica o bien una agravante de carácter general.

Sebastián Salinero hace una revisión de cómo se estructura la protección penal en el ámbito comparado, señalando:

- *“En Alemania existe una protección específica de la discriminación, la cual se manifiesta en una determinada figura penal. Tal protección se ha establecido en el StGB, en el libro II, sección 7ª, sobre los delitos contra el orden público, en su párrafo 130, que contiene dos apartados.*

En el apartado 1º se castiga con prisión de 3 meses a cinco años al que, de manera apropiada perturbe el orden público: i) incitando al odio contra partes de la población o exhorte o invite a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ésta; o ii) agrediendo la dignidad humana

de otros insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población.

Por su parte, en el apartado 2º se castiga con prisión hasta 3 años o con multa a quien: 1º a) divulgue escritos que inciten al odio contra parte de la población o contra un determinado grupo nacional, racial, religioso o contra su nacionalidad, que inviten al uso de medidas violentas o arbitrarias contra ellos o que agreda la dignidad de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población o a uno de los grupos antes individualizado; b) también al que exponga públicamente dichos escritos, los fije, exhiba o los haga accesibles de otra forma; c) los ofrezca, entregue o haga accesibles a una persona menor de 18 años; d) los produzca, compre, suministre, tenga disponible, ofrezca, anuncie, elogie, y de manera tentada o consumada importe o exporte, con el fin de utilizar tales escritos o copias de los mismos en el sentido de las letras a) a c); y 2º difunda un programa a través de la radio, televisión u otros medios cuyo contenido sea uno de los descritos en el número 1º anterior.

- *España: se debe señalar que la estructura de la agravante chilena de discriminación es tomada por el legislador desde la realidad penal española, la cual contempla por una parte una circunstancia modificatoria que agrava la responsabilidad penal de cualquier delito - cuando concurre- y está prevista en el art. 22.4 CP de 1995 en los*

siguientes términos: cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza, o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad; y tiene prácticamente los mismos motivos discriminatorios de nuestra nueva norma, y por otra parte, por la existencia de normas particulares que regulan conductas específicas como discriminatorias, las cuales son sancionadas penalmente. En este último espectro, se sitúan las siguientes figuras penales: delito de discriminación en servicios públicos (artículo 511); delito de discriminación profesional o empresarial (artículo 512); delito de amenazas dirigido a un grupo étnico (artículo 170); y finalmente delito de asociación ilícita que promueva la discriminación (art. 515,5). En definitiva el legislador español ha asumido una férrea defensa de la igualdad, combatiendo penalmente la discriminación tanto con carácter general como particular.

- *Italia: en la península itálica, básicamente la protección penal contra la discriminación es específica y se encuentra regulada en el Decreto Ley N° 122, de 26 de abril de 1993, conocida como Ley Mancino en homenaje a su autor, establece medidas urgentes en materia de discriminación racial, étnica y religiosa; que modificó la Ley N° 654, de 13 de octubre de 1975.*

Este cuerpo legal establece en su artículo 3 apartado 1º que se castiga con reclusión de hasta 1 año y 6 meses o con multa a quien propague ideas fundadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, o instigue a cometer o cometa actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos.

También castiga con reclusión de 6 meses a 4 años al que de cualquier modo instigue a cometer o cometa violencia o actos de provocación a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos.

El apartado 3º prohíbe las organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que persigan la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Quien participe en tales organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos y quien promueva o dirija los mismos también son sancionados. Igualmente, el apartado 2º sanciona a los que en reuniones públicas hagan manifestaciones u ostenten emblemas o símbolos propios o usuales de las organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos.

Para terminar, también fue introducida la agravante de motivos racistas (artículo 3). Ella consiste en actuar con finalidad discriminatoria o de odio étnico, nacional, racial o religioso, o con la finalidad de ayudar a organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus fines la misma finalidad. La apreciación de

esta circunstancia modificatoria supone aumentar la pena hasta la mitad.

- *Argentina: en América, Argentina, mediante la Ley N° 23.592, de 23 de agosto de 1998, sobre actos discriminatorios, introduce una agravante genérica para todos los delitos del Código Penal o leyes complementarias, elevando en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito, cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (artículo 2).*

Igualmente se sanciona con penas privativas de libertad a los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. A estas mismas penas también estarán expuestos quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas (artículo 3).” (2013, pp. 277-279)

De forma similar Ángela Peralta hace un análisis de otros países: “El CP Francés, en su capítulo V de los atentados contra la dignidad de la

persona, Sección 1: de las discriminaciones”, considera de los delitos de negación de prestación, servicio o contratación y obstaculización de actividad económica por razones discriminatorias (artículo 225-2). Además se castiga la discriminación cometida por persona depositaria de autoridad (artículo 432-7) y el crimen de Genocidio (artículo 211-1). Asimismo, la Sección Séptima del CP Alemán sobre los hechos punibles contra el orden público sanciona los delitos de incitación al odio en contra de un grupo nacional, racial, religioso o étnico, denominado como amotinamiento del pueblo (130) y el genocidio (220 a). El CP Holandés, por su parte, sanciona los delitos de incitación a la discriminación en público (art. 137 d), la ofensa discriminatoria (Art. 137 c) y la discriminación por quien ejerce cargo público, profesión u empresa (art. 137g y 429). Finalmente, el CP Español reconoce los delitos de genocidio (art. 607), amenazas para atemorizar a un grupo étnico (art. 170); provocación a la discriminación contra grupos o asociaciones (art.510) o la realizada por medios de publicidad (art. 510.1); discriminación en el empleo (art. 314); asociaciones ilícitas que promuevan (art. 515.5), etc.; además de la circunstancia agravante del art. 22.4 que consiste en cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. (2013, p.122)

En el Derecho Penal comparado, según lo señalado más arriba, se conoce actualmente diferentes sistemas para tratar penalmente el problema de la discriminación.

El primer sistema a mencionar consiste en elaborar una agravante común que, en principio, sea aplicable a cualquier delito, porque cualquiera podría ser cometido por motivos discriminatorios.

Otro sistema, consiste en un tipo calificado de ciertos delitos, cometidos por discriminación como los delitos específicos que se encuentran en el Código Penal español. Existe, también el sistema francés, donde se contemplan delitos de discriminación en sentido estricto.

Entonces, Chile, por su parte, añadió al Código Penal una circunstancia agravante común, porque en principio es aplicable a cualquier delito.

En Chile, como dijimos solo se contiene la normativa recién introducida de la agravante y no contiene normas, como vimos en otros países, que califican a la discriminación como un delito específico.

3. ¿Existe una necesidad inminente de regular penalmente en nuestro derecho la discriminación?

De lo señalado anteriormente, es posible afirmar que la normativa para resguardar a las personas de la vulneración al derecho a la igualdad y la correspondiente protección contra la discriminación, existe. Tal como se evidencia, tanto en el derecho interno, como en el derecho internacional, existen medios suficientes que amparan los derechos humanos de manera íntegra.

Lo que conduce de inmediato a discutir y objetar el nacimiento, en principio, de la Ley N° 20.609 conocida como Ley Zamudio, y luego la correspondiente modificación que se hace al Código Penal chileno, que establece:

“artículo 17.- Modificación Código Penal. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral:

21°. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”

En cuanto a la Ley N° 20.609 (Ley Zamudio), evidentemente que esta sólo responde a una realidad social como lo es la criminalización universal de nuevos delitos, tema que se tratará más abajo, y en razón del populismo creado en virtud de distintos episodios nacionales. Uno de estos sucesos corresponde, sin duda, al juicio internacional llevado contra Chile por el caso Atala Riffo y Niñas, que consistía en una jueza chilena que alegó discriminación por orientación sexual en un proceso de tuición y en un proceso disciplinario seguido en su contra, juicio que terminaría con una sentencia condenatoria para Chile de fecha 24 de febrero de 2012, en aquella sentencia la Corte Internacional de Derechos Humanos estableció que,

en virtud de la concepción que se tiene por discriminación sí existió una diferencia de trato por parte de los tribunales chilenos hacia la jueza, la Corte señala que “tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” por lo que, al analizar si esta diferencia de trato era justificada o no, concluyó en el párrafo 146 de la sentencia “teniendo en cuenta todo lo anterior, este tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad, y por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo”.

Ximena Gauché en su trabajo, desde una mirada crítica a la Ley N° 20.609 señala que “recién en 2011 fue reactivado con fuerza en el trabajo parlamentario, haciéndose popular como la Ley contra la Discriminación, en gran medida por el trabajo de organizaciones de la sociedad civil, particularmente aquellas ligadas a la defensa de los derechos de la comunidad de personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales con lo cual se logró la urgencia recién en marzo de 2012. Esto en medio de una mediática discusión sobre la inclusión de identidad de género en el articulado del proyecto, logrando con éxito el 8 de noviembre de 2011 aprobar la incorporación de esta categoría, avanzando así en su tramitación parlamentaria, con un informe poco favorable de la Corte Suprema, emitido al Senado en julio de 2011, estimando que el derecho a la no discriminación se encontraba suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, a través de las acciones constitucionales y legales pertinentes, opinión que por cierto tienen algunos autores nacionales” (2014, pp. 35-36)

En relación al ordenamiento jurídico nacional, con independencia de la reforma penal, podemos encontrar distintos procedimientos destinados a resguardar los derechos fundamentales que contiene nuestra Constitución, aquellos corresponden a una acción de protección artículo 20, recurso de amparo del artículo 21, el requerimiento ante el tribunal constitucional art. 93, especialmente número 2 y 3, la acción de inaplicabilidad art. 93 número

6 y la acción de inconstitucionalidad art. 93 número 7, todo aquello de rango constitucional. En el rango legal, muy conocido es el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral.

Si bien estas fórmulas son un mecanismo eficaz en la protección de los derechos fundamentales, pues no se puede negar que han sido tratadas, por los tribunales de justicia, de esta manera, resultando de buena forma protegida las personas. Aun así estos procedimientos no están exentos de críticas.

En el Informe de anual del INDH de 2011 se aborda las críticas que se le han realizado a los recursos de Protección y de Amparo en los últimos años, centrando su investigación en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel, donde se señala que “el Recurso de Protección es una acción destinada a reestablecer el imperio del derecho toda vez que el ejercicio del mismo sea amenazado, perturbado o privado mediante una acción u omisión del Estado o de un particular. En ese caso, la persona afectada u otra a su nombre puede presentar el recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva (...) El ejercicio de este recurso se ve obstaculizado tanto por aspectos procesales como aspectos sustantivos (...)” Ahora en relación a lo que se señala del Recurso de Amparo “en relación a los obstáculos normativos del amparo, la crítica es similar a la que se hace al recurso de protección, en tanto resulta incompatible con la Constitución que aspectos esenciales del amparo se encuentren regulados por un Auto Acordado y no por la ley,

siendo que la ley opera como garantía del ejercicio de los derechos, ya que solo mediante esta es que se pueden establecer restricciones”· (2011, pp·93-95)

Entrando de lleno al Derecho penal, existen autores que consideran que debe existir una protección penal de este derecho fundamental y otros que consideran que estando ante el derecho fundamental a la igualdad ya existirían métodos suficientes que garanticen la no discriminación·

Para Jesús Bernal del Castillo “la vinculación entre Derecho Penal y Constitución se observa especialmente en esta materia: es el contenido esencial de los derechos fundamentales el que reúne generalmente las exigencias de relevancia social y de vinculación con la dignidad de la persona, y, respecto del cual los ataques contra ese núcleo del bien jurídico podrían calificarse como especialmente graves, en el sentido exigido por el principio de fragmentariedad penal, pudiendo el legislador seleccionar de entre las conductas que lesionan o ponen en peligro el contenido esencial de un derecho, aquellas que van a ser objeto de tipificación penal·

Sin embargo, tampoco debe considerarse como definitiva para la decisión de intervenir penalmente en la protección de un derecho fundamental, la lesión o el peligro para su contenido esencial· No debe olvidarse la necesidad de que ese bien jurídico no pueda recibir una protección eficaz concreta a través de tipos penales preexistentes o mediante la

aplicación de normas jurídicas extrapenales. Además, no debe olvidarse que las daciones legislativas tipificadoras (o en su caso agravatorias) son en su esencia decisiones político-criminales, sometidas a principios de oportunidad y efectividad, por ejemplo política, que impiden hablar de la necesidad ineludible de intervención penal respecto de todos y cada uno de los derechos fundamentales, sino más bien de discrecionalidad y conveniencia” (1998, pp.16-17)

Este autor justifica, finalmente, la intervención penal en la protección de este derecho fundamental.

Ángela Peralta, al referirse a si debe ser el derecho penal el encargado de responder al problema de la discriminación, señala “nos preguntamos entonces ¿son idóneos acaso, los tipos y las penas actuales que protegen la vida o la integridad física de las personas, para proteger la vida o la integridad física de los grupos afectados por estos actos discriminatorios?

Creemos que la respuesta es positiva. La necesidad del legislador penal de proteger a determinado grupo de víctimas no proviene del hecho de que el acto merezca de una pena mayor, sino de un interés político de hacer entender en la población de que se está atacando de la manera más dura un problema catalogado de “insostenible”, por una parte; y de la incapacidad de resolver en otras sedes problemas estrechamente relacionados con la estructura de un sistema social, por otra. Si, efectivamente los tipos de

homicidio o lesiones no han resultado aptos o eficientes para sancionar actos contra los grupos discriminados, pues el problema se erradica en ámbito cultural, educacional o inclusive procesal-penal, mas no en sede penal”.
(2013, p. 126)

En definitiva, respecto a si se debe o no regular en el derecho penal la no discriminación o derecho a la igualdad. Decimos que no es necesaria una regulación penal de la forma en que se ha venido haciendo, sino que por lo que debemos iniciar la batalla es por una mejor educación y por cierto un mejoramiento en la cultura, tanto nacional como internacional. Se debe poner especial atención a qué es lo que los padres enseñan a sus hijos, luego analizar los planes de estudio tanto de colegios, liceos, centros de enseñanza técnicas y universidades, donde se implementen actividades y materias que ayuden a que las personas trabajen contra todo tipo de discriminación, y, por supuesto, no podemos dejar de lado el rol que cumplen los medios de comunicación, agrupaciones sociales, etc. en los que se debe iniciar, sin contratiempos, una campaña que incluya un enérgico combate contra los actos discriminatorios de cualquier naturaleza.

De acuerdo a lo señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “más vale prevenir que curar, porque en el caso de que se trata, curar significa intervenir después del hecho y sancionar. En realidad no se trata aquí de un medio destinado a preparar, mediante el ejemplo o la amenaza de una sanción, un porvenir mejor en el sentido de la moralización

de las relaciones sociales. Se ha visto que es esencial actuar en forma preventiva sobre las estructuras mentales, guiando las mentes y formando los caracteres. En consecuencia, es indispensable que los poderes públicos se percaten de que tienen el deber de sensibilizar a la opinión pública con respecto al carácter odioso y a los perjuicios de la discriminación racial. No basta, en efecto, con ayudar en diferentes formas a algunos grupos minoritarios, a los inmigrados, a las poblaciones aborígenes o a todos los que corren el riesgo de sufrir la discriminación racial en los planos moral y material, sino que es indispensable, conforme a los textos de la Convención que son obligatorios para los Estados signatarios, desarrollar un espíritu de tolerancia, comprensión y amistad entre la mayoría de la población y esos distintos grupos". (1983, pp. 6)

3.1. Desarrollo histórico de las agravantes.

El derecho penal moderno, evidentemente, va por un camino muy distinto a lo que se ha venido haciendo en Chile durante las últimas décadas. En nuestro país se ha seguido una tendencia penal basada en aumentar la tipificación de nuevos delitos como un aumento desmedido en las penas aplicables a los sujetos que han delinquido.

En relación a lo que se puede decir de las circunstancias agravantes, en particular, vemos que a partir de ellas es posible aumentar la pena correspondiente a un delito, un ejemplo de ello es lo que señala don Sergio

Huidobro quien realiza un análisis sobre la agravante de Reincidencia diciendo “no obstante las buenas intenciones de la Ley N° 20.253 -se enmarca dentro de la reacción que han tenido el Gobierno y el Congreso ante el incremento de la delincuencia, que según lo indicado en las últimas encuestas ha sido considerada como el principal problema que aqueja al país- estimamos que, en lo que a reincidencia se refiere, la reforma va en contra de la tendencia mayoritaria del Derecho Penal Moderno, que aboga por eliminar la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal porque no concuerda con los principios que inspiran las actuales formas de reacción del Estado ante los comportamientos injustos”. (2008, p. 491)

Si Chile opta por aumentar las penas, lo que ha hecho a través de circunstancias agravantes, y con ello introducir más personas al sistema penitenciario nacional, es evidente que no sigue los principios internacionales en orden a que en el sistema internacional lo que se busca es que las personas permanezcan la menor cantidad de tiempo privadas de libertad o bien aplicar otros tipos de penas sustitutivas, que realmente ayuden con el fin de la pena en la reeducación y reinserción de las personas que hayan delinquido.

En el ámbito internacional existe en las últimas décadas una inclinación por la desaparición de las circunstancias agravantes. Aquello, porque existe un proceso en el cual se trata de evitar que las personas se les determinen una

pena privativa de libertad, y lo que se hace es sustituir estas penas por otras que no sean privativas de libertad.

Eduardo De Urbano se refiere a esto, “dicha evolución es fruto de un afinamiento de los tipos y de la adaptación de la norma penal a los tiempos actuales.

De ese modo, han desaparecido circunstancias como la premeditación y se han refundido las circunstancias de despojado y cuadrilla, en otra que abarca el aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo y auxilio de otras personas.

Y, de otra parte, en tanto han desaparecido agravantes clásicas, como ejecutar el hecho en lugar sagrado o ser el autor un vago, se han introducido agravantes propias de nuestra época, como cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza o nación de pertenencia, sexo, orientación sexual o enfermedad o minusvalía que padezca. Agravante que reafirma la importancia constitucional que se otorga al principio de igualdad, y a la correlativa prohibición de toda discriminación, en nuestra época” (2006, pp. 12-13)

3.2. Criminalización.

En los últimos años se ha desarrollado un proceso de la expansión del derecho penal, en virtud del cual los estados han preferido tratar penalmente varias conductas, entre ellas el problema de la discriminación.

A partir de los desafíos que impone la constante idea de la globalización, en donde el día de hoy nos podemos informar de lo que sucede en el mundo de manera instantánea, ha dado lugar, para que distintas entidades saquen provecho de aquello creando en la sociedad un ambiente hostil y de inseguridad, tema que no analizaremos a fondo en esta ocasión. Aquello, sin duda, ha dado lugar a que se desarrolle un sistema de aumento desproporcional de las penas.

Ángela Peralta sostiene que “es evidente que, junto con este proceso de criminalización de las -nuevas conductas-, se produzca un especie de posicionamiento del Estado respecto de cierta categoría de personas. Así, la política de -criminalizarlo todo- se ha extendido a la protección de personas que se condijeran -débiles- o -en estado de riesgo- de ser víctimas de algún tipo de discriminación: son las mujeres, los menores, las minorías étnicas, entre otros.

En este sentido, el argumento que fundamenta la necesidad de tratar penalmente la problemática de la discriminación viene dado por el afán de visibilizar el problema y hacerle frente de la manera más dura que la

intervención de Estado puede hacerlo. De esta manera se da a entender al conocimiento público la efectividad de la protección dirigida a un grupo vulnerable específico, y se evidencia (y por qué no decirlo, se estigmatiza), dicho y sea de paso, la persecución penal a los autores de este tipo de delitos” (2013, p. 121)

No es solo a partir de esta criminalización de nuevas conductas, que se ha venido tratando la discriminación en nuestro código penal, sino que también debemos tomar en consideración otros organismos que intervienen en el proceso jurisdiccional y en la individualización judicial de la pena.

No son solo los jueces quienes juegan un rol importante en la determinación de la pena, sino que existe el Ministerio Público, la defensa del imputado y, cuando se da el caso una parte querellante, en este proceso también se ha visto como se ha buscado aumentar las penas. Y por ello veremos que el ministerio público tiene sus propias políticas de persecución, sabemos que, las circunstancias agravantes se enmarcan en el proceso de determinación de la pena, en este sentido tenemos una figura muy relevante correspondiente al Ministerio Público quien tiene sus políticas propias de persecución penal, donde Jean Pierre Matus ha desarrollado la hipótesis de que la política criminal del Ministerio Público ha transitado durante su fase de instalación regional desde una de moderado reduccionismo penal a una moderada maximización punitiva, señalando que estos serían puntos intermedios entre lo que designo como radical reduccionismo penal y radical maximización, “una

política de persecución penal de radical maximización punitiva tendría como objetivo realizar el mayor número de investigaciones posibles para obtener el mayor número de condenas probables,, bajo el supuesto de que la imposición de las penas si tiene un sentido en la comunidad y de que, precisamente, es este el rol exclusivo del Ministerio Público-- naturalmente, esta política, subordina a este objetivo todos los recursos disponibles, incluyendo el tiempo libre y la salud de los funcionarios y del resto de los intervinientes en el proceso, sin discriminar entre casos, pues nunca se sabe a dónde se puede llegar profundizando investigaciones en curso” (2011, p.215)

III. La circunstancia agravante de discriminación en nuestro Código Penal (Art. 12 número 21 Código Penal)

Para situarnos en el ámbito de la agravante de discriminación, primero debemos tener en consideración que aquellas están situadas dentro de una categoría de Derecho Penal que corresponde a las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Penal, las cuales, según lo dice Luis Rodríguez, “son aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto”. (2011, p.407)

Que los hechos, situaciones o datos, como lo señala Luis Rodríguez, sean un instrumento de medición de la intensidad de la pena en concreto, en

principio puede llegar a ser cuestionable, sobre todo desde el plano de la igualdad ante la ley. Pero, es importante advertir que aquello no es así, Leopoldo Puente señala que “importa destacar que no siempre las circunstancias modificativas tuvieron, como ahora, un importantísimo reflejo en la determinación de la pena concreta impuesta en un proceso particular con relación a unos hechos y a un sujeto específicos. Se oponía a ello, incluso, un primitivo entendimiento (mal entendimiento) del principio de igualdad ante la ley, sobre cuya base consideraba que si todos los ciudadanos son iguales ante la ley deben responder por el mismo hecho con idéntica pena. Sin embargo, especialmente a partir del proceso codificador, se comprendió que lo que le importa al jurista no es el hecho bruto en sí, sino la valoración que de él hace la norma.” (1997, p. 314)

En la actualidad, las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Penal contribuyen de muy buena manera en la determinación de la pena, esto en relación a que las distintas legislaciones se han inclinado, a lo largo de la historia por dos modelos de individualización de la pena; un sistema legalista o reglado y un sistema de libre arbitrio judicial, Luis Rodríguez señala “en el primero de ellos, se procura que sea el propio legislador quien fije de antemano la cuantía exacta de la pena, correspondiendo al órgano jurisdiccional la misión de aplicar, de modo prácticamente mecánico, las reglas de la individualización que deben quedar establecidas detalladamente en la propia ley de la letra. En el segundo de aquellos modelos, en cambio, se

procura que la labor de cuantificación de la reacción penal sea asumida por los propios jueces, con plena autonomía respecto del legislador” (2012, p. 146) Se entiende que estas circunstancias podrían generar un conflicto, esto, en el sentido de que si bien aquellas circunstancias nos pueden llevar a la certeza en la individualización de la pena, tomando en consideración los acontecimientos que rodean el delito, o bien de esta manera se le puede entregar un poder discrecional a los jueces.

Estos eventos, las circunstancias modificatorias, son realmente relevantes al momento en que el juez debe determinar la sanción, Carolina Rudnick al referirse a la función de las Circunstancias Modificatorias señala, “en definitiva, las circunstancias modificatorias permiten adaptar el esquema abstracto del precepto, tanto al supuesto concreto como a la personalidad del delincuente”. (2009, p. 278)

Teniendo en consideración en qué consisten las Circunstancias Modificatorias, y con ello la importancia que radica en ellas y su función podemos pasar a revisar la distinción que se ha hecho tradicionalmente.

Leopoldo Puente señala que “son múltiples las clasificaciones que la doctrina científica ha propuesto con relación a las Circunstancias Modificatorias de la Responsabilidad Criminal. La más evidente de todas ellas diferencia, en atención a los efectos que producen sobre la pena, entre circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes, a cuya bipartición

básica deben añadirse las circunstancias mixtas que son aquellas que, siendo unas y las mismas, pueden operar en unos casos como agravantes y en otros como atenuantes.” (1997, p.316)

Este trabajo consiste, precisamente, en el análisis de una agravante introducida hace pocos años en nuestro Código Penal, la agravante de discriminación, por tanto, ahora pasaremos a revisarla con más detalle.

Una circunstancia agravante, como lo señala su denominación, corresponde a un evento que viene a acrecentar la pena o sanción que se le aplicará a quien haya cometido un delito.

Jaime Goyena se refiere al concepto de las circunstancias agravantes, “Son circunstancias agravantes aquellas que determinan un aumento de la pena correspondiente al delito, precisamente por ser reveladoras de una mayor peligrosidad del sujeto o una mayor antijuridicidad de su conducta. Este incremento de la antijuridicidad puede tener diversas causas, cuales son la mayor perversidad del agente, una especial intensificación de su culpabilidad, así como un aumento del mal ocasionado o de la alarma social” (1997, p. 19)

Como lo hemos señalado más arriba, en relación a la forma de combatir la discriminación por los distintos estados a nivel internacional, podemos encontrar dos sistemas que se encargan de combatir la discriminación. En este sentido, Juan Antonio Lascurain al referirse a las estrategias para el

combate de los delitos de discriminación, “hay dos estrategias posibles. La menos común en el Derecho comparado es la de la creación de un específico delito de discriminación. Este delito entraría en concurso con el delito concreto que manifiesta la discriminación (amenazas, coacciones, lesiones, homicidio) y tendría la virtud de su específica función de llamada: pondría de manifiesto con claridad la especificidad de esta forma de delincuencia y la respuesta firme- penal- del legislador ante la misma.

El mismo efecto agravatorio se obtiene de una forma mucho más natural- pues el delito específico no sería sino un modo de proceder a la comisión de otros delitos- a través de la previsión de una circunstancia agravante de discriminación, que a su vez podría ser general o específica para determinados delitos (por ejemplo, para las lesiones y para el homicidio). Esta es la flamante opción del ordenamiento penal chileno” (2012, pp. 111-112)

Nuestro código penal consta de una variedad de agravantes y el año 2012 a través de la Ley Zamudio se incluyó la agravante número 21 al art. 12 del código penal “Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”

Al llevar a cabo un análisis de esta normativa, podemos hacer un primer reparo cuando se refiere a “motivado”, no podemos desviar la atención de esta expresión.

Es un elemento que determina el carácter subjetivo de aquella norma. De esta manera no se puede desconocer el parecido a la normativa del Código Penal Español, en el análisis de la agravante de discriminación existente en el Código Penal Español la cual dice “artículo 22.4 cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza, o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad” Leopoldo Puente señala “esta circunstancia agravante permite también diferenciar un elemento subjetivo que vendría representado por el móvil discriminatorio que habría animado al responsable del delito y un elemento objetivo que atendería a la circunstancia sobre la cual resulta construido el comportamiento discriminatorio”. (1997, p.509). De la misma manera Jesús Bernal señala que “el art. 22.4 CP configura la agravante de discriminación atendiendo a dos elementos, uno subjetivo: los motivos discriminatorios, y otro objetivo: la referencia a ciertas cualidades concretadas en el precepto que pertenecen al sujeto pasivo del delito cometido: pertenecer a una raza, sexo, profesar una religión.” (1998, p.62)

1. *La circunstancia agravante de discriminación como una agravante de carácter subjetiva.*

En Derecho Penal como en otras áreas del Derecho siempre nos encontraremos con distinciones, es por ello que al hablar de circunstancias agravantes podemos ubicar una clasificación que distingue entre circunstancias agravantes objetivas y circunstancias agravantes subjetivas.

Del análisis de esta diferenciación, consideramos, que cuando hablamos de circunstancias objetivas éstas se refieren a una realidad palpable o hechos que se pueden probar de manera manifiesta. En cambio, cuando nos referimos a las circunstancias subjetivas, aquellas corresponden a un acontecimiento interno y psicológico del agente.

David Baigún hace referencia a la distinción que hace la doctrina, “en general, la doctrina, cuando se refiere a las circunstancias que rodean la personalidad del autor, sus reacciones, inclinaciones afectivas, motivaciones, impulsos u otro tipo de fenómenos situados en esa esfera, las califica como agravantes subjetivas. En cambio, las que se vinculan con el daño o lesión producidos, o con los factores exteriores al ámbito del agente- catástrofe, inundación funcionario, despoblado, etc. - reciben la denominación de objetivas” (1970, p. 13)

También Jaime Goyena se refiere a la distinción que hace la doctrina de las circunstancias agravantes, “así la doctrina distingue entre:

a) *Circunstancias objetivas: lo son la alevosía, el abuso de la superioridad, de confianza y, finalmente, el aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas.*

b) *Circunstancias subjetivas: lo son el actuar por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, así como el obrar mediante precio” (1997, pp. 19-20)*

En el artículo 12 de nuestro Código Penal existe un catálogo de circunstancias agravantes en el que, por supuesto, cada una de ellas puede ser organizada dentro de una de las dos categorías antes señaladas.

Según Garrido Montt “Es tradicional que las agravantes se clasifiquen con la metodología que se desprende del art. 64, que al hacer referencia a su posible comunicabilidad, distingue entre agravantes personales y materiales, que la doctrina denomina a su vez subjetivas y objetivas. Según el art. 64 son circunstancias personales o subjetivas aquellas que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal. Son agravantes materiales u objetivas las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo.

Con fundamento en la referida disposición se clasifican en personales, materiales y subjetivas-objetivas por cuanto hay agravantes que ofrecen características de los dos primeros grupos.

Las personales (subjetivas) son las descritas en los números 5º primera parte del art. 12 (premeditación), 7º (abuso de confianza), 8º (carácter público del representante) y 14, 15, y 16 (reincidencias).

Son materiales u objetivas las señaladas en los números 2º (mediante premio o recompensa), 3º (medios catastróficos), 5º parte segunda (empleando astucia, fraude o disfraz), 6º (abusando de la superioridad de su sexo, fuerza o armas), 9º (añadiendo ignominia), 10 (con ocasión de calamidad o desgracia), 11 (con auxilio de gente armada) 12 (de noche o en despoblado), 13 (con desprecio o con ofensa de la autoridad pública), 17 (en el lugar destinado al ejercicio de un culto), 18 (con ofensa o desprecio del respeto debido al ofendido), 19 (por medio de fractura o escalamiento).

Subjetivas-objetivas son las siguientes: la del número 1º de artículo 12 (alevosía) y la de su número 4º (ensañamiento).” (1997, pp. 206-207)

No debemos olvidar que la agravante analizada en este trabajo se entiende incorporada al catálogo del artículo 12 del Código Penal recién en el año 2012, por lo tanto, entrar a determinar a qué clasificación, de las mencionadas, correspondería encuadrar esta situación es una tarea que debemos llevar a cabo. En consecuencia, si tenemos que catalogar la agravante analizada en este trabajo, es posible catalogarla como una agravante de carácter subjetivo.

En esto Leopoldo Puente se refiere a la normativa penal existente en España, “no parecen existir dudas en la doctrina científica a cerca de la naturaleza subjetiva de esta circunstancia agravante”. (1997, p. 509)

Enrique Cury al referirse a la naturaleza y fundamento de las circunstancias agravantes dice “una parte significativa de la doctrina sostuvo, en otra época, que las agravantes eran todas de naturaleza subjetiva, en el sentido de que implican una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo acto concurren. Este punto de vista es inaceptable y hoy se encuentra abandonado por la opinión absolutamente dominante.

En primer lugar, el criterio expuesto involucra una ruptura en el sistema del derecho penal de actos fundado sobre la culpabilidad. En efecto, de pronto se introducen, como fundamento para la determinación de la magnitud de la pena, puntos de vista relativos a la personalidad del autor como tal (peligrosidad, perversidad moral o social), prescindiendo de su relación con el hecho ejecutado, al cual solo se alude como a un síntoma revelador de tales estados. Esto significa deslizarse sin más hacia un auténtico derecho penal de autor”. (1985, pp. 130-131)

Es perfectamente razonable, que al identificar la agravante del artículo 12 número 27 del Código Penal como una circunstancia de carácter subjetiva, al igual que las señaladas, se pueda desprender que su aplicación en la

determinación de la pena nos pueda llevar a un derecho penal de autor y por tanto no obedecer a un derecho penal de actos.

Jesús Bernal por su parte señala que “el predominio del elemento subjetivo de la agravante exige desarrollar el concepto y el contenido del mismo, en concreto, precisar qué se entiende por -motivos-, cuestión nada fácil de resolver, dado el carácter equívoco del concepto y los múltiples significados que admite.

En la configuración de la agravante de discriminación no puede entenderse un concepto de -motivos- en un sentido exclusivamente psicológico y causal, como equivalente a móvil, en el sentido de una actitud puramente interna del sujeto pasivo que da razón el acto concreto que realiza. Tal concepción estrictamente subjetivista daría lugar a un grado de inseguridad jurídica no deseado originado por la dificultad de la prueba de tal actitud subjetiva, no solo por su naturaleza interna sino también por su imprecisión, ya que el mismo concepto de móvil es incorrecto y genérico, pudiendo designar tanto un proceso y un acto interno explícito y concreto como un estado emocional o pasional latente e indeterminado, cuya apreciación, calificando un acto concreto del sujeto, podría dar lugar a una auténtica injusticia material, precisamente por su falta de concreción. A causa de estas dificultades preferimos concebir el concepto de -motivos-, en cuanto elemento subjetivo de esta agravante, en un sentido más amplio que el meramente emotivo o psicológico. Puede entenderse como una

característica de la actitud espiritual o racional de un sujeto: una actitud moral, personal o vital que consiste en un modo concreto de ver la vida, de abordar sus relaciones y de aceptar o rechazar los principios y valores éticos y jurídicos vigentes en una sociedad. No se trata por lo tanto de una actitud meramente psicológica, irracional o emocional, sino de una disposición permanente y consciente, que se materializa y refleja en los actos concretos de ese individuo (...). Ello no impide dejar de considerar la naturaleza subjetiva de la agravante, que es la predominante, pero si afirmar que cuando esa actitud personal del sujeto se concreta en la realización de cualquier delito produce una afectación real del derecho a la no discriminación.” (1998, pp. 63-64)

En el próximo apartado nos detendremos a revisar a qué nos referimos cuando hablamos de derecho penal de autor y derecho penal de actos.

2. Distinción derecho penal de autor y derecho penal de actos.

En nuestro país como lo señalan Politoff, Matus y Ramirez “nuestro sistema penal -como lo revelan los preceptos constitucionales que ponen énfasis en la conducta- mantiene la tradición liberal de un derecho penal del hecho y no un derecho penal de autor. No se castiga una actitud interna, una simple voluntad, la manera de conducir la vida o la culpabilidad del carácter, sino -como exige nuestro código penal en su artículo 1- una acción u omisión, esto es, una conducta” (2009, p.172).

Es de suma importancia entender esta distinción, puesto que evidentemente no podemos castigar a las personas por lo que piensan o por su actitud interna, puesto que entraríamos a un área no protegida, y además se requiere de hechos objetivos, para poder determinar una sanción.

Por eso, cuando nos referimos a las circunstancias agravantes, y en especial a la agravante de discriminación, debemos poner más atención. Ya hemos señalado que el Código Penal Chileno ha sido de gran manera influenciado por el Código Penal Español, David Baigún al referirse a las agravantes y a la pena señala, “sea la pena una consecuencia del delito o un integrante de ese concepto, lo cierto es que el sistema de individualización recurre a elementos no contemporáneos al delito cuando se trata de traducir la valoración del acto concreto. En este sentido, no puede negarse que aun en el más exigente derecho penal de acto, se filtran circunstancias ajenas al momento mismo del comportamiento, aunque, claro está, no sean estos los ingredientes que deciden la diferencia de naturaleza entre el derecho penal de acto y el derecho penal de autor” (1970, pp. 47-48), si bien este autor no estima que sea, precisamente, de esta manera, que se determine si existe un derecho penal de autor o derecho penal de actos, igual estima que en el momento de determinar las circunstancias de un hecho se estaría agregando sustancias ajenas al momento del comportamiento o de cuando se cometió el delito.

3. *¿Aplicar la agravante de discriminación corresponde a adherir a un derecho penal de autor?*

Si hablamos de derecho penal de autor cuando nos referimos a sancionar los pensamientos, ideas y motivaciones del autor de un delito. Pues, derechamente, podríamos decir, que cuando un juez aplica la circunstancia agravante de discriminación en la determinación de la pena, hemos retrocedido en la historia y hemos vuelto a sancionar a las personas por razones muy diferentes a la acción que ellos han realizado.

Juan Antonio Lascuráin señala “como la violencia de género es un tipo de delito de discriminación, la inquietud de legitimación enunciada en torno a su represión intensificada es común a todo el grupo, y es por ello común la reflexión sobre el injusto específico de las conductas discriminatorias. ¿Podemos sancionar más unas bofetadas que otras, unas lesiones que otras, unos homicidios que otros?; ¿no será esto un derecho penal discriminatorio que proteja más a unos ciudadanos que a otros? Si la clave está en los sentimientos del autor (en el odio), ¿no será esto derecho penal de autor y no democrático derecho penal del hecho?” (2012, p. 108)

Ante esta pregunta, se puede decir que, obviamente si solo se toman en consideración la intención, ideas o pensamiento de quien comete el delito, por supuesto que se estaría aplicando el derecho penal de autor, sin embargo existen autores que si bien no rechazan que se estaría evaluando intenciones

y pensamientos, no logran establecer que la aplicación de esta agravante llegue a convertirse en un derecho penal de autor, Sebastián Salinero sostiene, “previo a explicar el alcance de cada uno de los motivos o causas de discriminación, toca hacerse cargo de la terminología utilizada por el legislador penal, al referirse a “motivación” (motivos). Parte de la doctrina española que utiliza la misma fórmula ha sido crítica con la exigencia de una especial motivación del sujeto activo de la conducta. Se asocia este comportamiento con el denominado Derecho penal de autor, toda vez que se sancionaría el fuero interno del agente, o dicho de otro modo, se castigarían las ideas, creencias y pensamientos de las personas. Sin embargo, como desarrollamos más atrás, le damos otro contenido a esta terminología cuestionada, más proporcionalmente un contenido intelectual consistente en las consideraciones racionales que llevan a un sujeto a actuar de una determinada manera” (2013, pp. 295-296).

En consideración a lo expuesto, si bien se puede pensar por algunos que regular la discriminación en el ámbito penal, a través de una agravante es una buena manera de lograr la protección de este derecho fundamental que corresponde a la igualdad, podemos encontrarnos con situaciones, en que el derecho así regulado, nos deje en problemas.

Emanuele Corn señala que “se corre el riesgo, se dice, de sancionar puros acontecimientos interiores del autor. Personalmente la comparto y la considero eficaz. Sin embargo, también si no juzgáramos con el cerebro sino

con la barriga, deberíamos llegar a la misma conclusión. Me limito a un ejemplo: nadie de nosotros públicamente afirmaría hoy que en Chile no existe el problema de la discriminación de los homosexuales y, por lo tanto, se podría pensar que, aunque no muy refinada técnicamente, la circunstancia introducida en el número 12 por la Ley N° 20.609 es una propuesta positiva y ofrece una solución pragmática a la cuestión. ¿Pero estaríamos todos seguros que de matar a alguien porque es gay es más grave que matar a alguien por aburrimiento (¡sin motivos!), porque mis amigos y yo no sabemos que hacer le fin de semana y decidimos pegar hasta cansarnos al primer sin techo que encontramos, o de asesinar a palizas después de tomar pasta base, a un viejito que vive solo cuando entramos a robarle y estamos tan drogados que ni siquiera nos damos cuenta que lo estamos matando con su mismo bastón?

La réplica clásica a estos planteamientos afirma que acá no se trata de castigar los pensamientos o incluso la opinión que podemos tener respecto de otros sino, como lo advirtió la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Wisconsin v, Mitchell, la conducta que proviene del odio y que genera violencia. (...) Pero la lectura de la circunstancia chilena no da ningún elemento literal para la interpretación en esta línea". (2013, pp.151-152)

3.1. Consecuencias.

En este ámbito, cuando el art. 62 de nuestro Código Penal, nos señala *“Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes”*, se está refiriendo precisamente a la determinación relativa de la pena, donde esta normativa lo que hace es entregar las herramientas, con ello un catálogo taxativo de circunstancias atenuantes y agravantes, y amplias facultades a los jueces para aumentar o disminuir en grados las penas señaladas.

Pero, al entregar amplias facultades a un juez para que realice la individualización de la pena nos puede traer variadas consecuencias, pues le estamos entregando a este juez la facultad de poder disponer de la libertad de las demás personas. Y en esto Politoff, Matus y Ramírez señalan que *“la experiencia en relación con la mayor o menor regulación positiva de la individualización de la pena no es unívoca. Aunque en teoría parece preferible ampliar el arbitrio judicial, precisamente en los países donde se le ha reservado un ámbito mayor, a jurisprudencia ha reclamado de la doctrina, y ha llevado luego a la práctica un buen número de criterios restrictivos. Además, hoy se entiende que la medición de la pena es una tarea compartida entre legislador y juez. Por eso, la traslación de la responsabilidad hacia los jueces ha traído consecuencias negativas para la igualdad en la determinación*

de la pena o, como ha ocurrido en Alemania, ha llevado a la imposición infundada de las penas mínimas” (2009, pp.504-505)

Ya señalamos que el entregar amplias facultades a los tribunales en el proceso de determinación de la pena puede ser muy complejo, pero si analizamos además que estos al realizar su trabajo, además, deben determinar si concurren o no circunstancias modificatorias nos puede complicar aún más.

Luis Rodríguez, cuando se refiere a las circunstancias modificatorias señala que, “la apreciación de las circunstancias no es en modo alguno un proceso mecánico o de simple constatación de hechos objetivos. El supone, por cierto, la acreditación de la base fáctica de cada figura circunstancial, como así también del conocimiento con que ha de actuar el agente, en aquellos casos en que la ley formula una exigencia en tal sentido. Pero supone también la constatación de los fundamentos que inspiran el efecto atenuatorio o agravatorio de la responsabilidad penal” (2012, pp. 169-170) pues como lo señalábamos más arriba, en relación a la importancia de las Circunstancias Modificatorias, la ley no puede establecer situaciones concretas con anticipación al delito al cual los jueces estén obligados a admitir. Sino, lo que ocurre en la práctica corresponde a que los jueces tengan libertad para apreciar una conducta. Y es precisamente, de esta manera, en que el juez debe apreciar una conducta donde se pueden producir conflictos, uno de ellos

podría llegar a ser que se provoquen graves problemas en relación a la prueba, toda vez que demostrar un hecho puramente interno es imposible.

Ahora, aún más complejo resultará apreciar una conducta, por parte de un juez, donde se estime que concurre una circunstancia agravante de discriminación, Leopoldo Puente al referirse a la circunstancia agravante de discriminación, en la legislación española, la clasifica como una agravante de carácter subjetiva y en razón de aquello señala que “no es ocioso observar que la sola identificación de los móviles que animaron el comportamiento del sujeto activo en cada delito resulta una tarea, muchas veces, de difícilísima realización y que, conseguido el objetivo, decidir cuál de los móviles concurrentes en el comportamiento resulta más próximo o predominante no deja tampoco, en mi opinión, de obligar a la realización arriesgada de una hipótesis relativa a un hecho pasado”.(1997, p. 514)

De esta manera, estamos poniendo al juez en una posición bastante difícil, donde tendrá que analizar tanto los hechos, o sea un elemento objetivo, y además tendrá que evaluar si concurrió o no en el sujeto una agravante de carácter subjetiva, donde tendrá que evaluar si la persona actuó o no “motivada” por razones discriminatorias.

En Chile no es ajeno, en este aspecto, es derecho Penal Español, y Jesús Bernal del Castillo cuando en su obra se refiere al proceso tipificador del delito de discriminación en el Código Penal Español, señala “el reciente

proceso legislativo agudiza algunas características de la regulación de estos delitos que ya se encontraban presentes en la normativa anterior. En primer lugar, la inseguridad jurídica que genera la intervención penal en la protección de este derecho fundamental y que tiene su causa en la naturaleza valorativa, abstracta y de difícil precisión en los conceptos y elementos que integran este derecho, cuestiones que lógicamente se trasladan a la normativa penal, donde, sobre todo en los últimos proyectos, se dota a los tipos penales reguladores de estas infracciones de un contenido impreciso, variable y arbitrario, que dificultara previsiblemente su interpretación y aplicación. Estrechamente relacionada con esta casi inevitable inseguridad jurídica, se observa la influencia de un fuerte componente ideológico, que se concreta en la excesiva subordinación de la actividad legislativa y de la interpretación de los tipos penales a concepciones políticas o sociológicas o de pensamientos muchas veces minoritarias o faltas de correspondencia con la situación real de la sociedad y mentalidad de nuestro país.” (1998, p.55)

En este sentido, en el año 2015 se sigue un caso ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, causa RIT 0-14-2015, donde se condenó al acusado acogiendo la circunstancia agravante del art. 12 número 21 del Código Penal, su abogado Leonardo Humberto Vallejos Ramírez, se dirigió a la correspondiente Corte de Apelaciones donde dedujo recurso de Nulidad, describiendo “que si bien es cierto el tribunal al establecer los hechos señala una dinámica de agresión realizada por su representado la que

habría estado precedida de la expresión -que nos miran negros cualiaos-, lo cierto es que en este establecimiento de hechos no se señala que la agresión se haya realizado motivada en elementos de índole racial y, en concepto de la defensa, la existencia de un insulto como el referido en el establecimiento de los hechos no puede ser fundamento suficiente para estimar como concurrente la circunstancia agravante como la de marras ya que, como bien cita el fallo, la misma tiene su origen en la modificación al Código Penal realizado a propósito de la dictación de la ley (...) Los hechos descritos en la sentencia no señalan que la agresión se haya motivado en odiosidades de índole racial, por lo que no puede estimarse concurrente la agravante”.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas rechaza el Recurso señalando que “la individualización judicial de la pena consiste en la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente, y constituye una función autónoma del juez penal, estableciendo en un caso concreto la clase y medida de la relación penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible, en este caso como autor”. En este caso se logra ver, cómo es el Tribunal de juicio oral en lo penal el que decide si el delito fue o no motivado por razones de raza, luego la Corte de Apelaciones señala que en ese campo es de función autónoma del juez penal.

IV. Conclusiones.

A lo largo de este trabajo hemos intentado hacer un análisis crítico respecto de la introducción, necesidad, influencias, apego al derecho internacional, carácter, clasificación y consecuencias que trae consigo la agravante de discriminación introducida en el año 2012 en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

- 1. El derecho a la igualdad es resguardado, principalmente, a través de la Constitución Política de la República y, por supuesto, a través de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin duda encontramos una variada normativa que viene a proteger los derechos fundamentales de las personas, pero en virtud de distintos acontecimientos de carácter social y que generan gran revuelo es que aquellas se consideran inútiles y se decide seguir legislando.*
- 2. No es necesaria una regulación penal de la forma en que se ha venido haciendo, sino que por lo que debemos iniciar la batalla es por una mejor educación y por cierto un mejoramiento en la cultura, tanto nacional como internacional. A pesar de aquello, sin lugar a dudas, las agravante fue introducida al Código Penal Chileno, por lo que como personas debemos iniciar de todas maneras la batalla por la educación y la cultura.*

3. *En el ámbito internacional existe en las últimas décadas una inclinación por la desaparición de las circunstancias agravantes. Aquello, porque existe un proceso en el cual se trata de evitar que las personas se les determinen una pena privativa de libertad, y lo que se hace es sustituir estas penas por otras que no sean privativas de libertad. Chile a partir de la criminalización de las nuevas conductas, obviamente va en dirección contraria a los principios internacionales en el Derecho Penal. En razón de aquello es que nuestro legislador debe iniciar un proceso de renovación y tomar en consideración lo que ocurre a nuestro alrededor, porque puede ser que como país nos estemos estancando o simplemente retrocediendo en la historia del derecho.*
4. *Una circunstancia agravante corresponde a un evento que viene a acrecentar la pena o sanción que se le aplicará a quien haya cometido un delito. En el caso de la agravante de discriminación el elemento principal de su enunciación es la “motivación”, aquello es un elemento que determina el carácter subjetivo de aquella norma*
5. *Hablamos de derecho penal de autor cuando nos referimos a sancionar los pensamientos, ideas y motivaciones del autor de un delito.*
6. *Que sea un juez el encargado de individualizar la pena, y que le corresponda evaluar si concurre una agravante de discriminación, de carácter subjetiva, se corren grandes riesgos de que ocurran arbitrariedades.*

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Libros:

- Baigún, David (1970): *La naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires.
- Bernal del Castillo, Jesús (1998): *La Discriminación en el Derecho Penal*, Editorial COMARES, Granada.
- Cury Urzúa, Enrique (1985): *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Garrido Montt, Mario (2005): *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Matus, Jean Pierre (2011): *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de Siglo*, Editorial Jurídica de Chile.
- Muñoz Cuesta, Javier; Arroyo de las Heras, Alfonso; Goyena Huerta, Jaime (1997): *Las Circunstancias Agravantes en el Código Penal de 1995*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramirez, María Cecilia (2009): *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Puente Segura, Leopoldo (1997): *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Editorial COLEX, Madrid.

- Rudnick Vizcarra, Carolina (2009): *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*, 3º edición, Legal Publishing, Santiago.

Artículos:

- Corn, Emanuele (2013): "Apuntes acerca del problema de la discriminación y de su tratamiento penal" en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. 2, N°3, pp. 139-156.
- De Urbano Castrillo, Eduardo (2006): "Las agravantes: pasado y presente" en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N° 32, pp. 5-14.
- Díaz García, Iván (2013): "Ley chilena contra la discriminación. Una intervención desde los Derechos Internacional y Constitucional" en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N°2, pp. 635-668.
- Gauché Marchetti, Ximena (2014): "Análisis crítico de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre la discriminación de 2013" en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, N°1, pp. 11-58.
- Huidobro Martínez, Sergio (2008): "Algunos comentarios a la Ley N° 20.253 en materia de reincidencia" en *Revista Actualidad Jurídica*, N°18, pp. 491-498.

- Lascuráin, Juan Antonio (2012): “¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito de la Reforma del Código Penal chileno)” en *Perspectiva penal actual*, N° 1, pp. 103-119.
- Peralta Jordan, Ángela (2013): “Discriminación desde el punto de vista de la víctima: ¿Se trata de situaciones caracterizadas por mayores niveles de antijuricidad material?”, en *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, año 2, N°2, pp. 105- 133.
- Rodríguez Collao, Luis (2011): “Naturaleza y Fundamento de las Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Criminal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°36, pp. 397-428.
- Rodríguez Collao, Luis (2012): “Los Principios Rectores del Derecho Penal y su proyección en el campo de las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Criminal” en *Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar*, N° 8, pp. 145-172.
- Salinero Echeverría, Sebastián (2013): “La Nueva Agravante de Discriminación. Los Delitos de Odio [the New Aggravating Circumstance of Discrimination. Hate Crimes]”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 41, pp. 263-308.

Estudios:

- *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1983): “La enseñanza, la educación, la cultura y la información como medios de eliminar la discriminación racial”, en Publicación de las Naciones Unidas.*
- *Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011): “Informe anual Situación de los Derechos Humanos en Chile”, Andros Impresores.*

Sentencias:

- *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.*
- *Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas (2015): Ministerio Público contra Chacón Ramos.*
- *Sentencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional (2011): requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.*

Normas:

- *Ley N° 20.609 (ley Zamudio)*
- *Código Penal Chileno*
- *Código Penal Español*