

HUMAN RIGHTS WATCH

1630 Connecticut Avenue, N.W.
Suite 500
Washington, DC 20009
Tel: 202-612-4321
Fax: 202-612-4333
Email: hrwdc@hrw.org

AMERICAS DIVISION

José Miguel Vivanco, *Executive Director*
Daniel Wilkinson, *Deputy Director*
Tamara Taraciuk, *Researcher*
Nik Steinberg, *Researcher*
Max Schoening, *Researcher*
Stephanie Morin, *Researcher*
Laura Graham, *Associate*
Guillermo Farias, *Associate*

ADVISORY COMMITTEE

Lloyd Axworthy, *Chair*
Marina Pinto Kaufman, *Vice Chair*
Julien Studley, *Vice Chair*
Roberto Alvarez
Cynthia Arnsen
Carlos Basombrio
Peter D. Bell
Marcelo Bronstein
Paul Chevigny
John Dinges
Denise Dresser
Tom J. Farer
Myles Frechette
Alejandro Garro
Peter Hakim
Ronald G. Hellman
Stephen L. Kass
Andy Kaufman
Susanna Leval
Kenneth Maxwell
Jocelyn McCalla
Robert Pastor
Bruce Rabb
Michael Shifter
George Soros
Rose Styron
Javier Timerman
Horacio Verbitsky
George Vickers
Alex Wilde

HUMAN RIGHTS WATCH

Kenneth Roth, *Executive Director*
Michele Alexander, *Deputy Executive Director, Development and Global Initiatives*
Carroll Bogert, *Deputy Executive Director, External Relations*
Jan Egeland, *Europe Director and Deputy Executive Director*
Iain Levine, *Deputy Executive Director, Program*
Chuck Lustig, *Deputy Executive Director, Operations*

Walid Ayoub, *Information Technology Director*
Emma Daly, *Communications Director*
Barbara Guglielmo, *Finance and Administration Director*
Peggy Hicks, *Global Advocacy Director*
Babatunde Olujobi, *Deputy Program Director*
Dinah Pokempner, *General Counsel*
Tom Porteous, *Deputy Program Director*
James Ross, *Legal & Policy Director*
Joe Saunders, *Deputy Program Director*
Frances Sinha, *Human Resources Director*
James F. Hoge, Jr., *Chair*

HUMAN
RIGHTS
WATCH

www.hrw.org

Washington, DC, 9 de abril de 2012

Sr. Camilo Escalona Medina, Presidente del Senado
Sr. Nicolás Monckeberg Díaz, Presidente de la Cámara de Diputados

Sr. Hernán Larraín Fernández, Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado
Sr. Cristián Monckeberg Bruner, Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados

De mi mayor consideración:

Tengo el honor de dirigirme a Uds. en relación con la trágica muerte de Daniel Zamudio, de 24 años, tras un brutal ataque presuntamente perpetrado por un grupo de neonazis, que ha puesto la atención internacional en el grave flagelo que representa la violencia homofóbica y ha evidenciado que no existe en Chile la legislación adecuada para proteger y defender los derechos de minorías vulnerables.

Human Rights Watch considera que la adopción de una ley contra la discriminación ofrece una oportunidad histórica para que Chile aborde un problema que desde hace tiempo se manifiesta en el país: la intolerancia frente a las minorías más vulnerables. Sin embargo, creemos que el proyecto de ley debería ser objeto de profundas reformas que permitan cumplir en la mayor medida posible con los estándares establecidos por los organismos internacionales de derechos humanos para que los Estados actúen ante la discriminación, la violencia homofóbica y los delitos motivados por el odio.

Considero muy positivo el anuncio efectuado por el Presidente Sebastián Piñera el 4 de abril sobre la intención del gobierno chileno de introducir reformas a la versión aprobada por el Senado en noviembre de 2011, que permitirán subsanar graves falencias contenidas en ese proyecto legislativo.

Al adoptar una norma que refleje plenamente los estándares internacionales, Chile tiene la posibilidad de promulgar una legislación modelo de gran importancia no sólo para Chile sino también para toda la región.

Quisiera señalar en primer lugar que algunos de los artículos aprobados por la Cámara de Diputados el 4 de abril presentan aspectos positivos. En particular, consideramos valiosa la inclusión explícita en el artículo 2 de la orientación sexual y la identidad de género entre las causas de

discriminación prohibidas. Se trata de un notable avance que refleja principios internacionales de derechos humanos relativos al derecho de las minorías sexuales a ejercer todos los derechos humanos sin ninguna restricción.

También consideramos favorable que la ley prevea un proceso judicial especial destinado a ofrecer una reparación rápida a víctimas de actos discriminatorios. En particular, los jueces tendrían ahora facultades para suspender o interrumpir medidas o actos potencialmente discriminatorios hasta que hayan concluido su investigación, y disponer su anulación cuando se determine que tienen esta naturaleza, así como para brindar protección a las víctimas siempre que sea necesario. Sin duda, todos estos avances son trascendentales.

El proyecto de ley también refuerza la protección judicial otorgada a posibles víctimas de delitos motivados por el odio, al considerar un hecho agravante que el delito se haya cometido sobre la base de percepciones relativas a la condición de la víctima. Esta también es una incorporación positiva, ya que al aplicar rigurosamente penas más severas se expresa el repudio de la sociedad frente a delitos de esta gravedad y se podría contribuir a su prevención.

No obstante, en el prolongado período en que el proyecto fue tratado por el Senado, el contenido de la propuesta original presentada durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos fue modificada hasta el punto que se redujo significativamente su efectividad como medida contra la discriminación. En particular, quisiéramos atraer su atención respecto de cuatro problemas fundamentales que plantea el actual proyecto de ley, así como los principios que deberían guiar su resolución:

1. El lenguaje empleado en el párrafo 3 del artículo 2 es incompatible con las normas internacionales de derechos humanos. Dicho párrafo dispone que “se considerarán siempre razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero...” (incluida la orientación sexual y la identidad de género) “...se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución”. Los derechos a los cuales se hace referencia en estos artículos incluyen la libertad de religión y conciencia, la libertad de enseñanza y la libertad de participar en actividades económicas, entre otras.

Independientemente de cuáles fueron las intenciones de los autores de este párrafo, podría interpretarse que reconoce una justificación automática a cualquier persona que, en el ejercicio de uno de estos derechos constitucionales, discrimina a otras personas. Por ejemplo, podría ser invocado como justificación para que las escuelas privadas se nieguen a inscribir a hijos de padres separados, como aparentemente sucede en algunos colegios. Esto privaría a padres e hijos del derecho a una reparación y frustraría los objetivos centrales de la ley, aun cuando esta práctica constituye un ejemplo flagrante de discriminación arbitraria.

Entiendo que este párrafo fue incorporado en el Senado a modo de garantía para evitar posibles abusos de la ley antidiscriminación en ámbitos sensibles como libertad religiosa y libertad educativa, entre otros. No obstante, la redacción actual de este artículo resulta extremadamente desacertada, puesto que determinar *a priori* que otros derechos prevalecen sobre el derecho a no ser discriminado resulta incompatible con un principio básico de la jurisprudencia y las normas internacionales de derechos humanos, que establecen la igualdad e interdependencia de los derechos humanos. Por consiguiente, los conflictos entre estos derechos deben ser dirimidos por la justicia considerando en cada caso concreto las razones que justifican cualquier restricción o exclusión ante una denuncia de discriminación. Existen en el derecho comparado precedentes recientes de tribunales que han reconocido otros derechos, como la libertad religiosa, frente a peticionarios que invocaban conductas presuntamente discriminatorias¹. Es decir, corresponde a la justicia resolver tales conflictos y esto debería ser reconocido claramente por la ley, en vez de prejuzgar la materia.

2. Si bien se refuerzan las garantías judiciales contra la discriminación, el proyecto de ley no exige que el Estado adopte medidas de ningún tipo para prevenir o disminuir este fenómeno. Este proyecto de ley, presentado por primera vez en 2005, representó una concepción más amplia y proactiva de las responsabilidades del Estado. En su primer artículo se expresaba que la finalidad de la ley era “prevenir y eliminar” la discriminación, mientras que el párrafo 1 del artículo 2 atribuía al Estado la responsabilidad de “elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias” para tal fin. Este lenguaje ha sido eliminado, y el primer artículo de la versión actual se refiere únicamente a la finalidad de instaurar un mecanismo judicial para “restablecer eficazmente el imperio del derecho” toda vez que se produzca un acto discriminatorio.

La eliminación del enfoque preventivo en la versión actual de la ley constituye un lamentable retroceso. Diversos organismos internacionales de derechos humanos han subrayado las obligaciones de los Estados en este sentido. El Comité de Derechos Humanos se ha referido a la no discriminación como “un principio básico y general” relativo a la protección de los derechos humanos. Ha señalado que “el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *obliga a cada uno de los Estados Partes a respetar y asegurar a todas las personas en su territorio y bajo su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin hacer distinción por motivos de ningún tipo, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” (las comillas son nuestras)².

¹ Entre los casos recientes más relevantes cabe mencionar *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*, U.S. Supreme Court, enero de 2012. La Corte determinó que “exigir a una Iglesia que acepte o contrate a un clérigo cuando esta se oponga, o sancionar a la Iglesia por no hacerlo, supone una intromisión que va más allá de una mera decisión sobre empleo. Un acto de esta naturaleza interfiere con el gobierno interno de la Iglesia y la priva de la posibilidad de controlar la selección de quienes personificarán sus creencias”.

² Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N.º 18. 10/11/1989.

Las recomendaciones expresadas poco tiempo atrás por el Comité de Derechos Humanos sobre Polonia y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) sobre Sudáfrica se refieren a medidas específicas de prevención de la violencia homofóbica que deberían adoptar estos Estados, como la capacitación policial y las campañas de educación pública³. En un informe publicado recientemente sobre leyes y prácticas discriminatorias y ataques violentos contra miembros de la comunidad de lesbianas, gais, bisexuales y personas transgénero (LGBT), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos insta a todos los Estados a que:

Ejecuten programas adecuados de concienciación y capacitación para los agentes de policía, los funcionarios de prisiones, los guardias fronterizos, los oficiales de inmigración y demás miembros de las fuerzas de seguridad y apoyen las campañas de información pública para luchar contra la homofobia y la transfobia entre la población en general y las campañas específicas de lucha contra la homofobia en las escuelas⁴;

En su decisión en el caso *Ayala Riffo y Niñas c. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó a Chile que continuara implementando programas permanentes de educación y formación destinados a funcionarios públicos, especialmente jueces y funcionarios judiciales, sobre derechos humanos, orientación sexual y lucha contra la discriminación, a fin de superar los estereotipos de género que afectan a la comunidad de LGBT⁵. Sabemos que el actual gobierno ya está implementando algunos programas destinados a generar mayor conciencia sobre estos temas. A efectos de garantizar su continuidad y fomentar medidas de prevención adicionales, la ley antidiscriminación debería referirse en forma expresa a las obligaciones del Estado en este sentido.

3. La versión original del proyecto de ley contra la discriminación contenía una cláusula (art. 6.2) que permitía a los demandantes exigir una indemnización por actos que la justicia considerara discriminatorios. Lamentablemente, esta cláusula ha sido omitida de la versión actual, que establece únicamente que la persona directamente responsable de la discriminación arbitraria (ya sea un funcionario o un particular) deberá pagar una multa al Estado. La última versión no sólo no brinda un mecanismo resarcitorio, sino que de hecho desincentiva la denuncia de actos de discriminación al exponer a los denunciantes a la posibilidad de pagar una multa cuando se considere que su denuncia ha sido totalmente infundada.

³ CCPR/C/USA/CO/3, 15 de septiembre de 2006, en párr. 25; CAT, Observaciones finales (Polonia); CEDAW, Observaciones finales (Sudáfrica), CEDAW/C/ZAF/CO/4, 5 de abril de 2011, en párrs. 39-40.

⁴ Recomendación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, párr. 84 (g), *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 17 de noviembre de 2011.

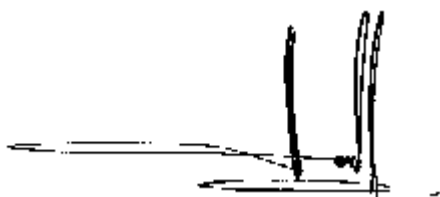
⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ayala Riffo y Niñas c. Chile*, 24 de febrero de 2012, en párrs. 268-272.

Quienes han sido objeto de discriminación a menudo sufren daños económicos, morales o emocionales. En muchos países que han adoptado leyes contra la discriminación, la justicia civil se encarga de resolver los reclamos indemnizatorios planteados por los demandantes contra los responsables (en muchos casos empleadores) en función del daño económico y moral provocado. Si siguiera este modelo, Chile cumpliría plenamente con la obligación jurídica de los Estados no sólo de sancionar las violaciones de derechos humanos sino además de asegurar que las víctimas reciban un resarcimiento (cuando el responsable sea un funcionario gubernamental), o de garantizar un acceso inmediato a un mecanismo para obtener una compensación cuando esté involucrado un particular. Además del valor que implica la reparación del daño causado, los reclamos indemnizatorios pueden tener un poderoso efecto disuasivo, de tipo económico, contra la discriminación arbitraria.

4. Por último, observamos que el artículo 17, que establece que en la comisión de delitos los motivos discriminatorios se considerarán una circunstancia agravante, si bien refleja las categorías de discriminación del art. 2.1, no hace referencia alguna a la situación socioeconómica, la identidad de género, el estado civil, el idioma, la sindicalización o la falta de esta. Puesto que sería arbitrario distinguir entre cualquier forma de discriminación, creemos que el art. 17 debería reproducir exactamente las categorías enunciadas en el art. 2.1. Asimismo, las personas transgénero son especialmente vulnerables a actos de violencia física y su protección es uno de los objetivos fundamentales de esta ley.

Como señalé precedentemente, nos complace que Chile considere prioritaria la aprobación de una ley contra la discriminación en este momento. Esta norma por sí misma representará un avance notable y confiamos en que el Congreso adoptará las medidas necesarias para asegurar su efectividad y que se cumplan sus objetivos. Dada la enorme importancia que tiene este proceso para Chile y la región, he querido formular algunas recomendaciones que espero contribuyan al debate parlamentario.

Aprovecho la oportunidad para expresarles los sentimientos de mi más alta consideración y estima.



José Miguel Vivanco

CC: Su Excelencia Sebastián Piñera Echenique, Presidente