

ACERCA DE LA PERTINENCIA
DE LA NUEVA LEY DE NO DISCRIMINACIÓN
PARA COMBATIR LA ESTIGMATIZACIÓN
DE LOS HOMOSEXUALES EN CHILE

ON THE PERTINENCE
OF THE NEW ANTI-DISCRIMINATION LAW
TO COMBAT THE STIGMATIZATION
OF HOMOSEXUALS IN CHILE

*Javier Couso S.**

Resumen

Luego de describirse la enorme transformación experimentada en los últimos años en la legislación y en las actitudes sociales hacia la homosexualidad en Chile, el presente ensayo argumenta que –más allá de sus defectos– la recientemente promulgada ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, representa un importante aporte para asegurar que las personas de orientación homosexual no sean objeto de discriminaciones arbitrarias. En efecto, dada la importancia que tiene en la cultura jurídica nacional la ley como fuente del Derecho, así como la equívoca jurisprudencia de nuestras cortes de justicia en su interpretación de la garantía constitucional a la igualdad ante la ley, la legislación mencionada más atrás zanjará la incertidumbre jurídica en que se encuentran aún los homosexuales.

193

Palabras claves: homosexualidad, derechos, no discriminación, cultura legal.

Abstract

After describing the big transformation experienced over the last few years in both the legislation and social attitudes regarding homosexuality

* Doctor en Jurisprudencia y Políticas Sociales, University of California at Berkeley. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales. Dirección postal: avenida República 105, Santiago, Chile. Ensayo recibido el 30 de julio de 2012 y aceptado para su publicación el 31 de agosto de 2012. Correo electrónico: javier.couso@udp.cl.

in Chile, this essay argues that –in spite of its defects– the recently introduced Law N° 20.609, which establishes measures against discrimination, represents an important contribution to ensure that individuals with an homosexual orientation are not subject to discriminatory treatment. Indeed, given the relevance that statutory law has as a source of law in the national legal culture, as well as the equivocal interpretation provided by the courts of the constitutional right of equal protection, the aforementioned legislation will contribute to end the legal uncertainty which lesbians and homosexual still experience.

Key words: homosexuality, rights, non discrimination, legal culture.

I

194

Chile vive una época de fuertes cambios en materia de actitudes sociales hacia las conductas y orientaciones sexuales de sus habitantes y, en particular, hacia la homosexualidad. En efecto, si hasta hace menos de quince años la relación homosexual consentida entre adultos era formalmente un delito¹; hoy se discute en el Congreso la posibilidad de permitir que las parejas homosexuales puedan acceder al matrimonio², luego que una sentencia del TC declarara que corresponde al legislador definir si las parejas homosexuales pueden (o no) contraer matrimonio³.

Si bien, durante las décadas que precedieron a la abolición del delito de sodomía fue rara vez perseguido por las autoridades, el hecho de que se mantuviera en el *Código Penal* cumplía la ‘función latente’ –como diría Robert Merton– de condenar socialmente a los homosexuales. Adicionalmente, aun sin aplicarse en forma frecuente, la sola posibilidad de que se pudiera sancionar penalmente la conducta homosexual pendía como una espada de Damocles sobre las cabezas del 3-5% de la población que tenía esa orientación sexual, obligándolos a ocultar su condición en una sociedad que veía confirmada en la ley penal sus prejuicios contra los homosexuales, a quienes por siglos se consideró como individuos degenerados o de vida ‘desordenada’⁴. En este contexto tan hostil, al homosexual no le quedaba

¹ La despenalización de las conductas homosexuales en Chile tuvo lugar en junio de 1999, con la derogación del artículo 365 del *Código Penal*, que castigaba con pena de cárcel las relaciones sexuales consentidas entre varones adultos.

² Véase el proyecto de ley sobre el Contrato de Matrimonio entre Personas del mismo Sexo. Ingresado al Senado el martes 3 de agosto, 2010, *Boletín* N° 7099-07.

³ Véase la sentencia rol N° 1881-10, de 3 de noviembre de 2011.

⁴ Los orígenes de la condena a los actos homosexuales en la tradición judeo-cristiana se remontan al libro del Génesis, capítulo 19:1-29 (Sodoma). Un pasaje particularmente

otra alternativa que vivir su orientación a escondidas o, cuando era algo demasiado evidente, negarse a reconocerlo públicamente.

Si bien las relaciones sexuales consentidas entre mujeres adultas no constituyeron nunca un delito en Chile –por motivos que escapan a mi conocimiento, pero que sería interesante investigar–, ellas fueron también objeto de una fuerte reprobación social, al punto que muy pocas se atrevían a hacer pública su condición.

En este punto, es importante detenerse y aquilatar la magnitud de la diferencia entre la situación en que se encontraban los homosexuales de ambos sexos en Chile hasta hace tan sólo un par de décadas comparada con su realidad actual, la cual –si bien sigue presentando obstáculos y barreras que no tienen los heterosexuales– es mucho menos hostil. En efecto, amén de la posibilidad de organizarse y actuar colectivamente en la vida pública, los homosexuales chilenos cuentan desde julio de 2012 con la protección que les otorga la legislación especial dirigida a combatir la discriminación, incluida la de quienes la experimentan en razón de su orientación sexual. La norma que mencionamos es la ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, conocida también en algunos círculos como la Ley Zamudio (en honor del joven que poco antes de su aprobación fue brutalmente golpeado y torturado hasta la muerte por un grupo de homofóbicos).

195

La importancia de la ley contra la discriminación es que no sólo incorporó la orientación sexual como una ‘categoría sospechosa’ de ser utilizada como una forma irracional o injustificada de establecer diferencias entre los individuos sino que, además, introdujo un mecanismo procesal especial para combatir actos de discriminación arbitraria (la “acción de no discriminación arbitraria”)⁵, estableció una obligación de prevención, y creó una agravante penal en casos de perpetrarse crímenes de odio en contra de una serie de grupos, incluidos los homosexuales.

La marcada evolución en las actitudes sociales y la legislación relativa a los homosexuales en Chile recién descrita ha suscitado, sin embargo, reacciones dispares en el país. Para un grupo –mayoritario, de acuerdo con estudios de opinión pública–, la rápida transformación en la forma en que la ley y la sociedad tratan a los homosexuales representa un bienvenido ‘aggiornamento’ de la legislación y de las costumbres que contribuirá a reducir el maltrato tradicionalmente infligido a una minoría que por

condenatorio al respecto se encuentra en el Libro de Levítico: “No te echarás con varón como con mujer, es abominación” (Lv. 18,22).

⁵ La ‘acción de no discriminación arbitraria’ está regulada por el título segundo de la ley N° 20.609.

siglos ha sido estigmatizada y hostilizada sin justificación racional por parte de las autoridades y una mayoría de la población. Para otro grupo, los cambios señalados representan un paso más en la dirección de la decadencia moral en que Occidente se encontraría embarcado desde la era de la Ilustración.

No es éste el espacio para intervenir en dicho debate, pero me parece importante hacer notar que, subyacente a buena parte de la discusión que ha suscitado en Chile la legitimidad del matrimonio homosexual y el fallo de la CIDH en el caso Atala, se encuentran estas dos posiciones contrapuestas respecto de la transformación de la homosexualidad desde una ‘abominación’ (en el lenguaje bíblico) a una forma legítima de orientar la sexualidad personal.

En lo que sigue, defenderé la pertinencia de que Chile haya adoptado una ley contra la discriminación que incluye entre las categorías protegidas la orientación sexual. Esto, porque a pesar de sus defectos, esta ley debiera contribuir a contrarrestar, aunque sea en parte, los abusos que cotidianamente se cometen contra individuos de orientación homosexual por parte de segmentos no despreciables de la población chilena que aún consideran a los anteriores como seres ‘repugnantes’ (en el sentido en que utiliza la expresión Martha Nussbaum)⁶.

196

Adicionalmente, la legislación antidiscriminación aprobada obligará a los tribunales de justicia a proteger mejor de lo que venían haciéndolo los derechos de los homosexuales, en especial el derecho a la no discriminación arbitraria. En efecto, considerando que hasta hace sólo unos años la propia Corte Suprema era reacia a considerar como ‘arbitrarias’ todo tipo de discriminaciones dirigidas contra grupos o individuos homosexuales y que, en ocasiones (como en el caso Atala), incluso, incurrió mediante sus fallos en conductas discriminatorias, la existencia de una ley que categóricamente prohíbe la discriminación de los homosexuales, sin duda, será una contribución importante en la materia.

Contrastando con esta aproximación, algunos juristas argumentan que Chile no necesita legislación antidiscriminación, toda vez que en la actualidad prácticamente ‘nadie’ busca discriminar a los homosexuales. Esta aseveración es –por desgracia– empíricamente errónea, como lo prueba el brutal asesinato del joven homosexual Daniel Zamudio por parte de un grupo homofóbico, así como otros cientos (o miles) de anónimos actos cotidianos de abuso, discriminación u otro tipo de maltratos dirigido a homosexuales.

⁶ Véase a Martha NUSSBAUM, *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*.

En todo caso, y desde una perspectiva cultural, la persistencia de grupos e individuos en Chile que de forma sistemática maltratan a homosexuales no debiera sorprender, puesto que fueron varias las generaciones (aún vivas) de chilenos las que se formaron en la noción de que los homosexuales no sólo incurren en actos moralmente condenables sino, además, criminales. Esto, debido a que el Derecho, amén de otros papeles, cumple una función pedagógica importante. Así, para el ciudadano común y corriente, si una conducta está prohibida y sancionada por el Derecho Penal tenderá a pensar que ella es necesariamente perniciosa. De ahí que no deba extrañar que los chilenos que se formaron en la era en que la homosexualidad masculina era un delito sigan pensando –aun después de la abolición de la sodomía– que las relaciones sexuales entre varones sea algo intrínsecamente perverso.

Producto de lo anterior, de la misma manera en que hoy algunas personas se sienten con el ‘derecho’ a golpear a un ladrón atrapado por particulares en la calle, muchos de quienes por décadas fueron educados en la noción de que los homosexuales eran delincuentes (por el sólo hecho de tener relaciones sexuales con otros hombres) siguen abrigando prejuicios respecto de ellos. Por todo lo dicho, no debiera sorprender que, aun después de casi quince años desde que se despenalizó la homosexualidad, un segmento importante de la población siga hostilizando a los homosexuales.

197

La persistencia de la estigmatización social asociada a la orientación homosexual se encuentra, además, corroborada por el hecho de que –ya entrada la segunda década del siglo XXI– la mayoría de la población homosexual chilena continúa viviendo secretamente su orientación, quizá temiendo las repercusiones laborales y sociales de hacer pública su condición. Para ilustrar el punto, pregúntese el lector, ¿cuántas veces en alguna ceremonia oficial de la institución en que trabaja (por ejemplo, en la celebración del aniversario de la misma) ha visto a algún miembro de su organización ‘presentarles’ a las autoridades de la misma su pareja homosexual? Esta escena, que es cosa de todos los días en países como Suecia o Estados Unidos, brilla entre nosotros por su ausencia.

Otro indicador de que lesbianas y homosexuales no se sienten tranquilos para hacer pública su orientación sexual en Chile es el bajo número de autoridades (como ministros de Estado, jueces, intendentes, alcaldes, senadores, diputados, rectores, decanos, etc.) que son abiertamente homosexuales. Si nuestro país fuera uno en que no se discriminara en forma sistemática a las personas por su condición homosexual, debiéramos exhibir porcentajes similares de hombres y mujeres en ese tipo de cargos que el que ostentan países en que dicha orientación sexual se encuentra socialmente aceptada.

II

Más allá de lo argumentado en la sección anterior, para defender la necesidad de contar con una ley de no discriminación que de forma explícita incluya como categoría protegida a la ‘orientación sexual’, cabe agregar el hecho que –a diferencia del texto de la Constitución Política– la ley N° 20.609 es explícita en condenar toda forma de discriminación arbitraria que afecte a los individuos en razón de su orientación sexual. Esto último representa un aporte extraordinariamente importante para comenzar a erradicar las profundas tendencias culturales que todavía existen en Chile a estigmatizar y maltratar a los homosexuales.

Si bien más de algún jurista ha argumentado que la ley de no discriminación sería innecesaria por ‘redundante’, ya que se podría interpretar que las discriminaciones arbitrarias en razón de la orientación sexual se encuentran implícitamente prohibidas en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución, el cual, en lo pertinente, señala:

“La Constitución asegura a todas las personas... La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados... Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

198

Si bien es cierto que –del precepto constitucional recién transcrito– efectivamente podría deducirse la prohibición de todo tipo de discriminación en contra de individuos en razón de su orientación sexual, la práctica jurisprudencial de nuestros tribunales sugiere que ello no ha sido considerado así en la mayoría de los casos en que han existido instancias de discriminación arbitraria en contra de los homosexuales. Por el contrario, el propio caso *Atala*⁷ sugiere que, incluso, el más alto tribunal de la judicatura ordinaria ha sido ciego a la naturaleza arbitraria de distinciones injustificadas que perjudican a personas con una orientación homosexual⁸.

Además, y considerando el peso histórico que ha tenido en nuestra tradición jurídica la ley como fuente del Derecho –y el escaso peso que todavía tienen las sentencias de organismos internacionales de derechos humanos en nuestro país–, es de esperar que la nueva Ley de No Discriminación sea más efectiva en situaciones como la que afectó a la jueza

⁷ Véase la sentencia de la CIDH, de 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*.

⁸ Véase el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema: *López Allende, Jaime* (recurso de queja), del 31 de mayo de 2004.

Karen Atala, quien, a pesar de haber prevalecido en un caso ante la CIDH, lo logró cuando ya era demasiado tarde como para que su triunfo judicial pudiera alterar la dura realidad de no haber podido criar a sus hijas producto de una sentencia de la Corte Suprema, que revirtió dos fallos de tribunales inferiores que le habían otorgado la tuición de sus hijas.

Presumiblemente, la nueva “acción de no discriminación arbitraria” (que introdujo la ley que hemos comentado en este ensayo) contribuirá a que se restablezca el imperio del Derecho en forma más expedita en situaciones similares a la sufrida por la jueza Karen Atala. Si eso ocurre, la pesadilla kafkiana vivida por la magistrada no debiera repetirse nunca más.

Bibliografía

NUSSBAUM, Martha, *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.