

Categorías sospechosas de discriminación: ¿cómo se aplican en Chile?

Pilar Bello Labe

Introducción

La discriminación es un tema que ha estado presente a lo largo de toda la historia de la humanidad, pero la inclusión del principio de no discriminación e igualdad, como eje central para el moderno sistema internacional de derechos humanos, es más o menos reciente¹. Así, está declarado en la Carta de las Naciones Unidas (1945) en su preámbulo la “igualdad de derechos de hombres y mujeres”. De esta forma, se han regulado distintos Tratados y Declaraciones contra la discriminación, o que incluyen como principio el de la no discriminación, pero, aun así, es algo que no ha podido erradicarse tan fácil.

Esto nos lleva a un concepto moderno, el de categorías sospechosas de discriminación, que, además, en Chile es de reciente data, por lo que es interesante y necesario entender de qué forma ha ido afectando a los fallos de nuestros tribunales. De esta forma se podrá notar cómo, actualmente, sigue existiendo un sesgo en relación con ciertos grupos minoritarios o desfavorecidos históricamente, generando graves consecuencias para sus integrantes.

Así, queremos responder ¿de qué forma se ha afectado a las relaciones de derecho privado de las categorías sospechosas de discriminación? Para resolver esto, se revisará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condena al Estado chileno respecto al tema de discusión. Por otra parte, se estudiarán las normas vigentes relacionadas a la no discriminación, revisando el ordenamiento jurídico chileno.

También se analizarán las opiniones de distintos autores/as sobre este concepto, puesto que la doctrina y dogmática jurídica nos entrega criterios para una correcta aplicación de las normas vigentes, lo cual ayuda a estabilizar nuestro sistema jurídico². Además, hay que recordar siempre que estas teorías dogmáticas buscan convencer a la comunidad jurídica,

¹ MEZA-LOPEHANDÍA, 2019, p. 2.

² ATIENZA, 2012, p. 258.

mediante sus fundamentos y argumentos, sobre cómo resolver ciertos conflictos a la hora de fallar³, lo que va construyendo la jurisprudencia nacional.

Así, también se revisará la evolución histórica del derecho chileno en cuanto a la legislación contra la discriminación, revisando tanto la historia de la codificación chilena como los proyectos de ley actuales acerca del tema. Por otro lado, se realizará una comparación con ordenamientos jurídicos extranjeros para conocer mejor acerca de su legislación y si poseen un sistema legal que protege efectivamente a estos grupos desaventajados históricamente. Para esto, nos centraremos en el matrimonio igualitario como ejemplo. Además, este es un problema que no solo se puede estudiar desde un punto de vista jurídico, por lo que, al poseer bastantes aristas, se analizará desde un enfoque psicológico respecto a la discriminación y los prejuicios a estos grupos.

Con el análisis de lo comentado, se busca dar a entender que esto es un problema actual, que nuestros tribunales actúan, todavía, bajo un sesgo, y cómo esto es perjudicial en la materia de asegurar una efectiva igualdad en los derechos fundamentales de las personas. Esto debido a que se excluyen a grupos que han sido históricamente desfavorecidos en el ejercicio de sus derechos, que sí se otorgan a otras personas, lo cual evidencia una grave falta por parte de los tribunales de justicia. De esta forma, si entendemos que el derecho busca asegurar las mismas consecuencias y efectos para todas las personas⁴, efectivamente notaremos que no se garantizan los mismos derechos para todos los grupos e individuos.

Derecho nacional y doctrina

Normas vigentes

En Chile no está reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico la noción de “categorías sospechosas de discriminación”, pero sí encontramos referencias a lo que puede entenderse por ellas. Un ejemplo de esto está en la Constitución Política de la República, que en su artículo 19 N°2 insta la igualdad ante la ley, y la igualdad entre hombre y mujer. Esto sirve de base para una construcción del concepto de categorías sospechosas, en este caso

³ CALSAMIGLIA, 1986, p. 76.

⁴ SCHAUER, 2013, pp. 23-24.

el sexo, además de instaurarse como un principio constitucional base el de la no discriminación, que se entiende establecido en el sistema jurídico chileno.

Así, la CPR en su artículo 20 señala la acción de protección, que puede ser ejercida por la persona que haya sufrido privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de algunos de los derechos establecidos en el artículo 19 de la CPR, debido a actos u omisiones arbitrarios o ilegales. Esta acción busca restablecer el imperio del derecho, asegurando la protección necesaria al afectado/a. Con la regulación de esta acción también se manifiesta la importancia de la no discriminación, puesto que protege al artículo 19 N°2 que regula la igualdad ante la ley.

Por otro lado, está la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, y en su art. 2 define la discriminación arbitraria como una distinción, exclusión o restricción no justificada razonablemente, por motivos como raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, entre otros. Además, entrega una acción de no discriminación arbitraria que pueden ejercer los directamente afectados/as por una acción u omisión que signifique una discriminación arbitraria. También en el art. 2 del Código del Trabajo se fija una definición de actos de discriminación y una serie de clasificaciones sospechosas que son motivo de discriminación, que anulen o alteren la igualdad de oportunidades o trato en el empleo.

Además, está el discutido art. 102 del Código Civil, que determina al matrimonio como un contrato solamente entre un hombre y una mujer, lo que no da paso al reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país. Respecto a esto, nos referiremos al art. 12 de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, en relación con el art. 80 de la Ley 19.947, que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil. En este último artículo también se refieren al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer solamente, siendo una reiteración negativa en cuanto al matrimonio igualitario, por lo cual se han pronunciado varios fallos respecto a este tema.

Entonces, tenemos que entender por discriminación un tratamiento desigual, que distingue, limita, prefiere, restringe o excluye, basado en las llamadas categorías sospechosas, que busca menoscabar el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de un

individuo⁵. Ahora bien, ¿qué podemos entender por categoría sospechosa? Según el Tribunal Constitucional, se entiende que pertenece a un grupo que históricamente ha sido discriminado y estigmatizado por sus condiciones, que las personas no pueden cambiar, lo cual aísla a los individuos que son sujetos de discriminación, debilitando sus garantías de protección de sus derechos civiles y fundamentales⁶.

También en un voto minoritario establece que estas categorías buscan proteger a un grupo o colectividad, para igualar su condición en la sociedad, al pertenecer a estos grupos vulnerables históricamente, como el sexo, creencias religiosas, raza, orientación sexual, opiniones políticas, entre otras⁷. En esta misma línea, el TC elaboró un listado de categorías sospechosas de discriminación, que consistirían en el género, el criterio racial, las discriminaciones basadas en posiciones económicas o de poder político, la nacionalidad, y el mérito, entendido como la igualdad de oportunidades⁸.

Esto refleja un esfuerzo sistematizador por parte del TC, ya que bosqueja un catálogo más preciso de categorías sospechosas, puesto que, como indicamos, es algo de reciente data para el derecho chileno. Así es como la primera categoría denominada como sospechosa fue la nacionalidad⁹, estableciendo que exige un mayor análisis de igualdad ante la ley y prohibición de la discriminación, la cual sigue una distinción sospechosa¹⁰. Siguiendo este criterio, también ha agregado e interpretado otras categorías, como la de condición social, fortuna o estirpe¹¹.

Además, para reconocer a estos grupos que se consideran como categoría sospechosa, se debe considerar que el grupo tenga, primero, un carácter reconocible, identificables por personas que no pertenezcan a él, como la raza. Segundo, que sea un grupo históricamente desaventajado, siendo privados del goce y ejercicio de sus derechos, debido a características como el género. Tercero, debe carecer de influencia política, de forma que se les haga difícil organizarse con otros agentes políticos. Cuarto, debe definirse por un rasgo o condición que

⁵ GAUCHÉ, 2014, p. 16.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 30.12.2014, rol 2681-14.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 28.06.2012, rol 2231-12.

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 21.06.2016, rol 2838-15.

⁹ DÍAZ DE VALDÉS, 2018, p. 22.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 04.07.2013, rol 2273-12.

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 04.03.2014, rol 2456-13.

no puedan cambiar, y, por último, este rasgo debe carecer de relevancia para desenvolverse en la sociedad, puesto que representan un estigma de ciertos grupos sociales, más que reflejar la real capacidad de sus miembros¹².

Con estas características de los grupos pertenecientes a categorías sospechosas, se puede hacer más simple la tarea de reconocerlos y entender cuál ha sido su desventaja histórica, para luego conocer sus manifestaciones a través de diversos movimientos sociales en la lucha por sus derechos, tales como el movimiento feminista, o el movimiento LGBTQ+. Esta búsqueda por ejercer plenamente sus derechos no se ha visto exenta de problemas, puesto que ha sido muy difícil, a través de los años, que los tribunales adopten criterios beneficiosos con estos grupos, como hemos visto, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional chileno.

¿Cómo afectan los fallos de los tribunales a las categorías sospechosas?

El enfoque del análisis será desde el punto de vista de las relaciones de derecho privado para minorías sexuales, ya que podemos ver claramente, en esta materia, un sesgo con el que falla el TC. Así, para empezar, se debe destacar el caso Atala Riffo, una jueza chilena a la que le negaron la tuición de sus hijas debido a que convivía con su pareja del mismo sexo. Esto argumentando que la convivencia le podía causar efectos a las niñas en su desarrollo psíquico y emocional, además de una confusión de los roles sexuales, por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino, teniendo un reemplazo del género femenino. Entonces, se generaría una situación de riesgo para el desarrollo de las hijas, con consecuencias que incluso podían tornarse irreversibles¹³.

Es así como la jueza Karen Atala llevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual falló a su favor. De esta forma, se declaró responsable al Estado chileno por violación del derecho a la igualdad y no discriminación, establecido en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos humanos. También se fijaron una serie de reparaciones para las víctimas, siendo la primera vez en que la Corte utilizó el criterio de categoría sospechosa, en este caso, haciendo referencia a la orientación sexual¹⁴.

¹² PONCE DE LEÓN, 2016, pp. 4-5.

¹³ CORTE SUPREMA, 31.05.2004, rol 1193-03.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 24.02.2012, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.

En otra línea, se presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 102 CC., el cual fue rechazado, puesto que el TC declaró que la materia del matrimonio, basada en la unión entre un hombre y una mujer, no era de su competencia, ya que se encuentra regulada en la Ley 19.947 de Matrimonio Civil¹⁵. Esto se ha entendido como un no pronunciamiento sobre el fondo de la litis, y también se puede notar, en los votos minoritarios, una conexión entre el matrimonio homosexual con los matrimonios interraciales. Así se demuestra la tendencia del TC de que, en sus fallos relacionados con las categorías sospechosas, los votos minoritarios o disidentes utilizan el término para argumentar sus votos¹⁶.

Siguiendo este criterio, se presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 365 del Código Penal, que tipifica como delito un acto sexual entre personas de su mismo sexo, donde una sea menor de 18 años, no existiendo el delito de violación o estupro. Aquí, la parte requirente opina que se han vulnerado garantías como la igualdad ante la ley, ya que solo sanciona cuando el sujeto activo es un hombre mayor de edad, no si fuese una mujer o un menor entre 18 y 14 años. Aun así, el tribunal rechazó la inaplicabilidad, basado en que este precepto fundamenta los principios de interés superior del niño y de protección especial, asegurando que el consentimiento del menor no tiene el mismo alcance que el de un adulto. Esto último debido a que el varón no tendría claro los efectos, incluso físicos, que puede generar¹⁷, de forma que siguió su criterio que ya había establecido anteriormente.

Puede decirse que, a pesar del trato discriminatorio que han sufrido las minorías sexuales a lo largo de los años, no se ha realizado un gran cambio en el pensamiento de nuestro órgano constitucional. De esta forma, se han validado preceptos que atentan contra la libertad sexual de personas homosexuales, libertad con la que sí cuentan las personas heterosexuales, lo mismo en materias de matrimonio o adopción homoparental, temas que en Chile se ven lejanos debido a los criterios utilizados por los tribunales.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 03.11.2011, rol 1881-10.

¹⁶ ÍÑIGUEZ, 2014, pp. 509-512.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 04.01.2011, rol 1683-10.

También notamos esta línea que sigue el TC en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del N°4 del art. 54 de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil, que establece como causal de divorcio culpable incurrir en conducta homosexual. Así, para el actor del requerimiento, este precepto establece una discriminación arbitraria basada en la orientación sexual, que carece de justificación razonable. A pesar de sus argumentos, fue rechazado, ya que se considera como una transgresión grave al deber de fidelidad del matrimonio incurrir en esta conducta, mientras que en los votos minoritarios encontramos consideraciones de que esta causal sí resultaba abiertamente desproporcionada en consideración con el resto de las causales¹⁸.

Respecto a estas discusiones actualmente, el TC rechazó una acción de inaplicabilidad relacionada con el matrimonio igualitario, que buscaba declarar la inconstitucionalidad del art. 12 inc. final de la Ley 20.830, y el art. 80 inc. 1 de la Ley 19.947, que limitan en Chile el reconocimiento de matrimonios homosexuales consagrados en el extranjero. Esta decisión de rechazarla no es una idea nueva, pero causó controversia debido a que señala que acoger este requerimiento, o sea, reconocer el matrimonio igualitario de las requirentes, era discriminatorio. Para esto se basan en que atenta contra el orden público matrimonial, pudiendo conducir incluso a vínculos intolerables, como el matrimonio polígamo, o abriendo la puerta al matrimonio de niños, como en los países africanos, o las bodas masivas de parejas, celebradas en la secta Moon, por ejemplo.¹⁹

Unos días después, y en total contraposición con la línea jurisprudencial seguida por el TC, un histórico fallo ordenó al Registro Civil a inscribir a un niño como hijo de dos mujeres, de forma que se reconoce legalmente a su familia. Se argumentó que el Estado tiene el deber fundamental de otorgar protección a todas las formas de familia, y no reconocer a ambas como las madres atenta contra la igualdad ante la ley, desde dos perspectivas. Primero, al privar al menor del reconocimiento de sus derechos, y segundo, por parte de la demandada, al no poder reconocer legalmente a su hijo, siendo que las dos participaron conjuntamente en el proceso de reproducción asistida²⁰.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 10.04.2014, rol 2435-12.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 04.06.2020, rol 7774-19.

²⁰ SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE FAMILIA DE SANTIAGO, 08.06.2020, rol reservado.

Esto fue entendido como un avance enorme en materia de reconocimiento de derechos a una familia lesbomaternal, lo cual da paso a que más órganos jurisdiccionales vayan tomando criterios que beneficien y otorguen derechos a las minorías sexuales, que durante muchos años se han visto dejadas de lado, sin un reconocimiento expreso de sus derechos.

Reflexión final

Hace menos de diez años se consideraba que esta materia de las categorías sospechosas de discriminación había tenido un escaso avance y desarrollo jurisprudencial en Chile, pero podemos ver que durante estos últimos años se ha incrementado la importancia a este tema. Así, el razonamiento jurídico y doctrinario chileno va enfocado en seguir el sentido establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²¹. Debido a esto, se espera un avance de los fallos de los tribunales en relación con garantizar un real reconocimiento de derechos a grupos que forman parte de las categorías sospechosas de discriminación.

Aun así, todavía se refleja un TC renuente a avanzar en materia de derechos, puesto que, debido a la falta de criterios de pertenencia a estos grupos históricamente desaventajados, se pueden provocar grandes dificultades al establecer qué situaciones constituyen discriminación. Esto porque admite acciones basadas en prejuicios o estigmas, los cuales son contrarios al principio de dignidad humana²². Entonces, a pesar de la existente y variada doctrina en favor del progreso en esta materia, no se ha evidenciado un criterio verdaderamente significativo.

De esta forma, vemos que los fallos del TC han afectado de manera negativa a estas minorías sexuales, las cuales tienen que seguir luchando por conseguir un verdadero reconocimiento en la sociedad, que no quede solo en algo material, sino en lo normativo, asegurándoles derechos de la misma forma que a todas las personas. Esto ha traído como consecuencia una cantidad considerable de fallos que dejan atrás a los grupos minoritarios, en este caso, a las minorías sexuales, en relación con sus derechos de libertad sexual o en el reconocimiento del

²¹ DÍAZ, 2013, p. 647.

²² ESPARZA, 2019, p. 33.

matrimonio igualitario, basándose en una concepción tradicional de la familia, entendida como la unión entre un hombre y una mujer.

Claramente, la sociedad ha cambiado, y en muchos países existe una legislación moderna al respecto, con una visión actualizada de lo que realmente puede significar familia, algo que hace solo semanas se ha visto nuevamente negado en Chile. En relación con esto, no deja de sorprender el fallo histórico comentado acerca del reconocimiento a un menor de sus dos mamás²³, lo que demuestra un gran paso en esta materia, que se espera pronto adopten los demás tribunales, en especial, el Tribunal Constitucional.

Historia del derecho

Un punto importante para esta investigación es conocer cómo surgieron las diferentes fuentes que incorporan estas categorías sospechosas de discriminación como sujetos de protección por el ordenamiento jurídico. Por eso, es importante exponer el desarrollo del sistema jurídico chileno en cuanto a su legislación, partiendo por entender el contexto histórico en el que se encontraba el país al momento de crear las normas jurídicas que enunciamos en la primera sección del trabajo. De esta forma, se buscará comprenderlas basadas en sus presupuestos históricos, lo que ayudaría a aclarar qué se buscaba regular con dicha ley o norma, dando a entender las razones morales o éticas del legislador al crearla²⁴.

Para esto, es menester retroceder al siglo XIX, en el cual fue publicado en 1855 el Código Civil chileno, que entró en vigor en 1857. El encargado de su elaboración fue Andrés Bello, el cual se basó, para algunas materias, en el Código Civil de Napoleón, además de las Siete Partidas de Alfonso X²⁵. Con relación al tema que tratamos, en el Mensaje del Código Civil encontramos ideas sobre el contexto histórico en el cual estaba el país, partiendo por explicar que la autoridad eclesiástica validará los matrimonios, los que claramente, por el carácter conservador de la Iglesia, no podrían haberse imaginado siquiera entre personas del mismo sexo. Por otro lado, también el mismo Mensaje dice que ha mejorado la suerte de la mujer en cuanto al aspecto de sus bienes en el matrimonio en aquella época. Esto último se puede entender ya como un reconocimiento a la desventaja de la mujer a lo largo de la historia.

²³ SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE FAMILIA DE SANTIAGO, 08.06.2020, rol reservado.

²⁴ COING, 1982, p. 255.

²⁵ CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES DE CHILE, s/f.

A medida que la sociedad fue cambiando con el paso de los años, el Código se tuvo que ir adaptando a los nuevos pensamientos, por lo que ha tenido varias reformas. Las más importantes para nuestro tema serían las que suprimen algunas incapacidades debido al sexo de la persona, en la cual la mujer se ve desfavorecida en comparación al hombre para algunos efectos civiles. Es así como no podía ser tutora curadora o testigo en un testamento solemne otorgado en Chile, fundado básicamente en las razones históricas que no reconocían a la mujer como una persona capaz, pero el Decreto Ley 328, abolió estas incapacidades²⁶. Este fue un primer paso para que luego existan más reformas que eliminen estas diferencias, algunas de las cuales siguen existiendo hasta hoy. Un ejemplo de esto es el artículo 1750 del Código Civil, que establece limitaciones a la mujer casada en sociedad conyugal respecto de la administración de sus bienes.

En cuanto al matrimonio, según el artículo 102 del CC., es la unión entre un hombre y una mujer, demostrando una concepción tradicional de familia. Esta institución hasta fines del siglo XIX en Chile estuvo a cargo de la Iglesia Católica, razón por la cual se ha negado el matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo. Pero con los años, se han ido creando varios movimientos sociales para defender los derechos de diversidades sexuales en muchos países. En Chile tenemos el Movilh (Movimiento de Integración y Liberación Homosexual), Fundación Iguales, MUMS (Movimiento por la Diversidad Sexual), Mogalet, OTD Chile (Organizando Trans Diversidades), Red LesboFeminista y Fundación Todo Mejora, entre otros.

Estas organizaciones han luchado incansablemente por el reconocimiento de los derechos cívicos y la antidiscriminación del colectivo LGBTQ+, convocando a masivas marchas para mostrar que cada vez son más personas las que exigen igualdad y no más discriminación para las diversidades sexuales²⁷. Es así como también han existido, impulsado por estos mismos grupos, distintos proyectos de ley que tienen como objetivo reformar el Código Civil y su artículo 102, para cambiar la frase “entre un hombre y una mujer” por “entre dos personas”, pero varias veces se han visto desestimados.

²⁶ TAVOLARI, 2010, p. 88.

²⁷ CNN, 2019.

Actualmente está el Proyecto de Ley 11422-07 para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, presentado por Mensaje de la expresidenta Michelle Bachelet el 05 de septiembre de 2017 en el Senado. Este proyecto actualmente sigue en el primer trámite constitucional del Senado, y tuvo su última revisión el 11 de mayo de 2020, con la discusión del boletín de indicaciones. Este mismo proyecto busca eliminar el artículo 80 de la Ley 19.947, que reitera el matrimonio como la unión solo entre un hombre y una mujer, negando este derecho a las parejas del mismo sexo.

Hay que recordar que la Ley 19.947 introdujo una nueva regulación del matrimonio civil, permitiendo el divorcio, por lo que fue altamente debatida durante largos 9 años, ya que el proyecto fue presentado el 28 de noviembre de 1995, y fue publicada el 17 de mayo de 2004. Esta dilatación del proyecto se dio debido a las grandes presiones del mundo católico y su preocupación de que no se destruyera el núcleo fundamental de la sociedad: la familia, haciendo propagandas para no votar por los parlamentarios/as que votaran a favor del proyecto²⁸. Así, entidades como Acción Familia buscaban preservar los principios cristianos de la familia chilena, siendo muy tajantes en el rechazo al divorcio.

Un paso más que se dio fue la publicación el 21 de abril de 2015 de la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, que reconoce las uniones afectivas en convivencia, incluyendo a parejas del mismo sexo. De esta forma, gozan de la titularidad de derechos patrimoniales, aceptando su vida afectiva con carácter estable y permanente. Con esto podemos concluir que de a poco se ha ido avanzando en materias de igualdad de derechos para minorías sexuales, pero de forma muy lenta, tanto en lo expuesto como en otros temas acerca de la adopción homoparental, por ejemplo.

Pero en otros aspectos, relacionados con la no discriminación propiamente tal, nos remitiremos al Código Penal, que fue promulgado en 1874, teniendo varias de sus disposiciones originales vigentes hasta hoy en día, cargadas de las creencias de la época. Respecto a las normas que nos interesan, es importante decir que recién hasta 1999 se despenalizaron las relaciones homosexuales entre hombres, aun existiendo consentimiento y en espacios privados. Esta discusión tampoco estuvo exenta de polémicas, ya que fue promocionada por el Movilh, pero existió una gran resistencia a la despenalización de la

²⁸ El Mostrador, 2004.

sodomía por parte de algunos parlamentarios más conservadores, que acusaban esta conducta como algo anormal y antinatural²⁹.

A pesar de esto, se logró llevar a cabo la despenalización, lo que puede verse como un gran avance, pero la verdad es que ese mismo artículo 365 sigue vigente, penalizando las relaciones sexuales entre hombres menores de edad, sin que se den los supuestos de violación o estupro, o sea, existiendo un consentimiento válido por parte de los hombres. Así, el Código distingue entre el consentimiento sexual de parejas heterosexuales y parejas homosexuales, ya que para las primeras sería de 14 años, mientras que, para las segundas es de 18 años, sin que exista una razón real o un bien jurídico afectado. Esto solo se puede tomar como una discriminación arbitraria en relación con la orientación sexual de los hombres, en este caso.

Actualmente, existe un proyecto de ley presentado el 6 de julio de 2020 para derogar este artículo 365 del Código Penal, con el fin de terminar con la discriminación y criminalización de las relaciones homosexuales, que recién está en su primer trámite constitucional. Para el Movilh, esta norma se considera un resabio de la penalización a la homosexualidad en la época de dictación del Código Penal, que solo lo hace en consideración a las relaciones homosexuales como delito, dañando a jóvenes homosexuales y bisexuales. De esta forma, se evidencia el por qué Chile figura en los últimos puestos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre el respeto a los derechos humanos de personas LGBTQ+³⁰.

También tenemos la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, llamada también la “Ley Zamudio”, que señala más de 15 categorías sospechosas de discriminación, entre ellas la identidad de género u orientación sexual. Esta ley busca instaurar un mecanismo judicial para restablecer el imperio del derecho frente a un acto de discriminación. El proyecto de esta ley ingresó a tramitación el año 2005, pero se vio estancado durante varios años por los distintos intentos de ciertos sectores parlamentarios de eliminar a las minorías sexuales de la norma, pero el año 2012 tuvo un aceleramiento debido al caso de Daniel Zamudio.

²⁹ YÁÑEZ, 2019.

³⁰ Movilh, 2020.

Este joven fue agredido el 4 de marzo de 2012 en Santiago por un grupo de neonazis, que marcaron su cuerpo con esvásticas, entre otras cosas, debido a su condición homosexual. Así es como queda gravemente herido, por lo que es hospitalizado, pero lamentablemente fallece el 27 de marzo de 2012³¹. A raíz de esto y de la presión por parte del Movilh junto a la sociedad en general, el Gobierno le otorgó suma urgencia al proyecto, que finalmente fue publicado el 24 de julio de 2012, conociéndose como ley Zamudio, en memoria de Daniel.

En cuanto a otras regulaciones contra la discriminación, también hablamos del Código del Trabajo, publicado en 1931, que refunde en un único texto las regulaciones laborales que existían hasta la época. Las primeras leyes laborales se debían a la presión de movimientos sociales de obreros y obreras, existiendo desde 1907 distintas legislaciones al respecto, que terminaron siendo sistematizadas en el Código³². Así, en su artículo 2 establece en qué consisten los actos de discriminación, basados en una serie de categorías, como la orientación sexual o identidad de género, que alteren la igualdad de oportunidades o trato en el empleo y ocupación.

Relacionado con esto, se debe hacer alusión a la Constitución Política de la República, que surgió en el contexto de la dictadura militar, después del Golpe de Estado de 1973 en el país. Entonces, la Junta Militar, al atribuirse la potestad constituyente, interviene en la creación de esta Carta Fundamental, redactada por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (o Comisión Ortúzar)³³. Finalmente, la Constitución fue aprobada en 1980 a través de un plebiscito realizado el 11 de septiembre, y luego entró en vigor el 11 de marzo de 1981.

La Carta Fundamental establece dos artículos importantes sobre el tema de la no discriminación, que ya nombramos. Primero, el artículo 19 N°2 que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, además de establecer que no existen diferencias según el sexo, siendo hombres y mujeres iguales ante la ley. Luego, el artículo 20 establece la acción de protección, que la puede ejercer el que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra afectaciones en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías de ciertos numerales del artículo 19, entre ellos el numeral 2, de la no discriminación.

³¹ COOPERATIVA, 2012.

³² MEMORIA CHILENA, S/F.

³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, S/F.

El origen de esta acción lo encontramos en los fines protectores de los tribunales de justicia, pero fue establecida por primera vez en un Acta Constitucional de 1976³⁴. Se entiende que busca restablecer el imperio del derecho, asegurando la debida protección del afectado/a, constituyendo un importante mecanismo de protección relevante para las personas y sus derechos, protegidos por este artículo 20 de la Constitución.

Reflexión final

Con esto, podemos notar que, con el paso del tiempo, junto a los cambios y evolución de la sociedad, se ha ido reconociendo lentamente los derechos a grupos históricamente desaventajados, como las mujeres o diversidades sexuales. De esta manera, se fueron creando distintos mecanismos de protección para asegurar la efectividad de estos derechos. Para esto han influido de manera muy importante los movimientos sociales que existen, diversos colectivos a lo largo del país que llaman a masivas marchas representando los intereses de estos grupos.

Claramente, esta lucha por el reconocimiento de sus derechos no se ha visto exento de obstáculos, ya que sigue existiendo en Chile gran parte de una sociedad conservadora, representados por parlamentarios/as que ponen trabas a distintos proyectos como nombramos, dilatando su tramitación. Para esto se justifican en argumentos religiosos, siendo un reflejo de la sociedad en el siglo XIX, en la cual se dictaron tanto el Código Civil como el Código Penal, a pesar de que ya hayan pasado más de 100 años desde aquello. Tampoco ayuda el hecho de que sigan existiendo normas que constituyen una discriminación arbitraria para ciertos grupos y no se hayan derogado, lo que solo evidencia que el cambio de pensamiento en la sociedad aun es insuficiente.

Por otro lado, también existe en la jurisprudencia de los tribunales, específicamente el Tribunal Constitucional, una posición definida, entendiendo a la heterosexualidad como la norma general en su jurisprudencia³⁵. Esto lo vemos reflejado en la jurisprudencia citada en la sección anterior, donde encontramos reiteradas negativas al matrimonio igualitario por parte del TC, por ejemplo. Así, notamos que, a pesar de los mecanismos de protección y la evolución de la sociedad, no ha sido suficiente, ya que, si los distintos órganos judiciales

³⁴ NAVARRO, 2012, pp. 1-2.

³⁵ ZÚÑIGA, 2020.

siguen fallando en contra de los derechos de estos grupos históricamente desaventajados no existe una protección real, por lo que todavía queda mucho por avanzar en el país.

Derecho comparado

Otro punto importante es lo que sucede en otros países, lo que nos lleva a este apartado de derecho comparado. Se darán a conocer tres ordenamientos jurídicos extranjeros, buscando comparar entre ellos su legislación, jurisprudencia y doctrina. Con esto, se busca llegar a la individualización de reglas o principios que sean comunes al patrimonio de varios ordenamientos³⁶ en relación con las categorías sospechosas de discriminación.

Estados Unidos

En este país se reconoce el concepto de categoría sospechosa de discriminación en la jurisprudencia elaborada por su Corte Suprema. De esta manera, la primera vez que fue utilizado es en *United States v. Carolene Products*, de la Corte Suprema. Este caso trataba sobre la aplicación de una ley federal que prohibía el transporte interestatal de leche reconstituida por motivos de salubridad pública. Lo importante es que en el fallo la Corte afirmó que tener un prejuicio contra minorías reconocibles e insulares limita el funcionamiento de los procesos políticos que las protegen, necesitando una mayor supervisión judicial³⁷. Esto lo podemos entender como un reconocimiento a grupos que pertenecen a categorías sospechosas de discriminación.

Ahora, en cuanto al matrimonio igualitario, existen varios fallos relevantes, pero se hará referencia a uno de los más actuales. De esta forma, hay que señalar que en Estados Unidos el matrimonio igualitario se reconoce en todos los Estados, desde el fallo del caso *Obergefell v. Hodges* de la Corte Suprema de Estados Unidos. Se trata de la historia de James Obergefell y John Arthur, que fueron pareja desde mediados de los años noventa. John se enfermó de esclerosis lateral amiotrófica, por lo que decidieron casarse, pero en el estado de Ohio no se permitía a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio³⁸.

³⁶ PIZZORUSSO, 1987, p. 83.

³⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 25.04.1938, *United States v. Carolene Products*.

³⁸ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 26.06.2015, *Obergefell v. Hodges*.

Debido a esto, decidieron viajar al estado de Maryland para casarse, y tres meses después muere John Arthur por su enfermedad. James solicitó al estado de Ohio, donde residía, que le reconozcan su calidad de cónyuge sobreviviente en el certificado de defunción de John. Esto le fue negado por el Estado, mediante el Departamento de Salud, lo que llevó al pronunciamiento de la Corte Suprema en 2015, de *Obergefell v. Hodges*, el director del Departamento de Salud de Ohio³⁹. Así, la Corte el 26 de junio de 2015 declaró que todos los Estados tienen la obligación de conceder las licencias de matrimonio a parejas del mismo sexo, o sea el matrimonio igualitario, a raíz de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución. Claramente, no fue una decisión unánime, pero sí mayoritaria: fue de cinco votos a favor vs. cuatro votos en contra. Los temas centrales de la sentencia eran dos, primero si el matrimonio entre parejas del mismo sexo debía ser autorizada previamente por los agentes del Estado en que se solicita. El segundo era si bajo la Decimocuarta Enmienda un matrimonio entre parejas del mismo sexo podía ser reconocido por un estado que no establece en sus leyes civiles ese derecho. Esto último cuando el matrimonio fue autorizado y celebrado en otro estado que sí otorga el derecho, lo que pasó concretamente en esta situación⁴⁰.

Así, esta sentencia vino a crear un nuevo derecho que no existía, fundamentado en la nombrada Decimocuarta Enmienda, que ampara la no privación de la vida, libertad o propiedad de ninguna persona, si no es mediante un debido proceso. Además, establece el derecho de no denegar una protección igualitaria de los derechos a ninguna persona⁴¹. De esta forma, son cuatro los puntos clave en este fallo que llevan a reconocer el derecho de las parejas de mismo sexo a casarse.

El primer punto es la consideración de la libertad y autonomía individual, comprendiendo al matrimonio dentro de esta esfera, independiente de la orientación sexual de la persona. El segundo, es que el matrimonio se considera la unión de dos personas, siendo la única institución que lo entiende de ese modo. Relacionado con esto, el tercero radica en el efecto de amparo a la familia, incluyendo hijos/as, siendo su estatuto protector. Y, por último,

³⁹ GUERRA, 2018, p. 119.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 26.06.2015, *Obergefell v. Hodges*.

⁴¹ *Ídem*.

también se le entiende como factor importante del orden social, exhibiendo el progreso de la civilización⁴².

Entonces, la Corte sincretiza entre ambas garantías de la Decimocuarta Enmienda, de forma que negar un derecho que se debería reconocer a distintos grupos de personas, identificados por orientación sexual, produce una privación de libertades. Así, el estatuto contrario a la igual protección a la ley, en este caso el del Estado de Ohio, se considera atentatorio contra el ejercicio de una libertad que no se puede negar a una persona sin un debido proceso, como el matrimonio igualitario⁴³. Con esto, se da a entender que la Decimocuarta Enmienda de Estados Unidos, que comprende el derecho fundamental del matrimonio, incluye a parejas del mismo sexo, dando un gran paso para los derechos del colectivo LGBTQ+ en su país.

España

Este país fue el tercero a nivel mundial en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, mediante la Ley 13/2005, que modifica el Código Civil respecto del derecho a contraer matrimonio. Existió una fuerte oposición de parte de la Iglesia Católica a este derecho, pero de todas formas se logró promulgar, siendo un avance muy grande para los derechos civiles de las diversidades sexuales.

Así, esta Ley modifica el Código Civil español respecto al derecho a contraer matrimonio. De esta forma, agrega un segundo párrafo a su artículo 44, que establece que el matrimonio tiene los requisitos y efectos cuando las parejas sean del mismo sexo. Además, sustituye expresiones como “marido y mujer” por “cónyuges”, “padre y madre” por “progenitores”. Con esta reforma, se permite que dos hombres o dos mujeres pueden contraer matrimonio de la misma forma que lo puede contraer una pareja heterosexual. También se extiende a materias relacionadas con esta institución como el derecho sucesorio, efectos tributarios, divorcio, etc.

Ahora, algo importante de mencionar es la sentencia de 198/2012, del 6 de noviembre de 2012 del Tribunal Constitucional español. Este fallo establece que la reforma hecha por la Ley 13/2005 al Código Civil sí es conforme a la Constitución Política española, por parte de

⁴² GUERRA, 2018, PP. 130-131.

⁴³ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 26.06.2015, *Obergefell v. Hodges*.

7 magistrados de los 12 que integran el TC español⁴⁴. Es necesario explicar que esto se dio por un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 71 Diputados del Grupo Popular del Congreso, contra la Ley 13/2005 que modifica el Código Civil, por considerarla contraria al artículo 32 de la Constitución española. Este artículo establece el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer con plena igualdad jurídica, estando regulado por la ley sus formas, como la edad y capacidad.

Entonces, los diputados alegaron que esta ley era realmente una reforma a la Constitución, de forma que se vulneraba el carácter institucional entregado a la figura del matrimonio. Además, argumentaban que equiparar los derechos entre parejas del mismo sexo con parejas heterosexuales iría en contra del principio de igualdad, puesto que cada una tiene realidades diferentes, mereciendo un trato distinto. Respecto a esto, el Tribunal indica que no sería una reforma al contenido esencial del matrimonio, interpretando evolutivamente la Constitución, en base al derecho comparado, doctrina y jurisprudencia de órganos internacionales. Entonces, por este carácter evolutivo de la Constitución, se debe amoldar a la realidad actual de la sociedad. Así, establece que sería una innovación en la forma de ejercer este derecho individual, más que una extensión de sus titulares⁴⁵.

Ahora bien, es necesario referirse a la garantía institucional, que es una protección objetiva y subjetiva. Es objetiva al garantizar que el legislador no puede suprimir ni vaciar lo esencial de una institución. Por otro lado, es subjetiva, puesto que así mismo garantiza a la ciudadanía que un derecho reconocido no queda eliminado por el legislador. Con esto, la reforma hecha mantiene al matrimonio en términos reconocibles, sin afectar de forma esencial su naturaleza jurídica, ya que los intereses jurídicos en cuestión están protegidos. De esta forma, no existe una modificación material como señalaba el recurso de inconstitucionalidad⁴⁶.

Entonces, todo este razonamiento llevó a desechar el recurso, puesto que la reforma garantiza la igualdad de derechos de las personas, en este caso, del colectivo LGBTQ+, un grupo históricamente desaventajado que constituye una categoría sospechosa de discriminación.

Argentina

⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, 6.11.2012, sentencia 198/2012.

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ VILLANUEVA, 2014, pp. 5-6.

En este país el matrimonio igualitario es legal desde julio de 2010, con la Ley Nacional N° 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario), siendo el primero en América Latina en reconocerlo. Así, se modificó el Código Civil argentino, estableciendo que el matrimonio contará con los mismos requisitos y efectos para parejas homosexuales como heterosexuales. Después, en el año 2015 entró en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, que establece en su artículo 402 el matrimonio igualitario. Aquí se indica que las normas no pueden interpretarse o aplicarse de forma que limiten, restrinjan, excluyan o supriman la igualdad de derechos de integrantes del matrimonio, constituido por dos personas de igual o distinto sexo. Con esto, se entiende que esta institución aplica para todas las uniones, sin distinción por orientación sexual de las personas.

A pesar de este gran avance, no han dejado de darse episodios de discriminación a personas según su orientación sexual. Con esto nos remitimos al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H. “PDN”, con fecha 16 de diciembre de 2016, por la Causa N°35876/2014. Sucedió que un hombre reservó una habitación en un hotel, pagando la totalidad de la tarifa, pero al presentarse en el lugar con otro hombre le prohibieron ingresar. Debido a esto, inicia una acción de daños y perjuicios, a la que le da lugar el juzgado de primera instancia. Contra esta resolución, se interpusieron recursos de apelación por ambas partes⁴⁷.

En relación con el tema de discusión, la Cámara afirma que a partir de la ley 26.618, junto con la ratificación del país de instrumentos de derecho humanos, no existe espacio para justificar decisiones que sean discriminaciones fundadas en la orientación sexual de las personas. Además, establece que lo que le ocurrió al actor de la acción encaja con las minorías que necesitan una protección especial, siendo una categoría sospechosa de discriminación, como hemos indicado. Finalmente, establecen multas para la demandada, siendo un instrumento para eliminar prácticas que atenten contra la dignidad del consumidor, en este caso el demandante. Aparte, refuerza la idea de que la multa debe ser severa, porque si no lo es solo legitimaría las conductas que se reprochan⁴⁸.

⁴⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, 16.12.2016, causa n°35876/2014.

⁴⁸ *Ídem*.

De esta forma, la legislación argentina fue producto de una larga lucha contra la discriminación existente hacia la comunidad LGBTQ+. Aquí es relevante destacar la importancia que tuvieron organizaciones sociales como la Federación Argentina LGBT, mediante campañas y marchas por el reconocimiento de derechos a estos grupos. Entonces, no se debe olvidar el impulso al debate judicial que lograron estos colectivos en lo relacionado a esta ley de matrimonio igualitario⁴⁹ en el país.

Reflexión final

Con todo lo expuesto de estos tres ordenamientos jurídicos distintos, es relevante destacar la importancia que han tenido los movimientos sociales a la hora de impulsar distintos proyectos legislativos. Como vimos, no solo en Chile, sino también en los países nombrados: Argentina, Estados Unidos y España. Además, ayudan visibilizando los problemas y realidades que viven estos grupos de diversidades sexuales, como la discriminación en distintos aspectos de su vida. Entonces, los ejemplos de estos países han impulsado a otros a legislar acerca del matrimonio igualitario, siendo cada vez más los que reconocen este derecho. Con esto, se avanza en la búsqueda de igualdad por parte de los grupos de categorías sospechosas de discriminación.

Con esta comparación podemos notar que Chile se encuentra bastante atrasado en cuanto a la protección igualitaria a grupos pertenecientes a una categoría sospechosa de discriminación. A pesar de que existen distintos proyectos por alcanzar una real igualdad en los derechos civiles de estos colectivos, no se les otorga una verdadera importancia legislativa. Aparte, aunque exista una protección jurídica, es necesario que sea efectiva, y que no quede solo en el texto legal.

Con esto, se requiere un cambio en el pensamiento del legislador en general, además de más disposición legislativa de los sectores políticos que se oponen a estos proyectos en forma constante. También es necesario la modificación de criterios tradicionales en la jurisprudencia de los tribunales, como la del Tribunal Constitucional. De esta manera, se iría avanzando a una reforma progresista en cuanto a estos derechos que típicamente se reconocen desde un punto de vista tradicional, sin tomar en cuenta la evolución de la sociedad.

⁴⁹ MASSENZIO Y RACHID, 2015, p. 27.

Por esto, un cambio en el criterio de todos los tribunales chilenos, en conjunto con la aprobación de los proyectos legislativos nombrados, sería un gran avance para estos colectivos. Además, se demuestra que realmente la presión ejercida por diversos movimientos sociales ha ayudado a cambiar de a poco el pensamiento tradicional de familia, siendo más progresistas en su significado. Pero, aun así, no solo se les deben asegurar derechos civiles a grupos pertenecientes a categorías sospechosas de discriminación. Esto debido a que existen números preocupantes en cuanto a homofobia y transfobia, teniendo actualmente las cifras más altas en la historia de Chile, lo que incluye asesinatos, agresiones físicas o verbales, movilizaciones de odio, entre otros⁵⁰, evidenciando la necesidad de protección jurídica para las agresiones contra estos colectivos.

Así, se entiende que todavía existe una preocupante discriminación hacia estos grupos históricamente desaventajados, y que en Chile está muy vigente. Por eso resulta sumamente importante seguir implementando discusiones políticas acerca de una real y eficaz protección hacia ellos. Para ello, deberían considerar los ejemplos que existen en el derecho comparado, que demuestran que la igualdad jurídica para colectivos desfavorecidos resulta más importante que las presiones políticas o sociales conservadoras que existan en el país.

Estudios críticos

El problema de la discriminación a grupos minoritarios no se trata solo de una cuestión jurídica, puesto que también se puede revisar desde otras perspectivas. Así, nos enfocaremos en los estudios psicológicos acerca de las categorías sospechosas de discriminación. Para esto, es importante recordar que una de las características principales de estos grupos es que han sido históricamente desaventajados, siendo los ejemplos más claros el género y la orientación sexual de las personas.

De esta forma, se ha dicho que la base principal de la discriminación está en los estereotipos, que son ideas o percepciones que se tiene de personas que pertenecen a un grupo determinado. Entonces, al realizar una valoración negativa de un grupo basado en un estereotipo acerca de él, se genera un prejuicio, con el cual otros individuos pueden actuar de una manera concreta con la persona juzgada previamente, lo que crea la discriminación. Al

⁵⁰ Movilh, 2020.

estudiar a las personas que discriminan a minorías sexuales se identifica que poseen ideas políticas conservadoras, pertenecen a un culto religioso, también tienen actitudes negativas hacia la mujer, estando de acuerdo con los roles de género y el concepto de masculinidad⁵¹.

Desde este punto de vista, como se presentó en el estudio de la evolución histórica del derecho en Chile, se reconocen muchas ideas tradicionales acerca del concepto de familia, por ejemplo. Además, estas nociones conservadoras que existen desde el siglo XIX en Chile, se han mantenido hasta la actualidad, donde todavía se discute la aprobación o no del matrimonio igualitario, a pesar de los ejemplos de otros países, donde es un tema regulado hace tiempo.

Otro punto importante que demuestra lo contingente de esta discusión es que en Chile la discriminación hacia minorías sexuales va en aumento, siendo el año 2019 de un 58%, la cifra más alta en la historia de Chile⁵². Por lo mismo se catalogó como el año más violento para lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI), existiendo una gran cantidad de denuncias por homofobia y transfobia. Esto demuestra que no se ha realizado una real evolución en cuanto a ser una sociedad más igualitaria que esté en contra de la discriminación de estos grupos, sino al contrario, se da cuenta de una sociedad altamente homofóbica.

Entonces, para comprender el concepto de homofobia, se hará un análisis desde el punto de vista psicológico. La homosexualidad se consideraba una enfermedad mental para la Asociación Americana de Psicología, hasta que en 1973 se eliminó de esta clasificación. A pesar de esto, y de todos los movimientos sociales que han luchado por la defensa de los derechos de minorías sexuales, la discriminación contra estos grupos es algo que persiste, ya sea mediante religiones y sus concepciones tradicionales, o mediante leyes. Pero hubo un cambio de enfoque, y se dejó de estudiar la cura o causas de la homosexualidad por parte de la psicología, y se creó un nuevo objetivo: reducir la homofobia protegiendo los derechos humanos de minorías sexuales⁵³.

⁵¹ TORO-ALFONSO, 2012, pp. 71-72.

⁵² Movilh, 2020.

⁵³ GARRIDO Y MORALES, 2014, p. 91.

Este primer cambio de paradigma en el área psicológica llevó a estudiar las posibles causas de la homofobia, que parte de la base de ser un problema de mentalidad. Así, se define a la homofobia como una actitud negativa hacia las relaciones entre personas del mismo sexo, basada en los estereotipos y prejuicios creados en la sociedad. Esto claramente obstaculiza el pleno goce de los derechos fundamentales que todas las personas poseen, en este caso debido a su orientación sexual, ya que se ven distintos tipos de agresión al grupo LGBTQ+, que van desde insultos verbales hasta asesinatos. Estos crímenes de odio están provocados por los sentimientos negativos y prejuicios creados por la sociedad a lo largo de la historia, que discriminan esta orientación sexual “no convencional” para ellos⁵⁴, defendiendo sus concepciones tradicionales, religiosas y morales.

Así, este concepto se utilizó por primera vez en el libro *Society and the Healthy Homosexual* (1972), del psicólogo estadounidense Weinberg. Desde entonces, se han realizado diversos estudios psicológicos para comprender cuáles son las características de la homofobia. De esta forma, existe un modelo tridimensional, en el cual se indican tres componentes: primero, un estereotipo que observe a la homosexualidad como algo antinatural e inapropiado. Segundo, la existencia de un prejuicio que califique negativamente al grupo LGBTQ+, generando incomodidad, confusión o miedo ante sus integrantes. Por último, la discriminación hacia este grupo, manifestada en conductas negativas hacia personas homosexuales, como insultos o distintos tipos de agresión⁵⁵.

Algo que también han demostrado estos estudios, es que en las últimas décadas la homofobia ha tomado un papel más sutil, para así poder sobrevivir en sociedades que se han vuelto más tolerantes. Entonces, mediante la expresión aguda de estos sentimientos negativos hacia integrantes del colectivo LGBTQ+, se discrimina por considerar sus comportamientos o conductas como desadaptadas con los valores “morales”. Incluso se habla de una homofobia liberal, que permite la expresión de la homosexualidad en el ámbito privado de las personas, pero no la aceptan en la vía pública, como al observar a dos hombres o dos mujeres besarse en la calle. Lo complicado de esta forma sutil de discriminación es que muchas veces se

⁵⁴ Toro-Alfonso, 2012, p. 72.

⁵⁵ Garrido y Morales, 2014, p. 93.

realiza de manera inconsciente, por lo que es difícil de erradicar, debido a su naturaleza contradictoria⁵⁶.

Otro punto importante desde este enfoque psicológico de la homofobia y la discriminación se relaciona con otra categoría sospechosa de discriminación: el género. Esto debido a que existe la “lesbofobia”, que supone a una doble discriminación, por ser mujer y por ser lesbiana, lo que lleva a una gran invisibilización dentro de la sociedad⁵⁷. Esto se da porque normalmente no se cubren hechos relacionados con la comunidad lésbica, y tampoco se les da demasiada representación en los diversos colectivos o movimientos sociales.

Esta situación que margina a lesbianas de tener más representatividad dentro de su colectivo es algo que evidencia la desventaja histórica que recae sobre la mujer, por lo que al pertenecer a otra categoría sospechosa de discriminación tiene más probabilidades de ser doblemente discriminada, en comparación a un hombre homosexual, por ejemplo. Para esto también se han levantado distintos movimientos sociales, como la Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio, que buscan lograr una plena igualdad de derechos para lesbianas.

Por otra parte, la psicología también se ha encargado de indagar en las posibles causas de la homofobia, ya que es importante saber cómo se podría originar este proceso psicológico que lleva a una persona a tener estas actitudes negativas y agresivas hacia un colectivo en específico. Además, debido a que las conductas homofóbicas pueden llevar al homicidio de una persona, es relevante conocer esta información para estudiar formas de educar a las personas de manera más tolerante y respetuosa con las diversidades sexuales.

Así, entre los años 30 y 40 nacen teorías psicoanalíticas, que conciben al prejuicio como la consecuencia de utilizar mecanismos inconscientes de defensa para desviar posibles conflictos internos hacia minorías. Luego en los años 60 y 70, la base del prejuicio se encuentra en las interacciones intergrupales, destacando la teoría del conflicto realista, que indica que la homofobia se genera por un conflicto de intereses, entre las nociones tradicionales-conservadoras de familia en contra del matrimonio igualitario. La segunda teoría que destaca es la del aprendizaje social, que establece el origen de la homofobia en la influencia de distintas personas, como los padres, amigos/as, medios de comunicación, etc.,

⁵⁶ *Ibidem*, p. 94.

⁵⁷ Garrido y Morales, 2014, p. 94.

que intervienen en el individuo enseñándole ciertos valores o estereotipos negativos en contra de minorías sexuales⁵⁸, por ejemplo.

Desde el punto de vista sociocognitivo, se indica que la forma en que se procesa información está estructurada de manera en que pueden crear estereotipos acerca de grupos. Esto se relaciona con el sesgo de correlación ilusoria, que es un mecanismo cognitivo que genera una correlación entre pertenecer a un grupo (como categoría sospechosa de discriminación), y un atributo determinado. Un ejemplo de esto es relacionar de forma casi instantánea el VIH con homosexuales. Entonces, se integraron estas teorías, dando paso a la teoría de la identidad social, que establece la categorización de las personas en grupos distintos una forma de recalcar las diferencias, creando un favoritismo por cierto grupo en menoscabo de otro (como heterosexuales por sobre homosexuales). Esto se apoya además por estereotipos que generan la creencia en la superioridad de este grupo dominante, justificando las agresiones al grupo desaventajado⁵⁹.

Ahora bien, al tener certeza de las posibles causas de la homofobia, se da paso a estudios de cómo erradicarla de la sociedad. Lo primero es reconocer que efectivamente existe una discriminación social, cultural, legal y económica que sufre el colectivo LGBTQ+, en base a su orientación sexual, lo que provoca efectos negativos para el pleno goce de sus derechos sexuales, que es un derecho humano, además de afectar tanto su salud mental como su entorno social⁶⁰. Es por esto por lo que se deben desarrollar políticas públicas que protejan a este colectivo, puesto que, al ser un grupo vulnerable, se requiere la acción estatal para cambiar este patrón cultural que establece a la heterosexualidad como la opción aceptable para la orientación sexual de las personas.

Para eliminar las conductas homofóbicas, también se le debe dar importancia a una educación no sexista, en donde se enseñe a niños, niñas y adolescentes acerca de la relevancia de respetar todo tipo de relaciones, evitando el bullying homofóbico entre menores. Así, de a poco se puede ir creando una sociedad más respetuosa y tolerante, que no discrimine a otras/os por algo tan personal como lo es la orientación sexual.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 95-96.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ TORO-ALFONSO, 2012, p. 74.

Reflexión final

Los temas jurídicos en general no solo tienen una perspectiva legal, puesto que normalmente se relacionan con otras disciplinas. Así, se habla de una teoría jurídica alternativa, que abre la posibilidad de análisis externos a problemas jurídicos, tales como un enfoque sociológico, económico, histórico, o en este caso, psicológico. Es por esto por lo que se debe reconocer al derecho como un elemento del sistema social en el que está inmersa la sociedad, por lo que de una u otra forma está íntegramente relacionada con otras ciencias sociales⁶¹, de una manera orgánica, para exponer políticas públicas en casos como el de la discriminación.

Entonces, al analizar los estudios de la psicología sobre la homofobia como tipo de discriminación hacia una categoría sospechosa de discriminación (colectivo LGBTQ+), y sus causas, se da cuenta del patrón cultural conservador que existe en Chile. Esto se expresa en las distintas leyes que terminan marginando a este grupo, además de evidenciarse en las cifras entregadas de distintas agresiones que sufren por su condición sexual, mostrando la falta de acción estatal que realmente instaure una sociedad más justa e igualitaria. Junto a esto, la psicología también propone dentro de sus medidas para erradicar la homofobia una debida educación temprana, con la que se puede lograr formar a niños, niñas y adolescentes que sean tolerantes con las demás personas, sin importar su orientación sexual.

Con esta información, se muestra la importancia de estudiar estos temas de forma interdisciplinar, puesto que la homofobia y discriminación es un problema de política pública, pero que se puede analizar de distintas aristas: la sociología, psicología, de forma histórica, entre otros. Así, al reconocer que el problema puede resolverse mediante distintas áreas sociales, se da el primer paso para realizar un trabajo más completo a la hora de buscar soluciones concretas.

⁶¹ Pérez, 1996, pp. 88-89.

Conclusión

Esta materia de las categorías sospechosas de discriminación ha tenido un avance escaso en nuestro país, pero con lo analizado se puede afirmar que estos grupos desfavorecidos históricamente se han visto afectados de forma negativa en sus relaciones de derecho privado. Esto lo podemos comprobar en las normas vigentes del ordenamiento jurídico chileno que discriminan a grupos desaventajados, como las mujeres y colectivo LGBTQ+, sin una razón que lo justifique. Por otro lado, los tribunales actúan reiteradamente bajo un sesgo discriminatorio, siendo el principal ejemplo el Tribunal Constitucional, que no ha avanzado en materia de asegurar efectivamente derechos a minorías, como en el caso del matrimonio igualitario.

De esta forma, notamos que existen grupos altamente discriminados, y en Chile esto ha sido así históricamente, puesto que se ha evolucionado muy lentamente en materia de asegurar una efectiva protección de derechos para minorías. Así, se evidencia en artículos tanto del Código Civil como del Código Penal, que ambos datan del siglo XIX, pero no han tenido mayores modificaciones, manteniendo normas que discriminan abiertamente a homosexuales y mujeres. Debido a esto, han surgido distintos movimientos sociales que representan los intereses de estos grupos, consiguiendo avances significativos para la legislación chilena. De todas formas, esta lucha se ha visto obstaculizada por la jurisprudencia de los tribunales, además de las ideas conservadoras que todavía persisten en la sociedad y en la codificación chilena.

Esto es algo que no sucede en otros ordenamientos jurídicos, puesto que debido a movimientos sociales han impulsado una legislación efectiva sobre el matrimonio igualitario, por ejemplo, sumándose a esto cada vez más países que buscan instaurar una verdadera igualdad para grupos desfavorecidos. Entonces, al revisar el sistema jurídico de España, Estados Unidos y Argentina notamos que sí han creado una protección jurídica efectiva, que se ha visto reflejada en su jurisprudencia acerca del matrimonio igualitario.

De esta forma se evidencia lo distante que está Chile respecto a esta protección igualitaria, ya que tiene ejemplos claros de otros países, que pueden servir como una mirada al

ordenamiento jurídico chileno para que le otorgue una importancia legislativa a esta discusión. Esto demuestra que se necesita un cambio de pensamiento por parte del legislador y los distintos sectores políticos para no entorpecer los procesos legislativos actuales que buscan asegurar una igualdad de derechos.

Por otra parte, se reconoce que esto no se trata solo de un problema legal, sino que posee distintas perspectivas, siendo un tema interdisciplinario. Al hacer un enfoque psicológico, se da a conocer el origen de los prejuicios y la homofobia como una reacción negativa a la homosexualidad, que va desde burlas hasta agresiones. Estos estudios dan cuenta de la relación que tiene una sociedad conservadora con la creación de distintos prejuicios y estereotipos sobre individuos que pertenecen a cierto colectivo. Así, complementado con la falta de políticas públicas para erradicar la discriminación a estos grupos, se genera una situación preocupante en materia de derechos fundamentales para las personas que pertenecen a una categoría sospechosa de discriminación.

Con todo lo analizado se demuestra que de a poco se va ampliando la discusión sobre este tópico, pero que todavía falta bastante por profundizar. Es importante tomar en cuenta el derecho comparado a la hora de legislar políticas públicas que permitan una mejor educación que pueda erradicar la discriminación. Esto, complementado con avances legislativos que realmente protejan a estas categorías sospechosas, logrará un progreso significativo en la lucha por la igualdad de derechos de todas las personas, sin discriminar por su género u orientación sexual, entre otros.

Bibliografía citada

Atienza, Manuel, 2012: *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (sin fecha). *Constitución Política de la República de Chile. Texto promulgado por Decreto Supremo N°1.150 del Ministerio del Interior, de 21 de octubre de 1980*. Recuperado el 22.07.2020 de: https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/60446

Calsamiglia, Alberto, 1986: *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel.

CNN (26.06.2019). *Más de 100 mil asistentes tuvo la marcha de Orgullo LGBTI en Santiago según Movilh*. Recuperado el 21.07.2020 de: https://www.cnnchile.com/pais/100-mil-asistentes-marcha-orgullo-lgbti-movilh_20190623/

Coing, Helmut, 1982: Historia del derecho y dogmática jurídica, *Revista Chilena de Derecho (Santiago)*, vol. 9, N°2.

Consejo de Monumentos Nacionales de Chile (sin fecha). *Tomo III del Proyecto del Código Civil de la República de Chile*. Recuperado el 21.07.2020 de: <https://www.monumentos.gob.cl/monumentos/monumentos-historicos/tomo-iii-proyecto-codigo-civil-republica-chile>

Cooperativa (27.03.2012). *En la Posta Central murió Daniel Zamudio*. Recuperado el 21.07.2020 de: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/caso-daniel-zamudio/en-la-posta-central-murio-daniel-zamudio/2012-03-27/200411.html>

Díaz de Valdés, José Manuel, 2018: “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°50.

Díaz García, Luis Iván, 2013: “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los Derechos Internacional y Constitucional”, *Revista chilena de Derecho (Santiago)*, vol. 40 N°2.

El Mostrador (12.03.2004). *Nueva ley de divorcio: el precio del mal menor*. Recuperado el 21.07.2020 de: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2004/03/12/nueva-ley-de-divorcio-el-precio-del-mal-menor/>

Esparza Reyes, Estefanía, 2019: “Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile”, *Revista mexicana de Derecho Constitucional (Ciudad de México)*, N°40, enero-junio.

Gauché Marchetti, Ximena Andrea, 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 discriminación de 2013”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia política (Temuco)*, Núm. 5-1.

Garrido Muñoz de Arenillas, Rocío y Morales Domínguez, Zaira, 2014: “Una aproximación a la Homofobia desde la Psicología. Propuestas de intervención”, *Revista Psicología, Conocimiento y Sociedad (Montevideo)*, vol. 4, N°1.

Guerra, Pedro, 2018: “Obergefell y el largo camino hacia el Matrimonio igualitario”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Talca)*, vol. 16, N°2.

Íñiguez Manso, Andrea Rosario, 2014: “La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. 43, N°2.

Meza-Lopehandía Glaesser, Matías Alonso, 2019: “Legislación e institucionalidad antidiscriminación en Argentina y Chile”, *Asesoría Técnica Parlamentaria*. Disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26877/2/BCN20019_Igualdad_y_no_discriminacion_legislacion_e_institucionalidad_comparada.pdf. [Fecha de consulta: 16.05.2020].

Massenzio, Flavia y Rachid, María, 2015: “La conquista del matrimonio igualitario en Argentina”, *Revista de Derechos Humanos (Buenos Aires)*, año IV, N°10, primera edición.

Memoria Chilena (sin fecha). *Orígenes de la legislación laboral en Chile (1924-1931)*. Recuperado el 21.07.2020 de: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3633.html>

Movilh (24.03.2020). *Homofobia y transfobia aumentan un 58% y suma más de mil casos, la cifra más alta en la historia de Chile*. Recuperado el 26.07.2020 de:

<https://www.movilh.cl/homofobia-y-transfobia-aumentan-un-58-y-suma-mas-de-mil-casos-la-cifra-mas-alta-en-la-historia-de-chile/>

Movilh (06.07.2020). *Presentan proyecto para derogar el artículo 365 del Código Penal, la ley más homofóbica y antigua de Chile*. Recuperado el 21.07.2020 de: <https://www.movilh.cl/presentan-proyecto-para-derogar-el-articulo-365-del-codigo-penal-la-ley-mas-homofobica-y-antigua-de-chile/>

Navarro, Enrique, 2012: “35 años del recurso de protección: Notas sobre su alcance y regulación normativa”, *Revista semestral de centro de estudios constitucionales de Chile (Santiago)*, vol. 10 N°2.

Pérez Lledó, Juan, 1996: “Teorías críticas del derecho”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta San Miguel (editores), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 87-102.

Pizzorusso, Alessandro, 1987: *Curso de derecho comparado*, Barcelona: Ariel.

Ponce de León Solís, Viviana, 2016: “Los grupos desaventajados en los fallos del Tribunal Constitucional chileno”, *Sociedad, valores y economía. Aproximaciones a la complejidad de nuestro tiempo*. Ediciones Universitarias de la UCN. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/316860352_Los_grupos_desaventajados_en_los_fallos_del_Tribunal_Constitucional_chileno. [Fecha de consulta: 06.06.2020].

Schauer, Frederick, 2013: *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

Tavolari, Raúl, 2010: *Doctrinas esenciales Derecho Civil: Instituciones Generales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Toro-Alfonso, José, 2012: “El estado actual de la investigación sobre la Discriminación Sexual”, *Revista Terapia Psicológica (Santiago)*, volumen 30, N°2.

Villanueva, Alejandro, 2014: “Análisis jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre

personas del mismo sexo en España”, *Revista de Estudios Jurídicos (Jaén)*, N°14/2014, segunda época.

Yáñez, Cecilia (03.04.2019). *Cuando en Chile tener relaciones homosexuales era un crimen: 20 años de la derogación del artículo 365 del Código Penal*. Recuperado el 21.07.2020 de: <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/cuando-en-chile-tener-relaciones-homosexuales-era-un-crimen-20-anos-de-la-derogacion-del-articulo-365-del-codigo-penal/598768/>

Zúñiga, Yanira (11.06.2020). *La heterosexualidad como norma en la jurisprudencia del TC*. Recuperado el 22.07.2020 de: <https://ciperchile.cl/2020/06/11/la-heterosexualidad-como-norma-en-la-jurisprudencia-del-tc/>

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Estados Unidos, sentencia de fecha 25 de abril de 1938, *United States v. Carolene Products*.

Corte Suprema, cuarta sala, sentencia de fecha de 31 de mayo de 2004, rol 1193-03.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 04 de enero de 2011, rol 1683-10.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 03 de noviembre de 2011, rol 1881-10.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha de 28 de junio de 2012, rol 2231-12.

Tribunal Constitucional de España, sentencia de fecha de 06 de noviembre de 2012, sentencia 198/2012.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 04 de julio de 2013, rol 2273-12.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 04 de marzo de 2014, rol 2456-13.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 10 de abril de 2014, rol 2435-12.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, rol 2681-14.

Corte Suprema de Estados Unidos, sentencia de fecha 26 de junio de 2015, *Obergefell v. Hodges*.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 21 de junio de 2016, rol 2838-15.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, Sala H. “PDN”, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016, por la Causa N°35876/2014.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 04 de junio de 2020, rol 7774-19.

Segundo Juzgado Civil de Familia de Santiago, sentencia de fecha 08 de junio de 2020, rol reservado.

Normativa citada

Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, ratificada con fecha 9 de julio de 1868.

Código Civil de la República Argentina, publicado con fecha 1 de enero de 1871.

Código Penal, publicado con fecha 12 de noviembre de 1874.

Código Civil español, publicado con fecha 27 de julio de 1889.

Decreto Ley 328, publicado con fecha 16 de marzo de 1925.

Carta de las Naciones Unidas, adoptada con fecha 26 de junio de 1945. Publicada en Chile con fecha 29 de septiembre de 1945.

Constitución de España, publicada con fecha 29 de diciembre de 1978.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada con fecha 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile con fecha 05 de enero de 1991.

Código Civil, publicado con fecha 30 de mayo de 2000.

Código del Trabajo, publicado con fecha 16 de enero de 2003.

Ley 19.947, Establece nueva Ley de Matrimonio Civil, publicada con fecha 17 de mayo de 2004.

Ley 13/2005 de España, publicada con fecha 2 de julio de 2005.

Constitución Política de la República, publicada con fecha 22 de septiembre de 2005.

Ley Nacional 26.618 de Argentina, publicada con fecha 22 de julio de 2010.

Ley 20.609, Establece medidas contra la discriminación, publicada con fecha 24 de julio de 2012.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, publicado con fecha 8 de octubre de 2014.

Ley 20.830, Crea el Acuerdo de Unión Civil, publicada con fecha 21 de abril de 2015.

Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, Boletín 11422-07.

Proyecto de ley que deroga el artículo 365 del Código Penal con el fin de terminar con la discriminación y criminalización de las relaciones homosexuales, Boletín 13631-07.

Fuentes históricas

Siete Partidas de Alfonso X de Castilla, siglo XIII.

Código Civil de Francia, publicado con fecha 21 de marzo de 1804.

Acta Constitucional N°3, publicada con fecha de 13 de septiembre de 1976.