

DIVERSIDAD SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS

SÍNTESIS

A pesar de un creciente interés por parte de autoridades y líderes de opinión, los derechos de las personas de orientación sexual diversa se mantienen en una precaria situación. Quienes no tienen una orientación heterosexual están expuestos a discriminación social y violencia, tanto física como síquica. El Estado, por su parte, mantiene una postura ambivalente: ante la comunidad internacional promueve la adopción de instrumentos en favor de los derechos de minorías sexuales, pero internamente se advierte un escaso avance de las políticas públicas y un alto grado de desconocimiento respecto de las características propias de cada grupo. El capítulo analiza con detención el caso de personas transexuales e intersexuales, destacando algunos fallos que, debido a su disparidad de criterios, no alcanzan a marcar una tendencia en la materia. Al final, se plantean recomendaciones.

PALABRAS CLAVE: Diversidad sexual, transexualidad, intersexualidad, discriminación, caso Atala, Servicio Médico Legal, uniones civiles.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo destaca las principales violaciones a los derechos humanos padecidas por miembros de minorías sexuales en Chile, y también algunos avances, especialmente en temas jurisprudenciales. También, así como en años anteriores se planteó el tema de la transexualidad, para sacarlo de la invisibilidad y marginación que ha experimentado por mucho tiempo, este año se discute el tema de la intersexualidad, que sigue teniendo poca visibilización incluso dentro de las comunidades y agrupaciones de minorías sexuales.

En términos generales, durante el período 2008-2009 hubo un descenso de la violencia física hacia las minorías sexuales: no se registró

ningún asesinato, mientras que en 2007 se registraron cuatro.¹ No obstante, un extenso estudio realizado con miembros de estos grupos mostró que un 80,3% había sido víctima de discriminación en ámbitos laborales, institucionales y sociales, y un 29,8% alegó haber sido excluido o marginado en su ambiente familiar.² A pesar de que se considera que hay una mayor apertura cultural hacia las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante, LGBTI), el estudio demuestra la profundidad de las sanciones culturales y sociales que aún se ejercen en Chile contra estas minorías. Es necesario sensibilizar a la población chilena en temas de orientación sexual e identidad de género, y buscar soluciones legislativas y jurídicas que garanticen los derechos constitucionales de igualdad, integridad física y psíquica, y dignidad.

El Consejo Internacional sobre Políticas Públicas en Derechos Humanos, al tratar los derechos sexuales en su sentido amplio,³ ha apuntado hacia la falta de coherencia de las políticas públicas relativas a estos asuntos en el mundo. Por ejemplo, cuando se compara a Chile con otros países de la región queda en evidencia su retraso normativo en la materia, atendiendo a las protecciones constitucionales en Ecuador, la jurisprudencia colombiana, la ley de identidad de género en Ciudad de México y las uniones civiles en Uruguay.

A pesar de las declaraciones de campaña de los candidatos presidenciales en favor de la regularización de la situación patrimonial de parejas del mismo sexo, las estructuras institucionales permanecen cerradas al tema y se constata una gran falta de conocimiento entre los funcionarios estatales. El Estado chileno envía señales positivas a la comunidad internacional, pero se estanca en el reconocimiento fáctico de los derechos de los individuos adscritos a minorías sexuales. Esta ambigüedad entre discurso político y respuesta estatal se extiende a la judicatura, cuyas interpretaciones jurídicas en ocasiones favorecen los derechos de las personas LGBTI pero en otras los perjudican.

Así, Chile se presenta como un país donde existe la intención manifiesta de proteger a los colectivos vulnerables, pero los hechos no se condicen con los propósitos declarados. Por una parte, en 2008 se decretó la admisibilidad del caso *Karen Atala e hijas vs. Chile* en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para considerar si los derechos establecidos en la Convención Americana habían sido vulnerados tras la decisión emitida

¹ Movilh, VII informe anual. *Derechos humanos de las minorías sexuales chilenas. Hechos 2008*, www.movilh.cl, p. 5.

² Jaime Barrientos y otros, *Política, derechos, violencia y diversidad sexual: Primera encuesta marcha del orgullo y diversidad sexual*, Santiago, Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, 2008, p. 38.

³ El término "derechos sexuales" surgió en los últimos años en la ONU y en organizaciones no gubernamentales para incluir los derechos reproductivos y a la salud sexual, los derechos LGBTI, la violencia contra las mujeres, el tema del VIH/SIDA y los derechos del niño. International Council on Human Rights Policy, "Sexuality and Human Rights: Discussion Paper", Suiza, 2009, p. 7, www.ichrp.org/files.

por la Corte Suprema en mayo de 2004; por otra parte, tanto en la ONU como en la OEA el Estado chileno ha apoyado resoluciones para acabar con la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

En el Legislativo el panorama es similar: la lenta y complicada tramitación en el Senado de la ley que establece medidas contra la discriminación, sobre todo en cuanto a la cláusula que cubre la orientación sexual, demuestra los obstáculos internos para avanzar en el área normativa en estos temas.

Sin perjuicio de ello, hay que reconocer el mayor interés de miembros de la clase política en apoyar proyectos relacionados con la identidad de género y la orientación sexual.

Este capítulo delinea primero la situación general de los derechos humanos de las personas LGBTI en Chile durante el período 2008 a 2009, respondiendo a los temas tratados en años anteriores. Luego se analiza el tema de la intersexualidad, enfatizando su tratamiento por parte de los tribunales de justicia. El ataque contra dos transexuales en Valparaíso, en junio de 2009, suscitó un llamado de la Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas (IGLHRC) para que la comunidad internacional actúe en favor de estas personas denunciando tales hechos.⁴

Se detallarán los avances y retrocesos en el área jurídica y el área normativa, haciendo énfasis en la ley que establece medidas contra la discriminación, la presentación de un proyecto de matrimonio y el debate en torno a las uniones de hecho. Finalmente se considera la posición del gobierno chileno en el exterior, principalmente dentro de los organismos internacionales y regionales como Naciones Unidas y la OEA.

1. SITUACIÓN GENERAL

En versiones anteriores del *Informe* se ha mostrado que la discriminación en ámbitos laborales, sociales e institucionales forma parte del día a día de aquellos cuya identidad de género u orientación sexual difiere de los binarios de la masculinidad o feminidad, o heteronormatividad.

En una encuesta realizada durante la Marcha de Orgullo y de la Diversidad en septiembre de 2007, de los 488 encuestados el 84,4% declaró haber sido víctima de agresión y un 80,3% de discriminación⁵. La misma encuesta se realizó en ciudades como Río de Janeiro, Buenos Aires y Sao Paulo, y Santiago demuestra la mayor incidencia de agresión y discriminación. Aunque estos datos no se pueden generalizar por haber una mayoría de jóvenes entre la población encuestada, el estudio es la

⁴ "Chile: Demand Investigation Into Attacks on Transgender People in Valparaíso", 27 de julio de 2009, www.iglhrc.org.

⁵ Barrientos y otros, *Política, derechos, violencia y diversidad sexual: Primera encuesta marcha del orgullo y diversidad sexual*, p. 38.

encuesta más extensa con que se cuenta de las percepciones de las poblaciones LGBTI sobre discriminación y violencia.

En cuanto a las incidencias de discriminación, los ambientes donde estos individuos se sintieron más discriminados fueron en el barrio por vecinos (33,1%), en un ambiente religioso (33,1%) y en el lugar de estudio (33,3%). Además, el 29,8% indica “haber sido excluido o marginado de su ambiente familiar, y el 26,3% de un grupo de amigos”. La relevancia de estos datos tiene que ver con “la proximidad e intimidad que suponen estas relaciones para quienes las viven y experimentan”, esto es, las minorías sexuales sufren de discriminación en los ámbitos más primarios de socialización de las personas.

La encuesta también afirmó la prevalencia de discriminación en comisarías (21,7%) y servicios de salud (15,8%), lo que demuestra su grado de institucionalización. Lejos la población que más sufre discriminación es la *trans*, que la reporta en las comisarías en un 57,9%, en el trabajo en un 52,6%, y por servicios de salud, Policía de Investigaciones y ambientes religiosos en un 42,1%.

El informe anual 2008 del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) detalla esa prevalencia de discriminación institucional. Sin embargo, cabe destacar el hecho de que ningún asesinato transfóbico ni homofóbico se dio a conocer durante el período, por lo que se puede concluir que no han existido vulneraciones graves del derecho a la vida este último año.⁶ Pero el Movilh registró un aumento de 14%, comparado con 2007, en las denuncias por discriminación. Ello sugiere que lo que aumenta es la decisión de personas LGBTI para atreverse a reclamar sus derechos y asumir una posición visible en la sociedad respecto de su orientación sexual o identidad de género.⁷

En cuanto a Carabineros, las señales son mixtas. Hay indicaciones de que se están generando cambios en su comportamiento, tanto en los rangos internos como en la vía pública, pero las discriminaciones y las arbitrariedades persisten. Una denuncia interpuesta en junio de 2003 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la Fundación La Morada, y luego tomada por la Corporación Humanas, sobre una carabinera que había sido investigada por ser lesbiana, se resolvió en 2008 tras llegar a un acuerdo de solución amistosa.⁸ En el caso se planteaba la violación “por el Estado de Chile de sus derechos a la integridad personal, la honra y dignidad, la igualdad ante la ley y la protección judicial, consagrados en los artículos 5, 11, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pero se pudo llegar a un acuerdo gracias a la voluntad de los altos rangos de Carabineros, sostiene la abogada de

6 Movilh, *VII informe anual. Hechos 2008*, p. 5.

7 *Id.*, p.8.

8 CIDH, Petición P-490-03, *Peticionaria vs. Chile*, acuerdo de solución amistosa.

la Corporación Humanas Helena Olea.⁹ Entre los requisitos acordados estaban la publicación del acuerdo en el *Diario Oficial*,¹⁰ una carta de disculpas de la institución y garantías de no repetición y de reparación.

Otros casos han sido más complejos, y cuestionan la efectividad de la aplicación de la normativa interna de la policía que prohíbe las distinciones arbitrarias. En la Circular N° 1.671 de 18 de enero de 2007 se consagran “los criterios e indicaciones para la protección de la honra y dignidad de las personas en indagaciones administrativas, estableciendo la importancia de garantizar el debido proceso administrativo y de investigar solamente situaciones de relevancia administrativa, respetando la vida privada, honra y dignidad de las personas”¹¹. La circular menciona que el debido proceso en este caso

está constituido por aquellas condiciones que aseguran una adecuada defensa de los intereses del funcionario público a quien afecta un proceso administrativo. (...) Las garantías procesales más importantes que se deben respetar en todo proceso administrativo están constituidas por los siguientes derechos: ser oído por un investigador imparcial; presunción de inocencia; conocimiento del inculpado de los cargos que se le formulen y el derecho de contestar estas imputaciones; concesión de tiempo y de medios adecuados para la preparación de su defensa que incluyen el conocimiento íntegro de las resoluciones que se dicten y de las demás piezas del expediente; posibilidad de solicitar diligencias probatorias que puedan arrojar luz sobre los hechos; no ser obligado a declararse culpable; y el derecho de impugnar las resoluciones desfavorables ante el superior jerárquico de quien resolvió de acuerdo a la forma y plazo que se establecen en la reglamentación institucional.

Paradójicamente, el caso de los carabineros Víctor Rivas y Armando Salgado aún no está resuelto, a pesar de declaraciones oficiales en contrario. Ellos fueron obligados a renunciar en mayo de 2007. Al rechazarse su solicitud de reincorporación, presentada en julio de 2008,¹² en mayo de 2009 ambos presentaron demandas de nulidad de derecho público, patrocinadas por la Corporación Interés Público y con el apoyo de Movilh. Carolina Tagle, abogada de la Corporación, comentó que las demandas buscan “declarar nulas las resoluciones que determinaron

9 Entrevista personal, 7 de abril de 2009.

10 *Diario Oficial*, “Difusión del acuerdo de solución amistosa”, 30 de abril de 2008, Decreto N 117 Modifica N-26.

11 Boletín Oficial de Carabineros de Chile 4155, Circular 1.671, pp. 109895-199887, www.humanas.cl/documentos.

12 Movilh, *VII informe anual. Hechos 2008*, pp. 78-81 y 101-102.

sus bajas y los actos de renuncia voluntaria que las motivaron”,¹³ para que sean reincorporados a sus puestos. Además se exige una indemnización de perjuicios. Los derechos constitucionales violados en este caso, se alega, incluyen el derecho a la privacidad y a la honra, el derecho a la integridad personal y el derecho a la igualdad ante la ley.

El artículo 19 N° 4 de la Constitución establece el respeto y protección de la vida privada y de la honra de la persona y su familia, y el derecho a la privacidad, según la demanda, “se entiende como el derecho a vivir sin intromisiones en lo más personal de su vida”.¹⁴ Dos intromisiones han ocurrido en esta instancia: primero, haber expuesto la vida privada de ambos carabineros al forzar su renuncia por causa de su orientación sexual, y luego, compelerlos a reclamar públicamente sus derechos para lograr el apoyo legal y de la opinión pública. Si bien Víctor Rivas y Armando Salgado son los primeros en enfrentar a Carabineros de manera pública y abierta por violaciones a sus derechos, no son los únicos que se ven forzados a revelar aspectos de su vida privada con tal de asegurar sus derechos; en sus palabras, “de todas maneras es mejor público, por eso tomé esa decisión, yo sabía que iba a ejercer mas presión y... nos [los Carabineros] llamaron al tiro”.¹⁵

Los afectados comentaron que su lucha no era solo por ellos sino para que las siguientes generaciones no tengan que sufrir las mismas vulneraciones de sus derechos. Lo mismo han hecho otros protagonistas de casos considerados “emblemáticos”, como la jueza Karen Atala. Refiriéndose a la decisión de llevar su caso a la Comisión Interamericana, Atala afirmó:

Sí, es lo mínimo que puedo hacer para que esto no vuelva a ocurrir de nuevo en Chile a ninguna otra madre lesbiana ni padre gay (...). Mi caso ya no es personal, es político, simboliza en sí las constantes y permanentes discriminaciones sufridas en este país por las personas LGBTI.

(...) nos perjudicó terriblemente... [los periodistas] lo siguen tratando como un caso de carácter privado, casi anecdótico, con morbo, pero no dimensionan lo que ello conlleva; la discriminación que se me hizo; como mujer, como persona. Sufrí el reproche moral de una elite que conserva el poder y fui sancionada por arrancarme del sistema heterosexual, patriarcal, y lo más patético es que los medios no tienen la capacidad de entender el trasfondo violatorio a los derechos humanos en mi caso.¹⁶

¹³ Emol, “Ex carabineros gays demandaron al Estado por \$100 millones”, 28 de mayo de 2009.

¹⁴ Demanda de nulidad de derecho público presentada el 28 de mayo de 2009 ante la Corte de Apelaciones de Santiago (en poder de los autores).

¹⁵ Entrevista personal, 2 de junio de 2009.

¹⁶ “El mundo privado de Karen Atala”, *Rompiendo El Silencio* 5, Santiago, junio de 2009.

Del mismo modo, Sandra Pavez, cuyo caso se examina más adelante, también cuestiona a los medios: “Yo creo que la televisión nunca anda en busca de la mamá o de la hermana de un hetero, pero sí andan buscando hijas de o mamás de o hermanas de lesbianas... ¿Pero por qué? ¿Por qué? ¿Qué somos nosotros?”.¹⁷

En el caso del detective César Contreras, la solicitud de nulidad de derecho público que busca su reincorporación a la Policía de Investigaciones fue presentada el 7 de mayo de 2009, para que se considere nula la baja emitida en enero de 2006.¹⁸ Uno de los argumentos de la demanda es la protección de la garantía constitucional de la igualdad. Cabe recordar que el artículo 19 N° 2 de la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley,¹⁹ por lo que la demanda argumenta que

Se trata de una igualdad jurídica que impide que se establezcan o apliquen excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de una parte, y que proscriba la discriminación arbitraria, de otra.²⁰ En este sentido, la obligación constitucional de no discriminación alcanza tanto a la elaboración de las leyes, así como a su aplicación. Este segundo aspecto es el que nos concierne (...) la igualdad ante la ley implica una igualdad desde el punto de vista de la aplicación de la norma o en el trato, sea por la autoridad administrativa o de cualquier tipo de agente, estando vedada para la Administración el ejercicio discriminatorio de sus facultades.²¹ De acuerdo a las antecedentes de hecho expuestos en lo principal de esta demanda, queda de manifiesto que no hay razón alguna que permita a la Administración justificar mi baja. Es más, todos los antecedentes apuntan a que la única razón tras mi baja es mi orientación sexual, constituyéndose una diferenciación arbitraria, de aquellas que prohíbe nuestra Carta Fundamental.²²

En relación con el derecho a la igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

¹⁷ Entrevista personal, 6 de julio de 2009.

¹⁸ *El Mercurio*, “Ex detective demanda al Fisco por homofobia en las fuerzas del orden”, 7 de mayo de 2009.

¹⁹ “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

²⁰ Mario Verdugo y otros, *Derecho constitucional*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

²¹ Rodolfo Figueroa, “Igualdad y discriminación”, en F. González y F. Viveros, *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2000, pp. 46-50.

²² Demanda de nulidad de derecho público presentada el 7 de mayo de 2009 ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.²³

Dentro de la jurisprudencia nacional se ha considerado que la igualdad y no discriminación “constituye una base de la actual organización de la sociedad [que permite] que todos los hombres [y mujeres], cualquiera que sea su posición social, su fortuna, su origen, gocen de unos mismos derechos”.²⁴ Los abogados de César Contreras además sostuvieron que tanto el sistema internacional de protección de los derechos humanos como la jurisprudencia internacional respectiva han incluido la discriminación por orientación sexual dentro de la prohibición general de discriminación,²⁵ y que en Chile la Corte Suprema ha dictaminado, en línea con la jurisprudencia internacional, que la persona que decide explicitar su orientación homosexual, “como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos”, no merece por ello “reprobación o reproche jurídico alguno”.²⁶

Los casos de los dos carabineros y el detective son ejemplos de la falta de tolerancia de las instituciones en cuestión hacia diversas manifestaciones de identidad de género y orientación sexual. En la vía pública, sin embargo, Carabineros ha demostrado una actitud menos hostil hacia personas LGBTI, y el Movilh no registró ningún atropello cometido durante 2008 por sus funcionarios. El Movimiento Unificado de Minorías Sexuales (MUMS) sí presentó, junto con el diputado Marco Enríquez-Ominami, una querrela por abusos policiales. El recurso legal fue presentado el 19 de marzo de 2009 en el 7° Juzgado de Garantía de Santiago Centro, por hechos ocurridos en el Parque Forestal el 6 de marzo. Allí el joven agredido relata que

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55, citado en la demanda presentada en el caso de César Contreras.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 131-86, 6 de octubre de 2006.

²⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Toonen vs. Australia*, N° 488/1992, 31 de marzo de 1994; Comisión Europea de Derechos Humanos, *Sutherland vs. the United Kingdom*, N° 25186/94.

²⁶ Corte Suprema, Rol 1193-2004, 31 de mayo de 2004. Citado en la demanda presentada en el caso de César Contreras.

un carabinero me agarra fuertemente de el cuello y me pide mi carnet, al pasárselo el carabinero no me dice nada, luego me dice “echa el tufo”, al oler mi aliento tampoco dice nada y me golpea en la cara... Me da vuelta y me empieza a golpear fuertemente en la nuca y me empieza a insultar diciéndome maricón kuliao que te creí hombre maricón xuxetumare. Luego me empuja y me da vuelta golpeándome en la espalda con combos y dándome de patadas, en eso yo me caigo y el carabinero saca el palo y empieza a golpearme fuertemente en las piernas hasta que me levanta del cuello y me dice camina maricón xuxetumare, etc etc.”²⁷

La ocurrencia de casos como éste o el de Víctor Rivas y Armando Salgado demuestra la necesidad de reforzar las iniciativas educativas y de capacitación para tratar estos temas entre los actores institucionales, para que así haya mayor coherencia con las declaraciones de la policía, que dice promover actuaciones coherentes con el debido proceso y el respeto de la dignidad y la honra. Las recomendaciones apuntan en primer lugar a que el Gobierno chileno promueva la ley que establece medidas contra la discriminación, pero también a medidas como campañas publicitarias para aumentar la sensibilización de la población en general, y especialmente de los funcionarios públicos. Puesto que muchos grupos y movimientos de personas LGBTI enfocan su trabajo en levantar obstáculos socioculturales, el Gobierno debería trabajar en conjunto con ellos para lograr mayor eficacia. Varios países latinoamericanos han realizado campañas de este tipo, entre ellos México, Argentina y Brasil.²⁸ Las campañas nacionales de Brasil y Argentina contra la homofobia²⁹ deberían tomarse como ejemplo y expandirse al combate de la transfobia.

2. INTERSEXUALIDAD

La intersexualidad, que hasta ahora no había sido tratada por el *Informe* (en parte por la extrema invisibilidad en torno de esta realidad, incluso dentro de las mismas comunidades LGBT, y fomentada principalmente por instituciones y prácticas médicas), antes era conocida como hermafroditismo y se define como una anatomía que no coincide con

²⁷ “MUMS y diputado Marco Enríquez presentaron querrela por abusos policiales contra joven gay”, www.mums.cl.

²⁸ Conferencia *Global Arc of Justice: Sexual Orientation Law Around the World*, plenario “LGBT Rights in Latin America”, Los Ángeles, UCLA, 11 de marzo de 2009. En el plenario, Jorge Saavedra, jefe de Asuntos Globales de la AIDS Healthcare Foundation de Amsterdam, dio un ejemplo de una campaña publicitaria radial realizada en México, que consistía en una conversación entre un joven y su madre acerca de la pareja del primero, en que se dice que la pareja es del mismo sexo.

²⁹ Id., plenario “National Leaders: What National Governments Are Doing to Advance LGBT Rights?”.

lo masculino ni con lo femenino, y puede consistir en ambigüedades cromosómicas, genitales o del sistema reproductivo.³⁰ Se estima que la población intersexual varía entre 1,7% y 4% de la población total.³¹

La falta de conocimiento sobre la intersexualidad no es un fenómeno nacional sino global, y no solamente conlleva la violación de los derechos de personas *intersex*: también complica la tramitación de sus casos ante los tribunales. A pesar de que se ha cuestionado hasta qué punto la intersexualidad se debería considerar en el marco de las minorías sexuales, se incluye en el presente *Informe* pues se entiende como una realidad cuyos problemas pueden enmarcarse en el ámbito de los derechos de personas de orientación sexual diversa, los que abarcan los derechos a la integridad física, a la integridad síquica, a expresarse libremente y a informarse sobre el propio cuerpo, entre otros.³² La organización Global Rights, que realiza un destacado trabajo en favor de los derechos de estas personas, afirma que

Todos tienen derecho a decidir lo que hacen con sus cuerpos, a decidir de manera personal acerca del sexo y de la sexualidad y a participar en asuntos públicos, sin perjuicio de su sexualidad o identidad de género.³³

En la actualidad, tanto el tema de la intersexualidad como el transexualismo dan cuenta de los obstáculos que enfrentan los individuos para decidir sobre sus propios cuerpos, lo que se traduce en la vulneración constante de los derechos a la integridad física y psíquica, a un trato igualitario, a una identidad sexual y al libre desarrollo de la personalidad. El tema, además, tensiona especialmente el cruce entre los mundos privado y público, donde el cuerpo privado del individuo se ve enfrentado al cuerpo político, y requiere una manera de conceptualizar los derechos humanos que aborde estos cuerpos.³⁴

Existe poca jurisprudencia en materia de intersexualidad en el mundo. La Corte Constitucional de Colombia lidera el debate hasta ahora, con fallos en 1995³⁵ y luego en 1999 que reconocen los derechos al consentimiento informado del paciente y a la autonomía corporal, dentro del marco de los derechos del niño.³⁶

30 San Francisco Human Rights Commission, "A Human Rights Investigation Into the Medical 'Normalization' of Intersex People — A Report on the Hearing of the San Francisco Human Rights Commission", 28 de abril de 2005, p. 4, www.sfgov.org.

31 Sharon E. Preves, *Intersex and Identity: The Contested Self*, Nueva York, Rutgers University Press, 2003.

32 Global Rights 2008, *Demanding Credibility and Sustaining Activism: A Guide to Sexuality-Based Advocacy*, p. 24.

33 *Id.*

34 International Council on Human Rights Policy, "Sexuality and Human Rights: Discussion Paper", Suiza, 2009, p. 2, www.ichrp.org/files.

35 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-477/95.

36 Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-337/99 y sentencia T-551/99.

Un ejemplo de la ausencia de acción política de personas intersexuales se ve en la encuesta realizada por el Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos en 2007: de las 488 personas entrevistadas, ninguna se identificó como intersexual. El poder de la sanción social cae fuerte sobre esta población, y se origina en buena parte en las prácticas médicas dominantes que buscan asignar un sexo al recién nacido tras una serie determinada de exámenes. Esto tiene como consecuencia la imposición de un género al bebé, sea por decisión del médico o de los padres.³⁷ El problema reside en que los efectos a largo plazo no siempre se conocen desde tan temprana edad. En la década de 1990 creció el cuestionamiento de las cirugías correctivas a niños nacidos con genitales ambiguos: antes de ello había consenso médico en "adecuar" a estos niños al género masculino o femenino para que no sufrieran discriminación,³⁸ sin embargo, se dieron a conocer casos en que esa asignación de género, en operaciones que son irreversibles, había dañado profundamente a personas que de mayores habían decidido vivir como una persona del otro género. Así, en Estados Unidos y luego en Colombia³⁹ se empezó a cuestionar esta práctica médica y a reclamar por los derechos a la integridad física y consentimiento del niño,⁴⁰ pues el precio que se paga "por la imposición de la heteronormatividad es (...) muy alto".⁴¹

En Chile, a fines de 2008, se dio a conocer el fallo de un juicio que tenía como demandante a un receptor de esta intervención médica. En 1993, en el Hospital de Talca, un médico operó a un bebé para asignarle el género femenino, pero doce años después unos exámenes indicaron que era de género masculino. Debieron pasar tres años para que hubiera un pronunciamiento sobre el caso y, tras muchas pruebas y peritajes se decidió otorgar al demandante una indemnización por daño moral de cerca de 100 millones de pesos. El abogado del caso, Rodrigo González, comentó:

37 Paula Víturo, "Derecho al propio cuerpo", *Justicia y Derechos del Niño* 4, pp. 103-195.

38 Julie Greenberg, "Legal Aspects of Gender Assignment", *The Endocrinologist* 13(3), junio de 2003, pp. 277-285.

39 En 1997 una revista médica dio a conocer el caso de "Juan/Juana". "Juan" era un niño cuyo pene fue destrozado en un accidente durante una circuncisión en la década de los sesenta. A pesar de que no era un niño *intersex*, los médicos decidieron que la mejor manera de reparar la situación sería cambiarle el sexo. Durante años se pensó que la cirugía había sido exitosa y que "Juan" había asumido su papel de "Juana", pero, a pesar de que extirparon el pene y los testículos y le dieron estrógeno, Juan nunca desarrolló una identidad femenina. Hoy vive como hombre nuevamente, está casado con una mujer, se operó para que sus genitales se vean más masculinos y para sacar las mamas que se le habían formado con el estrógeno. En la Sentencia T-477/95, sobre un caso muy parecido al de "Juan/Juana", la Corte dictó que los padres no pueden dar consentimiento para cirugías que determinen la identidad sexual de un niño. La garantía de la Corte Constitucional al libre desarrollo de la personalidad del individuo implica el derecho a definir su identidad sexual. Ver "Background of Colombia Decisions".

40 Intersex Society of North America, *ISNA's Amicus Brief on Intersex Genital Surgery*, 7 de febrero de 1998.

41 Víturo, "Derecho al propio cuerpo", p. 103.

Nos sentimos satisfechos, porque en el fallo se establece que los médicos que operaron al niño actuaron en forma apresurada y deficiente, ya que a la época en que ocurrieron los hechos existían otros exámenes que permitían tener la seguridad de si la extirpación era realmente necesaria. A la vez, también ha quedado claro que los padres jamás dieron el consentimiento para esa intervención.

(...)

el Servicio actuó apresurada y, por lo mismo, deficientemente, pues existían a la sazón otros exámenes médicos disponibles que debieron practicarse a Marycarmen una vez que se descubrió que tenía testículos, para lograr así la debida certeza acerca de su identidad sexual y otorgar a sus padres la información correcta con la que aquéllos pudieran decidir acerca de la extirpación de dichos órganos y, en seguida y más importante, la condición de hombre o mujer con la que su hijo enfrentaría a la vida y a la sociedad.⁴²

El fallo, en todo caso, no analizó los aspectos relativos a la intersexualidad, la asignación unilateral de género ni los derechos del niño, sino que se basó en la falta de consentimiento de los padres y la falta de información entregada por el hospital. No obstante, el caso resulta significativo por varias razones: porque revela el poder que tienen los médicos en casos de *intersex*, el control que ejercen sobre los afectados, y porque ha contribuido a la visibilización de la intersexualidad y de la importancia del consentimiento, el que también puede ser analizado desde otro punto de vista, que es la perspectiva del niño.

Dos fallos de la Corte Constitucional de Colombia crearon la figura del “consentimiento informado calificado y persistente”,⁴³ que obliga a los médicos a informar detalladamente sobre los riesgos de la cirugía y sobre tratamientos alternativos. Así también, según esta Corte, el consentimiento debe ser por escrito y obtenido periódicamente para asegurar que los padres entiendan la naturaleza de la condición de su hijo. Se agrega que no se puede decidir en los casos de niños mayores de cinco años, debido a que su identidad de género ya está establecida. De este modo se restringe la posibilidad de que los padres decidan si someten a su hijo a cirugía de reasignación sexual.

En los antecedentes de los casos colombianos se contemplaba que las tendencias sociales y culturales dominantes influirían en las decisiones de los padres. En un *amicus curiae* presentado ante la Corte colombiana se alega que, según el Código de Nuremberg, las prácticas médicas experimentales realizadas sin el consentimiento del paciente constituyen un

crimen contra la humanidad. El primer principio del Código aborda el derecho del consentimiento informado del siguiente modo:

El consentimiento voluntario del individuo humano es absolutamente esencial. Esto significa que la persona involucrada debería tener capacidad legal de dar su consentimiento; debería estar en la situación de ser capaz de ejercer su libre poder de elección, sin la intervención de ningún elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción, extralimitación u otra forma ulterior de coerción; y debería tener suficiente conocimiento y comprensión de los elementos del asunto individual implicado, de manera que esté capacitado de tomar una decisión lúcida y entendida.⁴⁴

La perspectiva de la Corte Constitucional colombiana favorece los derechos del niño por sobre el control legal parental sobre los hijos. La Convención Americana establece que “todo menor de edad tiene derecho a las medidas de protección requeridas por su condición de menor por parte de su familia, la sociedad y el Estado” (art. 19), además de reafirmar los derechos a la integridad moral, mental y física (art. 5) y el derecho a la privacidad (art. 11). Y la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todos los Estados deben “proteger al niño de todas las formas de violencia física o mental, lesión o abuso, negligencia o trato negligente, maltrato y explotación (...) mientras se halle al cuidado de sus padres, tutores legales o cualquier persona que tenga al niño bajo su cuidado” (art. 19), y garantizar que “ningún niño será sometido a tortura o cualquier otro tratamiento cruel, inhumano o degradante” (art. 37). La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Chile en agosto de 1990.

No es factible pretender que en el corto plazo el Estado de Chile reconozca los derechos de las personas *intersex* en los mismos términos que la Corte Constitucional colombiana. Se requiere una apertura al interior de la profesión médica y entre abogados y jueces, además de un mayor acceso a información. Es fundamental que se abra el debate sobre las implicaciones éticas, legales y psicológicas de la asignación de género, para potenciar la reflexión y visibilización del tema. Los fallos colombianos terminan citando al doctor William G. Reiner, especialista de las Universidades de Oklahoma y Johns Hopkins, para quien todos tenemos que aprender a vivir con estas personas, y no solo eso, tenemos que aprender de ellos.⁴⁵ Para contribuir a crear conciencia sobre el tema es que se trata en este *Informe*.

⁴² Agrupación de Apoyo a la Disforia de Género, “Ordenan pagar millonaria indemnización por fallido cambio de sexo a bebé recién nacido”, 29 de diciembre de 2008l.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-337/99 y sentencia T-551/99.

⁴⁴ Ver Código de Nuremberg, adoptado por el Tribunal de Nuremberg, 20 de agosto de 1947, principio 1.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-337/99 y sentencia T-551/99.

2.1 El cambio de nombre ante los tribunales chilenos

Ejemplos de la compleja realidad de las personas *intersex* son dos causas voluntarias de cambio de nombre y de sexo iniciadas ante los juzgados civiles de Santiago durante 2008. Uno de estos casos fue auspiciado por la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, y el otro patrocinado por la Clínica de Derecho Civil y Laboral de la Universidad Diego Portales. Los nombres y otros detalles fueron cambiados para mantener sus identidades en reserva.

En ausencia de una normativa que rijan la situación de personas cuya identidad sexual no coincide con el género registrado en la partida de nacimiento, se aplica la misma Ley 17.344 que atañe a los casos de transexuales.⁴⁶ Ésta autoriza el cambio de nombres y/o apellidos cuando hay “menoscabo moral”, siempre y cuando “el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres (...) diferentes de los propios” (art. 1).⁴⁷ Por su parte, el artículo 31 de la Ley 4.808 sobre el Registro Civil indica que el nombre debe ser concordante con el sexo.⁴⁸

Ciertamente, conseguir papeles en que el nombre y sexo coincidan con la identidad de género es fundamental para superar la precariedad en que viven las personas intersexuales y transexuales. Dice una de ellas:

He recurrido a muchos lugares, incluso he recurrido a La Moneda para que me ayudaran a costear mi operación... y con ese documento poder cambiar mi nombre (...) Lamentablemente, mi nombre en el Registro Civil es Juan Andrés Molina González. Desde que cambié de forma mi nuevo nombre es Juliana Angélica Molina González. En estos momentos me encuentro sin trabajo, por lo cual me es imposible costear la asesoría legal particular (...) Me angustia mucho el estar sin identidad acorde con mi persona (...), estoy atravesando por una depresión muy grande debido a esto, por lo cual hace seis meses me intenté quitarme la vida (...) lo único que quiero es estudiar en la universidad y trabajar, y no puedo.

Durante el proceso, los patrocinados deben someterse a una serie de exámenes médicos como prueba de su sexo. En otros casos, presentados por la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, estos exámenes los realizó el Servicio Médico Legal. Se ha alegado que “constituyen actos de seria violencia física, emocional y psicológica, que

⁴⁶ Informe 2008, pp. 453-454.

⁴⁷ 16° Juzgado Civil de Santiago, Rol V-87-2007. Se aplican los mismos argumentos en los casos de las personas intersex, sin embargo los roles no se incluyen aquí para mantener sus identidades bajo reserva.

⁴⁸ Id.

violan el derecho a la intimidad, a la dignidad personal y a la integridad física de las personas que se ven obligadas a someterse a ellos”.⁴⁹ La naturaleza invasiva y degradante de los exámenes llevó a la abogada Mayra Feddersen, del Centro de Derechos Humanos de la UDP, y a Roldando Jiménez, dirigente del Movilh, a solicitar al director del Servicio Médico Legal, Patricio Bustos, un mejor tratamiento para sus patrocinados. El doctor Bustos respondió en una carta del 15 de mayo de 2008 que procuraba “otorgar un trato digno e igualitario a las personas que concurran a la realización de un peritaje en nuestras independencias”. No obstante, en noviembre de 2008 un profesional del Servicio se negó a realizar los exámenes médicos ordenados por el juez en el caso de una persona intersexual. La persona afectada explica:

Mis papeles se entramparon porque lamentablemente hay personas que discriminan en el Servicio Médico Legal, y esa instancia médica pertenece al tribunal y no deberían ser así, uno como médico... uno no debería juzgar al paciente, ni su condición, sino que la enfermedad. El asunto es que acá me trataron súper mal, no recibí la ayuda indicada, la ayuda que el tribunal había mandado. (...) Pusieron en duda lo que yo estaba diciendo, no me quisieron hacer los exámenes, tuve que ir después con mi abogada, y aun así tampoco me los quisieron hacer.⁵⁰

Hay que entender que en la vida de transexuales y transgéneros la medicina ocupa un lugar primordial; su actuación tiene importantes repercusiones en las posibilidades de regularización de su situación legal. Por ello los servicios de salud deben revisar sus prácticas en los casos de cambio de nombre, con el fin de evitar prácticas denigrantes, y tender a que en el futuro quienes practiquen estos exámenes sean especialistas en transexualidad o intersexualidad, y no médicos forenses como ahora. El que se haya negado tratamiento a una persona ilustra la ignorancia de ciertos médicos en estos temas, e indica la conveniencia de trasladar estos procesos a un sitio mejor equipado para responder a las necesidades y para reducir el estado de vulneración de estas personas. En palabras de Mayra Feddersen, abogada de la Clínica de Interés Público, que ha patrocinado casos en este sentido,

lo que ocurre en relación con el SML y en general con las instituciones que se vinculan a los transexuales es que muchos de ellos desconocen lo que significa el transexualismo, aplicando

⁴⁹ Andrés Rivera, “Informe sobre Chile – Violación a los DDHH de personas transexuales. Quinta ronda del Examen Periódico Universal”, enviado a la OEA para su consideración y que trata en especial de los derechos de las personas transexuales, disponible en www.hombrestransdechile.cl.
⁵⁰ Entrevista personal, 22 de julio de 2009.

prácticas estandarizadas, que en el caso específico de los transexuales implican un desconocimiento a su propia identidad. Así, por ejemplo, el examen sexológico que realiza el SML mediante la revisión de los órganos genitales masculinos a un transgénero femenino, que psicológicamente se siente y vive como mujer, le importa un desconocimiento de su propia identidad, debiendo mostrar partes de su cuerpo que no dan cuenta de quién es realmente.⁵¹

Las sentencias en casos de cambios de nombre y sexo ilustran los avances y las contradicciones que se viven al momento de asegurar el derecho a la identidad y su reconocimiento legal. Producto de la consolidación del movimiento transexual en los últimos años, se han presentado más casos de cambio de nombre y sexo y se ha conocido mejor el trámite en cuestión.⁵² Diversos centros académicos y organizaciones (como la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, OTD, la Agrupación de Apoyo a la Disforia de Género, AADGE, la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Movilh o la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial) han llevado o patrocinado estos casos.⁵³

Por regla general, la jurisprudencia reconoce el cambio de nombre y de género solo cuando ha habido cirugía de reasignación genital. No obstante, hasta agosto de 2009 el Primer Juzgado Civil de Rancagua había dictado tres sentencias que otorgan el cambio de nombre y sexo registral a hombres transexuales sin necesidad de someterse a cirugía. El primer fallo se dio a conocer el 27 de abril de 2007, y los otros dos (la identidad de cuyas personas se mantiene en reserva) en 2008. El pronunciamiento de 2007 tuvo como base el informe psiquiátrico al que había sido sometido Andrés Rivera, en el que “se observa una personalidad sin alteraciones, con identificación masculina y adecuados niveles de integración racional emotiva” y se aclara que “la evaluación de la pericia practicada corresponde a persona de sexo femenino, pero la orientación de ésta es masculina”. Por ello se dictó que “en el rubro correspondiente al sexo de la inscripción, ahora deberá decir masculino”.⁵⁴

Estas sentencias no solo son importantes en el contexto nacional, también rompen con la tendencia internacional y se alinean con la legislación española y británica, que permiten los cambios con un diagnóstico de disforia de género, sin necesidad de cirugía.⁵⁵ En cambio, en países

51 Entrevista personal, 18 de agosto de 2009.

52 Entrevista con el presidente de Agrupa, 6 de abril de 2009, y Karen Atala, en la conferencia *Global Arc of Justice; Sexual Orientation Law Around the World*, 11 de marzo de 2009.

53 Entrevista con Nelson Caucoto, 6 de abril de 2009.

54 Fallo emitido por el 1° Juzgado Civil de Rancagua en 2009.

55 Gender Recognition Act 2004. Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, 15 de marzo.

como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda los cambios legales solo se efectúan cuando hay “armonía entre lo psicológico y lo anatómico”, como señala Andrew Sharpe en su estudio sobre jurisprudencia *trans*.⁵⁶

En Santiago, en tanto, las peticiones de cinco transexuales tuvieron un destino diverso. Las peticiones, presentadas por la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales y Movilh, basaban sus argumentos en

las ideas concernientes al derecho al nombre y a la identidad, el derecho a la identidad sexual, el derecho a la salud y a la dignidad, citando al preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica en términos de que “solo puede realizarse el ideal de ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como sus derechos civiles y políticos”...⁵⁷

Sin perjuicio de dicha argumentación, fueron rechazadas las causas de Alison Ruiz Martínez en el 4° Juzgado Civil de Santiago, el 31 de diciembre de 2008 (pero con apelación pendiente); de Juana Iris Rubio Errázuriz y Francisca Romina Menares Muñoz, el 28 de noviembre de 2008 por el 22° Juzgado Civil de Santiago; y de Karin Avaria, el 16 de junio de 2009, por el 16° Juzgado Civil de Santiago. En el caso de Juana Iris Rubio Errázuriz, dice la sentencia de primera instancia dictada por la jueza Helga Bustamante que

en el caso sublite, no es solo el caso de su prenomén [sic], sino también, que por una decisión jurisdiccional se pretende el cambio de sexo del solicitante, lo que es impracticable, mientras la ciencia médica no lo someta a la correspondiente cirugía, y una vez resuelto el problema físico, recién el órgano jurisdiccional puede aplicar la normativa vigente pues de acceder a la mutación de nombre, el tribunal se vería en la necesidad de infringir los grandes Principios de Derecho, que ordena aplicar el artículo 24 del CC [Código Civil]. (...) se declara: Que se rechaza, en su integridad, la solicitud de cambio de nombre y sexo registral.⁵⁸

56 Andrew N. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, Londres, Cavendish, 2002, p. 3.

57 4° Juzgado Civil de Santiago, sentencia Rol V-91-2007, dictada por la jueza María Merino Verdugo, 31 de diciembre de 2008.

58 22° Juzgado Civil de Santiago, sentencia Rol V-87-2007, dictada por la jueza Helga Bustamante, 29 de octubre de 2008.

Las sentencias de primera instancia de todos los casos expuestos se basan en que no hay intervenciones quirúrgicas; sin embargo, el 25 de junio de 2009 la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de Santiago, al identificar el nombre como un “atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, que determina su relación con la sociedad y que lo distingue frente a los demás”, por ello el nombre

no puede ser uno de carácter masculino, ya que esto impide que el peticionario desarrolle su verdadera personalidad y se desenvuelva frente a los otros conforme a la condición sexual que reconoce para sí mismo y a través de la cual asume su proyección en la vida. (Considerando 4)

Al recibir las noticias sobre el fallo de la Corte de Apelaciones, Alison Ruiz dijo:

Hoy es el día más feliz de mi vida... cuando me llamaron de la UDP y me mencionaron acerca de la sentencia de mi cambio de nombre. Les doy mil de millones de agradecimientos, ya que gracias a ellos voy a cumplir mi sueño de tener mi nombre femenino, y no ser más discriminada por este motivo. Qué más podría decir, con lágrimas en mis ojos..., muchas gracias.⁵⁹

Cabe anotar que hasta ahora solamente los transexuales masculinos han tenido éxito en los cambios de nombre y sexo registral; a las transgéneros y transexuales femeninas solo se les ha otorgado el cambio de nombre.

2.2 Derecho a la salud

Fallos emitidos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y por la Corte Suprema evidenciaron visiones contradictorias en el tema del acceso al sistema de salud de personas transexuales.

En agosto de 2008 la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió un recurso de protección interpuesto por una persona transexual que buscaba realizarse una cirugía de reasignación genital sin costo. Con el apoyo de la Agrupación de Derechos Humanos y Diversidad, se demandó al Hospital Público Carlos Van Buren y al Ministerio de Salud. La parte recurrente alegó “ante la ausencia de políticas sanitarias que pongan fin al problema de marginalidad extrema que lo relega a una tercera categoría de humano, dañando su integridad psíquica y dignidad personal...”, y, en el primer

⁵⁹ “Clínica de Interés Público logra cambio de nombre a transgénero”, www.derechoshumanos.udp.cl.

fallo que reconoce el derecho a la salud de los transexuales, los jueces de la Corte de Apelaciones de Valparaíso decidieron que se violaba el primer inciso del artículo 19 de la Constitución, “esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, dado que en estricto rigor esa es propiamente la garantía constitucional atinente al caso”.⁶⁰

En diciembre de 2008 otro recurso patrocinado por la misma agrupación fue también acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. En esta ocasión los jueces constatan la falta de políticas públicas en la materia, “lo que amerita una preocupación de parte de las autoridades correspondientes, demostrativa de la gravedad del presente problema de falta de implementación de un programa público de cambio de identidad sexual”.⁶¹

A pesar de que el primer recurso se acogió y no hubo apelación por parte del Hospital Carlos Van Buren, en el segundo caso se recurrió ante la Corte Suprema, cuya Tercera Sala revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso aduciendo que el hospital “no tenía ninguna responsabilidad al negarle la cirugía a la persona transexual ya que es el Ministerio de Salud quien debe regularla previamente”.⁶² No obstante, la sentencia de la Corte Suprema reconoce el problema de salud al indicar que el asunto discutido “corresponde precisamente a un problema de salud pública (...) cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello...”.⁶³

Se celebra el hecho de que una persona haya conseguido cirugía gratis, pero también hay casos trágicos que lamentar. La organización Amanda Jofré⁶⁴ informó que una mujer transgénero, Laura Simón Alayo, falleció el 30 de septiembre de 2008 de un edema pulmonar tras inyectarse silicona para concretar su proceso de feminización corporal. Su muerte se considera relacionada con la ausencia de políticas de salud que le hubiesen permitido acceder a un tratamiento hormonal, cirugía y apoyo profesional.⁶⁵

⁶⁰ Ver los fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, www.aadge.cl, sección “Jurisprudencia trans”. Se ha pedido que las identidades de las personas se mantengan bajo reserva en estos casos, por eso no están presentados todos los antecedentes de los fallos.

⁶¹ Id.

⁶² Entrevista con el presidente de la Agrupación de Derechos Humanos y Diversidad, 6 de abril de 2009; y “Suprema se pronuncia sobre transexualismo”, www.aadge.cl.

⁶³ “Sentencia sobre transexualismo. Corte Suprema, Chile”, www.aadge.cl, sección “Jurisprudencia trans”.

⁶⁴ “Amanda Jofré es una comunidad de personas Trans, que abarca a Transgéneros, Travestis y Transexuales, que habitan la Región Metropolitana de Santiago”, www.amandajofre.cl.

⁶⁵ Andrés Rivera, anexo del “Informe sobre Chile – Violación a los DDHH de personas transexuales. Quinta ronda del Examen Periódico Universal”.

Aunque se reconoce una mayor apertura en las instituciones de salud con la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), que ha celebrado convenios con hospitales públicos, como el de Rancagua y el de San José,⁶⁶ y con la Agrupación de Derechos Humanos y Diversidad, que ha firmado pactos con el Hospital Carlos Van Buren en Valparaíso, gran parte de las comunidades transgénero y transexual siguen marginadas por la falta de apoyo institucional en materia de salud, que es primordial para ellas.

En otros ámbitos de la vida, respaldan las realidades relatadas por organizaciones como GAHT, OTD y AADGE⁶⁷ los resultados del estudio del CLAM mencionado más arriba, que destaca que las personas transexuales y transgénero “reportan mayoritariamente sólo haber accedido a la educación formal básica y media, con estudios a menudo incompletos. Estos datos permiten constatar el grado exacerbado de las dificultades de acceso de las personas trans a un medio fundamental para el ejercicio de la ciudadanía: la educación”.⁶⁸ Y en términos del acceso al trabajo, comparado con las demás identidades sexuales es mayor el porcentaje de personas *trans* que se encuentra cesante. Un alto porcentaje se considera trabajador independiente (52,4%), comparado con 10,9% en bisexuales y 24,9% en gays. La encuesta concluyó que “su relativamente baja escolaridad y la precariedad de sus vínculos laborales dan cuenta de la falta de acceso y los obstáculos encontrados debido las situaciones de discriminación vividas por esa población”.

2.3 Discriminación laboral

En 2009 llegó a término el caso de Claudia Espinoza, la transexual que enfrentó al edil de Independencia, Antonio Garrido, tras la reiterada negación del alcalde de otorgarle permiso de comerciante ambulante. La Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, junto con Movilh, interpusieron un recurso de protección en favor de Claudia, en el que se argumentó que en su caso se violaron los derechos constitucionales de no discriminación (art. 19 N°2), libertad de trabajo (art. 19 N° 16), a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N°21) y a la dignidad y la honra (art. 18 N° 4), y que “siendo la actitud del Alcalde de la comuna de Independencia arbitraria, pues se sustenta en el mero capricho, es irracional y se aleja de la constitucionalidad...”⁶⁹

Los argumentos del alcalde se basaron en que los permisos municipales son una facultad privativa suya, conforme lo dispone la Ley

⁶⁶ Id., párr. 13.

⁶⁷ Ver www.gaht.cl, www.hombrestransdechile.cl y www.aadge.cl.

⁶⁸ Barrientos y otros, *Política, derechos, violencia y diversidad sexual: Primera encuesta marcha del orgullo y diversidad sexual*, p. 25.

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4393-2008, 7 de julio de 2008.

18.695, y que “La supuesta negativa a otorgarle permiso conforme a su condición de transexual, carece de fundamento, ya que nunca se lo negaría por el sólo hecho de tener dicha opción sexual, y que lo que ha ocurrido es que el recurrente ha vulnerado normas mínimas para ejercer la actividad de comerciante en la vía pública”.⁷⁰

El 18 de noviembre de 2008, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección restando valor, por una parte, a las declaraciones del alcalde que constaban en la prensa y, por otra parte, argumentando que no había evidencia de que Espinoza hubiese solicitado el permiso de comerciante ambulante y que, por lo tanto, existiera una denegación por parte de la autoridad municipal. La Corte de Santiago señaló que

sólo en cuanto a que la prensa ha atribuido al Alcalde de la comuna de Independencia, don Antonio Garrido, algunas expresiones que atacarían su opción sexual, las que, en todo caso, como ha manifestado en su respuesta, no permiten aseverar que se haya denegado el permiso por ese motivo (...) Ello es así, ya que no consta en autos que se haya efectuado una petición de permiso formal, como el ingreso de una solicitud sobre el particular en la oficina de partes del municipio, su fecha y número, estado de tramitación, etapa en que habría sido denegada o visada; antecedentes concretos que permitirían a esta Corte establecer de manera irrefutable que ha habido una petición concreta de permiso de comerciante ambulante y una denegación oficial.⁷¹

América López Morris, concejala por la misma comuna, cuestionó al alcalde Garrido indicando que, contrariamente a los argumentos del edil, efectivamente se requiere una audiencia con el alcalde para solicitar el permiso de comerciante ambulante:

Solamente el administrador municipal, en este caso el señor alcalde, es el que determina a quién se le autoriza y a quién no para trabajar en este medio, que generalmente es comercio, comercio ambulante (...) es el señor alcalde que voluntariamente cede los derechos de alguna parte (...) para que la persona se instale a trabajar, de esa forma se dan los permisos (...) se pide una audiencia con él, porque generalmente todos esos tipos de situaciones las corta él; él definitivamente es el que procede decir a éste sí, a éste no.⁷²

⁷⁰ Id.

⁷¹ Id.

⁷² Entrevista personal, 13 de abril de 2008.

La Corte Suprema mantuvo la opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago, negándose a reconocer que las garantías constitucionales hubiesen sido violadas y, así, el comportamiento del alcalde quedó sin sanción.⁷³

Estos pronunciamientos reflejan el círculo vicioso que compone la realidad de las personas transexuales, quienes, por no tener trabajo, no logran reunir los recursos para pagar las operaciones quirúrgicas necesarias para solicitar el cambio de nombre y de sexo registral.⁷⁴ Pero, sin el cambio de nombre y un carné que coincida con su identidad de género, se les niega trabajo, como el ejemplo demuestra.

La falta de políticas públicas conlleva una situación de extrema precariedad para las personas transgénero y transexuales, la que incluso ha sido comentada por los ministros de la Corte Suprema, reflejo del aumento de casos presentados ante los tribunales. La escasa normativa sobre identidad de género, por su parte, está en la raíz de las respuestas contradictorias emanantes de la justicia, contradicciones que crean un escenario donde a personas de la misma condición se les reconocen diferentes derechos, como en el ejemplo del acceso al cambio de nombre y sexo.

3. EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL

Recurrir al Poder Judicial resulta complejo para miembros de las comunidades LGBTI, puesto que en general carecen de recursos, tanto financieros como legales y profesionales. Activistas de MUMS, GAHT y de la Organización Amanda Jofré relatan las dificultades que enfrentan al intentar asegurar ayuda legal para denunciar atropellos cometidos en contra de personas LGBTI.

Solo se dan a conocer algunos casos emblemáticos cuando se opina que el caso tiene posibilidades de ser ganado, arguyen; además, el recurso de protección que busca proteger los derechos constitucionales hasta ahora casi no ha servido a las personas LGBTI, con la salvedad del caso citado de cirugía de reasignación sexual en Valparaíso. Un juez cuya identidad se mantiene en reserva opina que lleva tiempo acostumbrarse a los temas nuevos como orientación sexual o identidad de género, por lo que era claro que los primeros casos no iban a tener resultados favorables. Su apreciación de la situación parece coherente con los ejemplos dados a conocer por los *Informes* a través de los años. Como consecuencia, recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la falta de justicia en el país se considera un recurso natural para los casos emblemáticos, como los de Karen Atala y Sandra Pavez.

⁷³ Corte Suprema, sentencia 7778-2008, del 14 de enero de 2009.

⁷⁴ Entrevista al presidente de Derechos Humanos y Diversidad, 6 de abril de 2008. Ver también www.aadg.cl.

3.1 El caso de Sandra Pavez

Después de que la Tercera Sala de la Corte Suprema confirmara en su plenitud el fallo emitido por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en diciembre de 2008, se presentó una denuncia contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La denuncia, patrocinada por el abogado Alfredo Morgado y respaldada por Movilh, alega violaciones a los derechos de igualdad, libertad, trabajo y vida privada, fundada en que a Sandra Pavez se le niega la posibilidad de ejercer como profesora de religión –quitándole su certificado de idoneidad– a causa de su orientación sexual. En el *Informe* 2008 se profundizó en la intención de la Iglesia Católica de imponer estructuras heteronormativas tras sus acciones. Pero este caso también cuestiona el papel de los jueces que ocupan los puestos más altos. Alfredo Morgado criticó al sistema judicial por “no tener el coraje suficiente para proteger a la ciudadanía chilena” y por haber actuado con “parsimonia” para no desdecir la acusación de la vicaría de San Bernardo. “La Vicaría mete mano a la vida privada”, dijo, y por ello llevaron el caso a la Comisión Interamericana.⁷⁵ Como se señala en la denuncia, a Sandra Pavez se le impide

su derecho a poder ejercer su profesión por el sólo hecho de tener una orientación sexual condenada por ciertos grupos al interior de la Iglesia Católica. Asimismo, vulneran estas disposiciones los tribunales chilenos al negarle la debida protección a la señorita Pavez, quien fue víctima de una arbitraria e injustificada discriminación.⁷⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” (art. 11, N°2). Por su parte, la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas prohíbe “toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud, orientación sexual, estado civil político o social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad o hacerlo imposible”.

⁷⁵ Emol, “Demandan al Estado por caso de profesora lesbiana impedida de trabajar”, 8 de enero de 2009.

⁷⁶ Id.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “Los Estados Partes se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” (art. 3), mientras que la Convención Americana señala que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art. 24). Finalmente, la demanda consideró que tampoco se respetó el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.⁷⁷

3.2 El caso de Karen Atala

El 23 de julio de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible el caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*. Se implica que el Estado chileno se expone a una condena internacional por respaldar el fallo de la Corte Suprema que sancionó a Karen Atala por su orientación sexual, al no cederle la tuición de sus tres hijas debido al supuesto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”.⁷⁸

Los abogados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, de la Corporación Humanas y Libertades Públicas Asociación Gremial –todos ellos patrocinantes del caso– celebraron la resolución de la CIDH. Según la Corporación Humanas,

El dictamen de la CIDH desestimó la argumentación del Estado que, a través de la Dirección de DDHH de la Cancillería, solicitó la inadmisibilidad de la denuncia y defendió la resolución de la Corte Suprema, asegurando que se basaba en el interés superior de las niñas. Según revela el informe de admisibilidad, la Cancillería sostuvo que la convivencia de la madre con una pareja del mismo sexo “se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de las menores en el actual contexto de la sociedad chilena”.⁷⁹

⁷⁷ “Demandan al Estado chileno ante Comisión Interamericana por violación a derechos humanos de profesora lesbiana”, www.opusgay.cl.

⁷⁸ Corte Suprema, fallo emitido por la Cuarta Sala, 31 de mayo de 2004.

⁷⁹ “CIDH declara admisible denuncia por discriminación contra Karen Atala”, www.humanas.cl.

Lo que se alegó ante la CIDH fue la violación de los siguientes derechos de la Convención Americana: derecho a las debidas garantías judiciales (art. 8 N°1), protección de la vida privada (art. 11, N°2), protección de la familia (art. 17, N°1), igualdad ante la ley (art. 24), protección judicial (art. 25) y los derechos del niño (art. 19). Los peticionarios argumentaron que el Estado chileno no cumplía con sus deberes internacionales y regionales, señalando su incapacidad para aplicar la Convención Americana, la que fue ratificada por Chile en 1990.⁸⁰ Los abogados cuestionaron la defensa del Gobierno al considerar que reivindicaba “un fallo judicial que discrimina contra las madres y padres homosexuales, al distinguir de manera arbitraria e irrazonable entre la habilidad de padres heterosexuales y homosexuales para cuidar a sus hijos adecuadamente”.⁸¹

Contrario a este pensamiento, el 30 de diciembre de 2008, el juez de familia de Puente Alto, Francisco Loret, resolvió un caso en el cual la mujer cedió la tuición de sus dos hijos de diez y diecisiete años al padre, que es gay y que reside con su pareja. A pesar de que la decisión se basó en el acuerdo entre los padres, el fallo es significativo puesto que argumenta que la orientación sexual no constituye impedimento alguno para ser padre. Según la prensa, la asistente social que entrevistó al padre y a sus hijos afirmó en su informe que los niños “apoyan (a su padre) en la decisión de que él tenga una nueva pareja y viva con una persona de su mismo sexo”, y la madre de los niños explicó que “Cuando mis hijos se enteraron de la condición sexual de su padre lo apoyaron incondicionalmente y se fueron con él”.⁸²

El presidente de la Corte Suprema, Urbano Marín, quien redactó la sentencia de Karen Atala en mayo de 2004, al referirse al caso se limitó a decir que “normalmente solo se rechazan los acuerdos cuando son ilegales”. En el área política, el subsecretario General de Gobierno, Neftalí Carabantes, dijo que “un juicio de tuición lo que busca es proteger el interés superior de los niños, no de los padres. De esta forma, pueden existir padres buenos o malos”, y que “en Chile no puede ser factor la condición sexual, religiosa o étnica de una persona”.⁸³

4. LA LEGISLACIÓN

Más allá de las declaraciones de campaña de los candidatos presidenciales, es menester recordar los obstáculos institucionales que persisten en la aprobación de legislación sobre diversidad sexual en Chile. En el

⁸⁰ Ver CIDH, Petición *Karen Atala e hijas vs. Chile*, 1271-04 Informe 42/08, www.cidh.org.

⁸¹ “CIDH declara admisible denuncia por discriminación contra Karen Atala”.

⁸² Emol, “Padre gay pide tuición de sus hijos y madre se la cede en tribunales”, 11 de marzo de 2009.

⁸³ Emol, “Suprema y tuición a padre gay: ‘Sólo se rechazan los acuerdos cuando son ilegales’”, 12 de marzo de 2009.

Senado, por ejemplo, en junio de 2009 la Comisión de Familia rechazó legislar sobre uniones civiles de parejas heterosexuales, sin siquiera considerar a las parejas del mismo sexo. Los diputados y senadores que respaldan los derechos de las personas LGBTI no parecen tener suficiente peso para impulsar cambios legislativos.

Esta situación contrasta con los desarrollos legales de otros países de América Latina. Así, por ejemplo, la nueva Constitución de Ecuador, aprobada en septiembre de 2009, incluye principios de no discriminación por identidad de género y orientación sexual (art. 11, N°2) y legaliza las uniones de personas del mismo sexo otorgándoles “los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio” (art. 68).⁸⁴ En Ciudad de México, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en agosto de 2008 una reforma a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles que permite a las personas transexuales, travestis y transgénero cambiar su identidad de género, en “un juicio especial ante el juez de lo familiar, el cual se solicitará de manera voluntaria y a través de un dictamen, expedido por dos especialistas y que conste que la persona está siendo sujeta a un proceso de reasignación sexual”.⁸⁵ En Uruguay, un proyecto similar fue aprobado por el Senado en diciembre de 2008, y ahora se espera el debate en la Cámara de los Diputados.⁸⁶

En Chile se perciben dos tendencias principales en la materia. Primero, existe el apoyo de un grupo creciente de políticos de izquierda que respaldan, promocionan y presentan proyectos, tales como la derogación del artículo 373 del Código Penal auspiciada por la diputada María Antonieta Saa (PPD)⁸⁷ y la creación de pactos de uniones civiles, auspiciados por Marco Enríquez-Ominami, entre otros.⁸⁸ Según la diputada Saa, se debe dar una respuesta a una sociedad civil que ya es más progresista y exige tales cambios.⁸⁹ El Movilh también argumenta en su informe anual de 2008 que los avances socioculturales reflejados en la opinión pública deben traducirse en normas y políticas públicas.

La segunda tendencia es de fuerte oposición a estos proyectos, encabezada por la movilización de la derecha política y amplios sectores de las iglesias evangélicas y católica. La Corporación Humanas reconoce los obstáculos institucionales que han afectado la tramitación de proyectos en materia de derechos humanos de quienes adscriben a minorías sexuales. En su *Observatorio parlamentario*, un balance

⁸⁴ Ver www.gayecuador.com.

⁸⁵ Ver *El Sol de México*, “Podrán transexuales y transgénero cambiar de nombre en el DF”, 30 de agosto de 2008, y COGAM, “La Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) aprobó modificaciones al Código Civil que beneficia al colectivo ‘Trans’ en México D.F.”, 1 de septiembre de 2008.

⁸⁶ Observa Uruguay, “Senado aprobó ley de identidad de género”, 16 de diciembre de 2008.

⁸⁷ Boletín Legislativo 5565-07.

⁸⁸ Ver Boletines 5774-18, 5623-07 y 3493-07.

⁸⁹ Entrevista personal, 6 de julio de 2009.

anual de la actividad del Poder Legislativo, no se registran cambios, con la única excepción del informe negativo sobre el proyecto que busca derogar el artículo 373 del Código Penal y el rechazo de las uniones de hecho (heterosexuales).

El proyecto auspiciado por la diputada Saa, que busca derogar el artículo 373 del Código Penal que sanciona las ofensas al pudor y las buenas costumbres, presentado el 13 de diciembre de 2007, fue rechazado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia por mayoría de votos.⁹⁰ La diputada señaló en entrevista a este *Informe* que un mayor nivel de organización por parte de la derecha dentro de las comisiones, por ejemplo la Comisión de Familia, impedía que la izquierda mantuviera la mayoría que tenía en la Comisión.

En el caso de la regularización de las uniones de hecho, dice que se votó en contra principalmente debido a que “hay sectores conservadores operando”. El 30 de junio de 2009 la Comisión de Familia rechazó por ocho votos contra tres el proyecto de ley que busca regularizar las uniones de hecho. Por su parte, la diputada Ximena Vidal (PPD) estimó urgente legislar sobre la materia debido a las nuevas realidades familiares en nuestro país, pero negó incluir las uniones de personas del mismo sexo, “porque dificultaría el debate y demoraría la tramitación de las uniones de hecho entre personas de distinto sexo”.⁹¹

Los obstáculos no solo se presentan entre los diputados, sino también en el Senado. Ejemplificador es el caso del proyecto que contempla medidas contra la discriminación, el cual permanece en la Comisión de Constitución del Senado desde octubre de 2008, tras ser aprobado en la Comisión de Derechos Humanos. A pesar de que el proyecto ha sido sujeto a urgencias en varias ocasiones, venciendo la última el 27 de abril de 2009, sigue sin avanzar.⁹² Al respecto, no solo es criticable la lentitud de la tramitación sino la disminución de “los alcances de la protección que se pretende brindar frente a la discriminación”.⁹³

Cabe recordar que durante el Examen Periódico Universal de Chile ante las Naciones Unidas, en mayo de 2009, países como República Checa, Holanda, Suecia y Nueva Zelanda hicieron sugerencias relativas a proteger los derechos de las minorías sexuales. Se planteó la necesidad de revisar el artículo 373 del Código Penal, con miras a evitar su aplicación arbitraria por razones de orientación sexual o identidad de género, de adoptar en general medidas para prohibir la discriminación por estas razones, y de introducir políticas públicas que tengan como

⁹⁰ Boletín 5565-07. Ver “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que deroga el artículo 373 del Código Penal”, 2 de septiembre de 2008.

⁹¹ Boletines 4153-18 y 4187-18. Ver “Informe de la Comisión de Familia recaído en dos proyectos de ley que establecen regulación para las uniones de hecho”, 30 de junio de 2009.

⁹² Boletín 3815-07.

⁹³ Ver boletín trimestral de www.humanas.cl.

objetivo educar a la sociedad y erradicar prácticas discriminatorias, usando como guía los Principios de Yogyakarta.⁹⁴

Estas recomendaciones sirven de guía, pero no dan cuenta de la forma institucional que deben revestir tales cambios.

5. EL ESTADO CHILENO EN EL EXTERIOR

Ante la comunidad internacional, el Estado de Chile ha tenido una postura favorable a considerar como derechos humanos la orientación sexual y la identidad de género. Durante el último período firmó tres resoluciones relacionadas con el tema. El 3 de junio de 2008, en la 38ª Asamblea General de la OEA, firmó la resolución “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”. El 18 de diciembre de 2008 firmó con otros 65 países, 12 de ellos de América Latina, una resolución presentada a la Asamblea General de las Naciones Unidas, y durante la 39ª Asamblea General de la OEA, realizada en Honduras entre el 1 y el 4 de junio de 2009, Chile firmó otra resolución sobre el particular, en la que se manifiesta preocupación por las violaciones de derechos humanos de individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y se encarga a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que incluya el tema en su agenda.⁹⁵

Desde la presentación de la primera resolución al Comité de Derechos Humanos de la ONU (por Brasil, en 2003) que una resolución no abordaba tanto el tema de identidad de género como el de orientación sexual. Ampliar la resolución para incluir la identidad de género es entonces un progreso conceptual y un avance en términos de reconocimiento. Ello configura un marco más garantista para el tratamiento de los derechos humanos de las personas LGBTI, en el mundo y en la región, y también demuestra el avance del Gobierno chileno en esta temática.

Los Principios de Yogyakarta, creados con el apoyo de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional de Derechos Humanos, se constituyen como un instrumento destinado a facilitar la aplicación del derecho internacional humanitario en asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género.⁹⁶ Se presentaron ante la Asamblea General de la ONU en noviembre de 2007, en una iniciativa respaldada por los gobiernos de Argentina, Brasil y Uruguay. Si bien no es un instru-

⁹⁴ Ver UN, Human Rights Council, “Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Chile”, A/HRC/WG.6/5/L.9, 12 de mayo de 2009, punto 96, incisos 27 y 28. Los Principios de Yogyakarta se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Fueron adoptados por un grupo de expertos en derecho internacional tras una reunión en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia. Sobre el examen a Chile, ver, en este Informe, el capítulo sobre Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos.

⁹⁵ Resolución AG/RES-2435 (XXXVIII-O/08) de la OEA.

⁹⁶ Ver www.yogyakartaprinciples.org.

mento vinculante, sirven de guía en la aplicación de los principios básicos de universalidad y no discriminación, y para reafirmar la necesidad de reconocer los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales.⁹⁷ Se les considera además como una herramienta educativa en general, que contribuye al enriquecimiento del debate en torno a los derechos humanos de las personas LGBTI.

No obstante su importancia, han sido cuestionados en dos ocasiones por representantes del Gobierno chileno. Según Boris Dittrich, de Human Rights Watch, la jefa de Asuntos de las Mujeres y la Sociedad Civil de la misión permanente de Chile ante Naciones Unidas, Belén Sapag, había demostrado la preocupación del Estado chileno por considerar que el “artículo 24 [de los Principios] implica que un gobierno no tiene argumento legal para no introducir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, y como Chile es un país muy católico, se hace imposible que el Estado de Chile dé su apoyo a los Principios de Yogyakarta”.⁹⁸ La misma preocupación surgió en una reunión del Mercosur en marzo o abril de 2008. Dittrich afirma que se acercó a los representantes chilenos para proponerles conversar sobre las inquietudes del Estado frente a este instrumento, pero nunca obtuvo respuesta.

Así, pareciera haber discordancia entre lo que Chile promete en la esfera internacional y la falta de respaldo para avanzar en estos temas en el ámbito interno. Esta ambigüedad del Estado es patente en el contraste entre las declaraciones pronunciadas en el marco del Examen Periódico Universal y la opinión de los directamente interesados. En el informe que Chile entregó al Consejo de Derechos Humanos en febrero de 2009 se mantiene que

Desde el retorno de la democracia se han implementado políticas de no discriminación y de inclusión social para las minorías sexuales. Se han logrado importantes cambios en los ámbitos de la educación y la salud, gracias a un diálogo abierto entre las autoridades y representantes de gays, lesbianas y transgénero. El Ministerio Secretaría General de Gobierno dio a conocer el 2004 el Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile, que contempla la necesidad de erradicar las marginaciones por orientación sexual o identidad de género. Como respuesta a la discriminación que han padecido estudiantes y profesores en razón de su orientación sexual, el Ministerio de Educación abordó el tema el 2005, en su “Plan de Educación Sexual y Afectividad”.⁹⁹

⁹⁷ Douglas Sanders, “International: The Role of the Yogyakarta Principles”, www.iglhr.org.

⁹⁸ Entrevista con Boris Dittrich, director de defensa comunitaria del programa LGBTI de Human Rights Watch, Los Angeles, Estados Unidos, 15 de marzo de 2008.

⁹⁹ Informe presentado por el gobierno chileno durante la quinta sesión entre el 4 y el 15 de mayo de 2009, A/HRC/WG.6/5/CHL/1, pp. 14-15.

Los activistas entrevistados para este *Informe* no concordaron en absoluto con la información entregada a la ONU. Es claro que existen avances, sobre todo en cuanto a la firma de resoluciones internacionales, pero no se aprecian políticas internas, en parte como resultado de la diversidad de posturas de las distintas instituciones. Y no solo se trata de aprobar legislación en esta materia, sino también de educar en la inclusión a los que ocupan puestos de poder, y para ello no se puede descansar exclusivamente en la sociedad civil sino que hay que invertir recursos.

6. CONCLUSIONES

Los ejemplos expuestos en este capítulo, producto de la valentía de miembros de las comunidades LGBTI que exponen sus luchas privadas en el ámbito público, no agotan todas las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual o identidad de género que se configuran en Chile. Lo que sí hacen es dar cuenta de su complejidad y de la ambigüedad de las respuestas institucionales.

Numerosas encuestas reflejan una mayor apertura a estos temas en la opinión pública chilena, pero ello aún no se traduce en políticas públicas y en avances concretos para proteger los derechos de miembros de las comunidades LGBTI. El escaso conocimiento de las realidades diversas que se agrupan en esta denominación –por ejemplo, el caso de la intersexualidad– deriva en la falta de directrices, y en el ámbito jurídico, el hecho de que casi no se protegen las garantías constitucionales dificulta la comprensión de los derechos sexuales dentro de un marco de derechos humanos, salvo en casos muy específicos. El discurso político toma en cuenta la importancia del lenguaje de ciudadanía y derechos humanos, sin embargo éste no se traduce en la práctica, como se ha visto a lo largo de este capítulo.

En todo el mundo los expertos están promoviendo que los temas de orientación sexual e identidad de género se consideren en el marco de los derechos sexuales, pues de ese modo se amplía la lucha, al crear una plataforma donde los diversos intereses pueden actuar de una manera más coordinada y construir una coalición de movimientos basados en género, derechos reproductivos y orientación sexual.

7. RECOMENDACIONES

1. El Gobierno debe promover activamente el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, que sigue pendiente en el Congreso Nacional.

2. El Gobierno debe impulsar medidas de difusión, como campañas publicitarias, para aumentar la sensibilización de la población en general, y especialmente de los funcionarios públicos, respecto de los derechos de las personas de orientación sexual diversa.
3. Al impulsar medidas de difusión, así como en la discusión sobre políticas públicas, el Gobierno debe asegurar una activa participación de la sociedad civil. Los ejemplos de otros países, como Argentina o Brasil, cuyos gobiernos han trabajado con organizaciones no gubernamentales deben tenerse en consideración.
4. El Estado debe dictar e implementar una normativa que rijan la situación de personas cuya identidad sexual no coincide con el género registrado en la partida de nacimiento (*intersex*), quienes en la actualidad se someten al régimen de las personas transexuales.
5. Los funcionarios del Servicio Médico Legal deben ser capacitados para brindar un trato digno y respetuoso a las personas transexuales que deben examinarse.
6. El Congreso Nacional debe considerar la derogación del artículo 373 del Código Penal que sanciona las ofensas al pudor y las buenas costumbres.
7. El Estado debe tomar como lineamiento los Principios de Yogyakarta en todas las políticas que puedan afectar los derechos de personas de orientación sexual diversa.