Minuta de exposición de Ignacio Espinoza, vocero de la campaña "La Ley Antidiscriminación se quedó corta", del proyecto "Diversxs" de Amnistía Internacional, ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado.
25 de mayo de 2020

Muchas gracias Señor Presidente, es un honor poder exponer en esta comisión representando a mis compañeres de Diversxs y como vocero de la campaña de Amnistía Internacional "La Ley Antidiscriminación se quedó corta".

Me gustaría comenzar esta exposición valorando el paso en la dirección correcta que representa este Proyecto de Ley, pero que aún es insuficiente para cumplir estándares mínimos de Derechos Humanos que deben ser exigidos al Estado en virtud de los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

Como es por todos conocido, el fin del proyecto en comento es introducir ciertas modificaciones a la Ley 20.609, conocida popularmente como "Ley Zamudio", que intentó brindar algún tipo de protección a grupos históricamente desfavorecidos, pero que terminó aprobándose con el fin único de establecer una acción de no discriminación que en buena parte de los casos ha resultado derechamente inútil.

A continuación, analizaremos brevemente tres puntos I) por qué el texto de la Ley vigente en la práctica es ineficaz y representa un incumplimiento flagrante a las obligaciones de DDHH; II) breve análisis y críticas al proyecto de ley, y III) mejoras que deben introducirse para adecuarlo a los estándares de tratados internacionales.

I) Texto vigente

En primer lugar, recordar que la Ley 20.609 está llamada a ser el desarrollo de la garantía Constitucional del artículo 19 n°2 de la Constitución Política de la República (igualdad fundamental) y que pese a que mediáticamente la Ley está ligada a la comunidad LGBTIQ+, debido al asesinato de Daniel Zamudio, su misión es la protección de toda persona que pertenezca a un amplio espectro de "categorías sospechosas de sufrir discriminación". Es precisamente por ello que se requiere una Ley Antidiscriminación fuerte, que se enfoque no solo en atacar la discriminación cuando ya ha ocurrido, sino que se incluyan políticas estatales eficaces y efectivas de prevención de la Discriminación. Recordar además que la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones que el derecho a acceder a la justicia comprende investigar, juzgar,

sancionar y reparar. De tal manera el texto actual de la Ley debe modificarse en el sentido que se garanticen de forma efectiva prevención, sanción y reparación.

En su origen, cuando la Ley fue votada el año 2005 por la Cámara de Diputados, tenía un objetivo omnicomprensivo, inspirado por instrumentos internacionales[1] y que se definía en su artículo 1: "Prevenir y eliminar toda forma de discriminación". Este artículo fue suprimido en el tercer trámite constitucional, cambiándolo por el magro "establecer medidas contra la discriminación". Estas medidas son solamente dos: una agravante penal que ha resultado muy difícil de probar y una acción civil que ha sido mayoritariamente infructífera y que, por lo demás, no incluye reparación alguna para la víctima. Por ello, la actual Ley Antidiscriminación es abiertamente violatoria del derecho a un recurso efectivo consagrado en el artículo 25[2] de la Convención Americana de DDHH, y derivado de esta falta de protección, se violan además el artículo 8, De las Garantías Judiciales, el Artículo 1, De la Obligación de respetar los derechos sin discriminación, y el artículo 2 Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Respecto al deber reforzado de protección que pesa sobre los Estados para proteger a los grupos vulnerables, este no se aprecia de ninguna manera en la Ley, por lo que tampoco acoge el principio de interpretación progresiva, el principio pro hominem, ni el control de convencionalidad. Y especialmente respecto a la comunidad LGBTIQ+, viola los principios de Yogyakarta número 1, 2, 5, 8, 27, 28 y 29[3].

Respecto a la Definición de Discriminación Arbitraria, esta es vaga, incorrecta y limitada. La Ley actualmente vigente sólo reconoce un tipo de discriminación, siendo que en el Derecho Comparado[4] se reconocen además otros 3, <u>la discriminación indirecta</u> (vinculada a la idea de "isonomía": no tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales), <u>el acoso u hostigamiento</u> (contraria a la dignidad humana, pues humilla, intimida o degrada) y la <u>revictimización</u> (pues deviene en nuevos maltratos o un obstáculo tan grande que permite la impunidad). Además de las discriminaciones múltiples (o interseccionales) y las de carácter estructural.

Además el estándar internacional desde hace más de 50 años[5] dejó de utilizar el término "arbitrario", se habla de "discriminación" a secas, pues el término "arbitrario" denota que existen razones válidas para discriminar.

Nuestra ley establece además una jerarquización de derechos, privándole de toda efectividad al Derecho a la igualdad fundamental. En efecto, establece que cualquier otro de los derechos establecidos en la Constitución está por encima de este derecho a la no discriminación, convirtiéndolo en un derecho de segunda categoría, prohibiendo que el juez pueda ponderar uno y otro en el caso concreto y tomar una decisión; mientras en el Derecho Comparado discriminar solo tiene cabida bajo

---

[1] Como el proyecto de Constitución Europea, Tratado de Lisboa, etc.

[2] **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

[3] 1: Derecho al Disfrute de todos los Derechos Humanos 2:Derecho a la igualdad y no discriminación 5: Derecho a la seguridad personal 8: Derecho a un Juicio Justo 27: Derecho a promover los Derechos Humanos 28: Derecho a recursos y resarcimientos efectivos 29: Derecho a la Justicia y evitar la impunidad a las violaciones de DDHH y de delitos que afecten a personas LGBTIQ+

[4] Academy of European Law

[5] TEDH, 1968, caso enseñanza en Bélgica

una justificación objetiva y razonable, que persiga un fin legítimo, lo que debe ser apreciado por un juez. Esto nuevamente viola las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana.

Respecto a la prueba de la discriminación, la ley no modifica la regla general del artículo 1698 del Código Civil, que puede ser útil para probar obligaciones o contratos, pero que es extremadamente compleja cuando lo que debe probarse es un sesgo en la cabeza de otra persona. Sobre este punto, la doctrina nacional está conteste en aceptar la carga dinámica de la prueba cuando una parte está en mejores condiciones de producirla, contándose entre ellos incluso a Don Enrique Barros y a Don Cristián Maturana.

La dificultad de prueba es precisamente uno de los principales obstáculos que tiene la aplicación de esta ley y puede resolverse fácilmente con la inversión de la carga de la prueba. Lo mismo ocurre en materia penal, donde la ley solo establece una agravante que jamás logra probarse más allá de toda duda razonable y que ha tenido nulo impacto práctico; es más, el año recién pasado se registró la cifra más alta de ataques violentos a nuestra comunidad - recién el pasado domingo, 17 de mayo, un joven fue apuñalado 6 veces en la región del Bío Bío, mientras los agresores le decían: "eso te pasa por ser maricón".

No reformar implica seguir incumpliendo el deber de especial protección a grupos históricamente vulnerados y las garantías judiciales a las que ya nos hemos referido. Respecto a la interpretación, estas garantías se violan nuevamente, pues la ley no consagra una interpretación pro persona o pro víctima que ha sido vulnerada y que requiere que se repare la ausencia histórica del Estado.

Recordar además en el Informe de Violencia contras personas LGBTIQ+ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicado el año 2015, se exige a los estados adoptar legislación contra la discriminación o modificar la legislación existente con miras a prohibir toda forma de discriminación que incluya aquella basada en la orientación sexual, la identidad de género, expresión de género, las características sexuales o el hecho de ser intersex. Además, se reconoce la necesidad imperiosa de adoptar legislación para sancionar el discurso de odio, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los estándares establecidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No hacerlo es una violación más de esta larga lista.

La ley también evita que puedan impugnarse leyes o sentencias judiciales que sean discriminatorias, lo que nuevamente es un incumplimiento grave de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional, incluyendo el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados[6] y el artículo 2 de la CADH.[7]

Finalmente, la multa al recurrente, consagrada en el artículo 12 no solo es un castigo injustificado a la víctima por ejercer sus derechos humanos, sino también uno de los principales desincentivos a ejercer la acción y debe ser derogada, pues viola el derecho a un recurso efectivo al igual que la ausencia de reparaciones de ninguna clase a la víctima. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce como reparaciones: las pecuniarias, las garantías de satisfacción (repara dignidad de la víctima), de no repetición, el derecho a la verdad, reconocimiento de

[6] "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones Internacionales"
[7] Deber de adoptar disposiciones de derecho interno que sean necesarias para garantizar los DDHH

responsabilidad, actos públicos de desagravio, etc. Pero en esta ley ni siquiera se incluyen las indemnizaciones, disponibles en cualquier juicio civil, menos en este.

El corolario de todo lo anterior es un Estado ausente, que no cuenta con institucionalidad para prevenir que se materialice la discriminación, que no incluye este objetivo en sus políticas públicas, que no ha diseñado programas educativos, ni siquiera una oficina especializada como poseen actualmente Uruguay, México, Argentina, entre muchos otros. La presencia del Estado es imperativa para cumplir el deber de protección reforzado que pesa sobre él para proteger a los grupos vulnerables, y es exigido por la normativa internacional, por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y por el sentido común.

Queda entonces demostrado con meridiana claridad que no solo existe un inmenso problema derivado de la falta de protección y de acceso a la justicia, que se ve aún más agravado cuando los afectados por la discriminación ni siquiera tienen acceso al trabajo o previsión social, como buena parte de las poblaciones trans o intersex, sino también, que esta Ley no se ajusta ni por asomo a los estándares mínimos de Derechos Humanos a los que nuestro país se ha comprometido, ni menos a los que deben exigirse en una sociedad que se llama a si misma democrática.

II) Breve análisis y crítica del proyecto de ley

Antes de referirme al texto del proyecto de ley en sí, me gustaría realizar un pequeño alcance sobre sus antecedentes, donde se reconoce la importancia de una institucionalidad nacional antidiscriminación, pero que no la incluye en su articulado, pues es de resorte exclusivo del ejecutivo. Hago un llamado entonces a exigir al ejecutivo que sea proactivo en su creación, la reforma a esta ley es parte del programa de gobierno electo y la necesidad de un órgano estatal especializado en prevención y políticas públicas en materia de no discriminación no podría ser más urgente.

En cuanto a las modificaciones específicas propuestas por el proyecto de ley:

Modificación al artículo 1: Si bien mejora la definición vigente, y apunta en la dirección correcta, pues agrega la referencia al principio de igualdad fundamental, aun se sigue quedando corta en lo que se necesita. En lo principal: no restaura la ley a su objetivo original, sigue incluyendo la palabra "arbitraria" cuando no corresponde, la definición de discriminación sigue siendo incompleta y desactualizada respecto del actual estado del derecho internacional de los derechos humanos.

Modificación al artículo 2: Son modificaciones útiles porque salvan ambigüedades y eliminan toda duda sobre la no taxatividad de las categorías sospechosas de sufrir discriminación. Sería un avance adicional si se incluyera además las "características sexuales" como categoría protegida, de manera de incluir a las personas intersex.

Suprimir el inciso 3, esto es extremadamente importante, pues elimina la jerarquización de derechos que limitaba totalmente la efectividad de la ley, por las razones antes enunciadas, permite al juez ponderar derechos en el caso concreto y deja de considerar este derecho como uno de segunda categoría.

Modificación al artículo 10: Agrega un inciso 3, que es importante pues agrega prueba indiciaria, tal como se hace en la legislación laboral, reconoce la carga dinámica de la prueba, y la invierte, cargando al denunciado.

Modificación al artículo 12: Elimina el inciso tercero, que estipulaba la ilógica multa para el recurrente, lo que celebramos. También consideramos importante el aumento del monto de la multa, pero debemos recalcar que este debe constituir un disuasivo verdadero; no podemos permitir que una gran corporación pueda "pagar por discriminar" pues le reporta más beneficios hacerlo que el monto de la multa. Recomendamos que el tope máximo de la multa sea mayor, de manera que puede ser apreciado por el juez en una gama más amplia para los casos en que lo requiera.

Agrega además una indemnización entre 40 y 200 UTM, lo que es positivo al incluir una reparación efectiva a la víctima de discriminación, inexistente actualmente. No obstante, en este caso el tope máximo es una limitación injustificada para el juez, pues ¿qué ocurre si el denunciante logra acreditar perjuicios mucho mayores? En cualquier juicio civil no hay duda de que deberá entregarse el monto probado, pero en este caso tendría que iniciar un nuevo juicio civil por la diferencia, lo que es del todo ilógico. Recomendamos otorgar mayor amplitud al rango para determinarla, poniendo como monto máximo el que logre ser acreditado ante el tribunal por daños de carácter patrimonial y extrapatrimonial.

A partir de lo anterior, es que a continuación entregamos por escrito a la comisión, una serie de recomendaciones de mejora al proyecto de ley, en aras que, a partir de esta muy buena base, podamos tener la Ley Integral Antidiscriminación que realmente necesitamos.

III) Mejoras Necesarias

Considerando que la ley requiere una cirugía mayor, además del deber de integrar medidas de educación y prevención, corresponde exigir más bien una Ley Integral Antidiscriminación (LIA), acompañada de un reglamento que le otorgue efectividad para cumplir las exigencias mínimas a las que Chile ya se ha comprometido según tratados Internacionales de Derechos Humanos, cuyo texto según la doctrina mayoritaria se entiende incorporado a la Constitución debido a la cláusula del Art 5 inciso segundo. Por ello deben incluirse a lo menos (y aparte de las que ya introduce este proyecto de Ley) las siguientes modificaciones:

- Otorgar garantías efectivas de prevención, sanción y reparación a las víctimas, haciéndose cargo de remediar el problema de acceso a la justicia que afecta a comunidades históricamente marginalizadas, mediante la protección reforzada del Estado.
- Restablecer el propósito original de la Ley, de "Prevenir y eliminar toda forma de discriminación".
- Ampliar la definición de discriminación a la discriminación indirecta, estructural, múltiple, hostigamiento y revictimización. Además, incorporar y sancionar la incitación al odio y a la discriminación que se enmarque en el ámbito de la incitación a la violencia física y psicológica.
- Eliminar de una vez por todas el término "arbitrario" y cualquier otra expresión que denote una justificación o limitación a priori de su eficacia.
- Agregar entre las categorías protegidas las "características sexuales", de manera de visibilizar la situación de las personas intersex y facilitar la aplicación de la ley en su caso.
- Eliminar como causales de admisibilidad las letras b, c y d del artículo 6º de la normativa que impide impugnar los contenidos de leyes vigentes y de sentencias.
- Derogar el artículo 18 y reemplazarlo por una interpretación pro-persona y pro-víctima.
- Incluir todos los tipos de reparación reconocidos por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y morigerar la limitación a las indemnizaciones que el proyecto establece.

- Especificar la agravante de carácter penal que el proyecto establece, disminuyendo su estándar de prueba y requisitos (de “crimen motivado por” a “que sus circunstancias denoten”). Además de capacitación para jueces y fiscales en la aplicación de esta ley, de acuerdo con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad en el caso de personas pertenecientes a grupos históricamente desaventajados.
- Creación de institucionalidad antidiscriminatoria con patrimonio suficiente y competencias para elaborar e implementar políticas públicas, incluyendo potestad reglamentaria, de manera que es deber del Congreso es exigir al ejecutivo la introducción de un proyecto de ley o indicaciones en este sentido.
- Especificar a través de un reglamento y hacer obligatorio el mandato para la Administración del Estado referente a elaborar e implementar políticas que garanticen todos los derechos sin discriminación, además de encomendarle realizar acciones afirmativas en el marco de su competencia para la erradicar la discriminación.

Les dejo con dos reflexiones finales, primero recordarles, que el proyecto de ley original fue presentado en marzo de 2005, misma época en que entré a primer año básico; aprobada en 2012, cuando entraba a enseñanza media y ahora a mis veinte años y en cuarto año de universidad, puedo dirigirme a ustedes y denunciar que en casi toda mi vida no han avanzado un ápice en brindarnos la protección que necesitamos de acuerdo con estándares mínimos de Derechos Humanos. ¿No creen que nos han hecho esperar lo suficiente? Han muerto cientos en el camino, esperando, y a miles les han cortado las alas.

Señores y señoras senadores, sus antecesores están en deuda con nosotres, ellos, dejaron el proyecto original de ley antidiscriminación dormir el sueño de los justos durante 7 años en esta cámara, luego lo cercenaron, cambiaron su objetivo y aprobaron uno infinitamente menos protector, porque Daniel Zamudio había sido asesinado recientemente y necesitaban enviar una señal política. El precio que tuvimos que pagar fue muy alto, una ley mal hecha, a la rápida, que no nos protegió de seguir siendo discriminades, maltratades y asesinades. Lo mínimo que ustedes pueden hacer para pagar esa deuda es mejorar y aprobar este proyecto de ley, sin reformas cosméticas, sin colores políticos, porque la discriminación es una y nos afecta a todes.