

## **DIVERSIDAD SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS**

### **SÍNTESIS**

En años anteriores, este *Informe* ha destacado la falta de políticas públicas relevantes respecto de personas con una identidad de género u orientación sexual diversa. Con la excepción de la derogación de la ley de sodomía en 1999, no existen leyes que protejan de prácticas discriminatorias y arbitrarias, que otorguen beneficios a las parejas del mismo sexo o que contemplen los derechos de las personas transexuales e intersex. En diciembre de 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió recomendaciones para el Estado chileno en relación con el caso de Karen Atala, la jueza chilena que perdió la tución de sus tres hijas luego de un fallo de la Corte Suprema en 2004. En abril de 2010 se dieron a conocer públicamente tales recomendaciones. Ellas pretenden remediar la situación de Atala pero también avanzar en el reconocimiento de los derechos de los miembros de las comunidades LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, intersex) en general. Por su parte, las recomendaciones del *Informe 2009* apuntaban a la lentitud legislativa y a revisar las violaciones a los derechos humanos de las personas LGBTI.

Las alusiones a la diversidad sexual por parte de los candidatos presidenciales durante la campaña de 2009 y la aparición simbólica de una pareja gay en la franja electoral del actual Presidente permiten exigir un mayor avance concreto en estos temas desde el nuevo Gobierno.

El capítulo describe primero la situación general, continúa con el análisis de las implicancias del caso *Karen Atala* y luego retoma los temas tratados en el *Informe 2009* para realizar un seguimiento. En el período se sentó precedente en un caso de una persona intersex y en el uso novedoso de peticiones de rectificación de partidas de nacimiento, que im- portarán un trato más digno para las personas transgénero y transexuales durante la tramitación de sus casos. En fin, debido a la ausencia de políticas públicas, la tendencia a judicializar sigue aumentando y abarcando derechos cada vez más diversos que afectan a personas LGBTI.

*PALABRAS CLAVE: Caso Atala, políticas públicas, ley antidiscriminatoria, ley de unión civil, identidad de género, intersexualidad.*

## **INTRODUCCIÓN**

Un caso con repercusión internacional ha sido la denuncia presentada por Karen Atala y sus hijas ante la CIDH, por considerar que el Estado chileno había violado sus derechos humanos al quitarle a la mujer la tución de las niñas a causa de su orientación sexual. Como se consignó en *Informes* anteriores, el fallo emitido por la Corte Suprema de Chile en mayo de 2004 suscitó polémica dentro y fuera del país. En abril de 2010 la CIDH entregó sus recomendaciones al Estado chileno tras reconocer la violación de los derechos de la jueza. En este capítulo se profundizará en el caso debido a la importancia que revisten las conclusiones de la CIDH y a las consecuencias que implican para el nuevo Gobierno.

Como estos temas se discutieron ampliamente durante las campañas presidenciales y el Presidente figuró en su franja electoral junto a una pareja gay tomada de la mano, se espera algún avance de la actual administración respecto de las promesas que no se cumplieron durante los Gobiernos de la Concertación en relación con los derechos de diversidad sexual. Los activistas Fernando Muñoz, del Movimiento de Minorías Unificadas (MUMS); Lukas Berredo, del Grupo de Apoyo a Hombres Trans (GAHT), y Rolando Jiménez, del Movimiento de Liberación Homosexual (Movilh), reconocen que durante los primeros meses del nuevo Gobierno varias autoridades estuvieron dispuestas a conversar, lo que contrasta con el trato recibido durante el Gobierno anterior. Los ministros Schmidt (Sernam), Cruz-Coke (Cultura) y von Baer (Secretaría General de Gobierno), así como el director de la División de Organizaciones Sociales (DOS), José Ignacio Pinochet, se allanaron a conversar, y la ministra von Baer los recibió al poco tiempo de haber asumido el poder. En cambio, bajo el mandato de Michelle Bachelet el Ejecutivo nunca les concedió una reunión.<sup>1</sup>

Sin embargo, desde la coalición gubernamental han emanado señas contradictorias que reflejan la diversidad de visiones en su seno. Las declaraciones del presidente de Renovación Nacional (RN), Carlos Larraín, quien comparó la diversidad sexual con la pedofilia y la zoofilia,<sup>2</sup> dan cuenta de las tensiones entre el mensaje expuesto en la campaña electoral y las ideas de parte de la elite política de derecha sobre estos temas. En respuesta a las declaraciones de Larraín, la presidenta del

<sup>1</sup> Mums.cl, "MUMS se reúne con representantes del gobierno de Piñera", 7 de abril de 2010. Entrevista con Fernando Muñoz, 30 de abril de 2010. Entrevista con Rolando Jiménez, 27 de abril de 2010. Entrevista con Lukas Berredo, 21 de abril de 2010.

<sup>2</sup> Chilevisión, programa *Tolerancia Cero*, 30 de mayo de 2010.

MUMS, Angélica Valderrama, hizo una apreciación más bien general del estado de los derechos de las personas LGBTI en Chile:

cuando se exige igualdad de derechos civiles no significa imponer un nuevo orden social, sino dotar de los mismos derechos a todos y todas las ciudadanas y ciudadanos; muchas lesbianas, gays, transexuales, transgénero e intersexuales constituyen actualmente parejas y familias, tienen hijos/as, trabajan, estudian, pagan impuestos, contribuyen a la sociedad; lo que exigimos es el reconocimiento legal, igualdad de derechos, no queremos leyes especiales.<sup>3</sup>

Aunque el debate en torno a los cambios legislativos pendientes se encendió luego de que las recomendaciones de la CIDH se hicieran públicas, poco después de la asunción del Gobierno de Sebastián Piñera –quien se mostró a favor de avanzar en esta materia–, no hay que perder de vista los temas que se trataron en el *Informe 2009*, tales como la intersexualidad y la judicialización de los derechos de identidad de género. Respecto de otros poderes del Estado, el desinterés de la Corte Suprema por referirse a los derechos relativos a la diversidad sexual en una mesa de diálogo convocada por el Ministerio de Relaciones Exteriores da cuenta de la inmovilidad institucional.

## 1. SITUACIÓN GENERAL

Durante años, en las comisiones legislativas de la Cámara de Diputados y el Senado, la mayor parte de la coalición de derecha, más los sectores más conservadores de la Democracia Cristiana, han impedido el avance de políticas públicas relacionadas con la orientación sexual y la diversidad de género. En palabras de la diputada PPD María Antonieta Saa, “somos rehenes de una elite conservadora”.<sup>4</sup>

Debido en parte a la candidatura de Marco Enríquez-Ominami, que instaló el matrimonio gay en el debate, durante las campañas electorales se dio a entender que había un clima de apertura para tratar los derechos relativos a la diversidad sexual. Si bien como candidato Sebastián Piñera se manifestó contrario al matrimonio gay, se mostró dispuesto a tratar los asuntos de herencias y bienes en las uniones de hecho. Así, tras el cambio de mando las agrupaciones LGBTI se acercaron al Gobierno con el objeto de concretar progresos, teniendo además como antecedente las resoluciones que la CIDH dio a conocer.

<sup>3</sup> LaNación.cl, “Leyes especiales para ciudadanías de segunda categoría”, 17 de junio de 2010.

<sup>4</sup> Entrevista personal, 6 de julio de 2009.

Se esperaba avanzar en lo que respecta al estado de los derechos humanos de las personas LGBTI, puesto que durante los veinte años en que gobernó la Concertación no hubo cambios sustanciales. Dice Rolando Jiménez:

El período democrático encabezado por el Gobierno de la Concertación no ha significado ninguna conquista concreta de los derechos humanos, ni la igualdad ante la ley de los homosexuales en Chile (...). Desde el punto de vista estricto de la igualdad jurídica ante la ley, no hubo ningún avance.

Para el dirigente de Movilh, durante el Gobierno de Bachelet no hubo voluntad política para legislar sobre las uniones de parejas del mismo sexo y no se cumplieron las promesas de campaña. Érika Montecinos, directora de la revista de cultura lesbiana *Rompiendo el Silencio*, llega a conclusiones parecidas sobre el estancamiento de la legislación:

Creo que igual es paradójico, porque todos estábamos emocionados con una Presidenta mujer. (...) En la campaña se prometieron muchas cosas. [Se creyó] que porque era mujer iba a tener más cercanía con este tema. Pero los temas valóricos realmente creo que los dejó de lado, que no los quería tocar (...) hubo mucha presión de la derecha, mucho más que en otros gobiernos, en temas que tienen que ver con las minorías sexuales, el aborto. (...) Se notó que se trataba de no tocar ciertos temas que pudieran molestar a la Iglesia, que pudieran crear conflictos. Entonces la Presidenta se enfocó en temas sociales, de la mujer, que no desmerecen, pero no fue un “Gobierno revolucionario”, no fue un Gobierno que quebrara con algo; más bien fue medio acomodado. (...) En el Gobierno de Bachelet hubo una especie de silenciamiento e invisibilidad referente a estos temas.<sup>5</sup>

En este contexto, cobran relevancia las recomendaciones de la CIDH en relación a las violaciones de los derechos humanos en el caso de la jueza Karen Atala, que impusieron al Estado chileno la obligación de asegurar que ello no vuelva a ocurrir, para lo cual debe contar con una legislación al respecto.

Algunos sectores del movimiento LGBTI cuestionan el simbolismo de la campaña electoral y dudan que se traduzca en la legislación o en un trabajo más contundente con la sociedad civil. Krischna Sotelo, activista del sindicato Amanda Jofré, comenta:

<sup>5</sup> Entrevista personal, 30 de abril de 2010.

No sé qué sentido tendrá que haya aparecido una pareja gay en la campaña de Piñera, porque además es una campaña mediática. No hubo ningún documento, ningún trabajo con distintas organizaciones, y por lo tanto tampoco hubo propuestas. No sé si en verdad significará algo más real..., una política o un acercamiento a las organizaciones.<sup>6</sup>

En el Mensaje Presidencial del 21 de mayo, el Presidente respaldó la importancia de los principios de no discriminación, con una mínima referencia a la diversidad sexual:

Una sociedad de auténticas oportunidades significa que todos puedan, con su talento y esfuerzo, lograr su realización personal. Una sociedad de verdaderas seguridades para todos significa que, si alguien tropieza o cae, no quedará solo y abandonado. Una mano solidaria lo ayudará a ponerse de pie y volver a caminar por sus propios medios. Una sociedad de sólidos valores significa respetar y proteger la vida, su dignidad y los derechos humanos; no discriminar a nadie por su origen étnico, situación económica, apariencia física, opción religiosa o preferencia sexual. Significa también respetar y promover la familia, la naturaleza, la honestidad, la justicia, la fraternidad y la paz.<sup>7</sup>

A diferencia de la ex Presidenta Bachelet, quien propuso avanzar en las uniones civiles cuatro años atrás, Sebastián Piñera se enfocó en el cumplimiento de los deberes exigidos por la CIDH en materia de discriminación, aunque sin explicitarlo.

Por otra parte, las declaraciones del presidente de Renovación Nacional (RN), Carlos Larraín, comparando la diversidad sexual con la pedofilia y la zoofilia fueron un ejemplo de las diferencias entre los sectores más liberales y los más conservadores en el Ejecutivo y su coalición. Podría pensarse que éstos se identificarían con RN y la UDI, respectivamente, pero la opinión del timonel de RN refleja que en estas materias prima la ideología personal antes que las directrices del partido. Éstas fueron las palabras de Larraín que despertaron la polémica, emitidas por el programa *Tolerancia Cero* del 30 de mayo de 2010:

¿Por qué tenemos que apoyar a la comunidad homosexual? Tendríamos luego que apoyar a los grupos que proponen las relaciones anómalas con niños, o los que proponen la eutanasia. Porque en esto de las orientaciones sexuales, por lo que he

<sup>6</sup> Entrevista personal, 13 de mayo de 2010.

<sup>7</sup> Ver [www.gobierno.cl/especiales/mensaje-presidencial-21-de-mayo](http://www.gobierno.cl/especiales/mensaje-presidencial-21-de-mayo).

oído, hay una tremenda variedad. Entiendo que también hay personas que les gusta tener relaciones con animales, hay literatura sobre eso, es la zoofilia. Entonces, yo no creo que las políticas públicas de un país tengan que ser en función de opciones sexuales diversas.

Las declaraciones de Larraín en *Tolerancia Cero* provocaron el inmediato repudio de sus compañeros de partido Karla Rubilar, Joaquín Godoy y Cristián Mönckeberg, todos diputados RN. Mönckeberg declaró:

[las declaraciones] no representan lo que piensa Renovación Nacional por ningún motivo. El partido nuestro es un partido esencialmente tolerante y que respeta la diversidad a todo lugar. Puedo estar a favor de la unión civil o puedo estar en contra, y puedo tener diferentes puntos de vista en temas puntuales. Pero una cosa muy distinta es referirse de esa manera y en esos términos a una situación... Creo que en general... ese tipo de declaraciones no corresponden al sentir y a lo que es la Renovación Nacional. Yo las encuentro lamentables, pero hace tiempo que nos estamos acostumbrando a este tipo de cosas.<sup>8</sup>

Fue tanto el revuelo que dos días después el presidente de RN se retractó:

Acepto paladinamente que me equivoqué..., respondí de una manera en que me equivoqué en la selección de los ejemplos y en los términos utilizados. Nunca quise hacer una equivalencia entre, por ejemplo, pederastia y homosexualidad, porque muchas veces la pederastia la tienen también los heterosexuales. Usé mal la palabra.<sup>9</sup>

Por incidentes como éste, los dirigentes de la comunidad LGBTI dudan de que el simbolismo de la campaña electoral de Sebastián Piñera se traduzca en un real apoyo a su causa. La diputada María Antonieta Saa recuerda que “el choque de ellos es entre su alianza, donde hay sectores conservadurísimos”,<sup>10</sup> y en una entrevista de 2009 apuntó al cambio en la constitución de la Comisión de Familia de la Cámara, instancia clave para la tramitación de proyectos relativos a la diversidad sexual:

**8** Radio Cooperativa, “Cristián Monckeberg: ‘Los dichos de Carlos Larraín no representan a RN’”, 1 de junio de 2010.

**9** *La Tercera*, “Carlos Larraín hace mea culpa por dichos contra homosexuales”, 2 de junio de 2010.

**10** Entrevista personal, 29 de abril de 2010.

la Comisión de Familia de la Cámara (...) era una instancia donde podíamos aprobar proyectos progresistas. Sin embargo, hoy día esa Comisión está copada por sectores conservadores. Diría que la fundamental diferencia de unos años antes a ahora es que ellos [los sectores conservadores] se organizaron.<sup>11</sup>

## 2. CASO ATALA

Tras siete años de tramitación del caso, finalmente la Comisión Interamericana decidió que el Estado chileno había violado los derechos humanos de la jueza Karen Atala, cuando la Corte Suprema chilena le negó la tuición de sus tres hijas debido a su orientación sexual. La Comisión resolvió que “se le debe reparar integralmente” por violaciones a los derechos a la vida privada (artículo 11.2) y a la vida familiar (artículo 17.1), los derechos del niño y la igualdad de derechos de los cónyuges después de la disolución de un matrimonio (artículos 17.4 y 19) y las garantías judiciales y de protección judicial (artículos 8.1 y 25.1) de la Convención Americana en relación con lo que se establece en el artículo 1.1:

Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>12</sup>

La CIDH, además, recomienda a Chile:

Adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia. Estas medidas deben ser acompañadas de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos (párr. 162).

<sup>11</sup> Entrevista personal, 6 de julio de 2009.

<sup>12</sup> CIDH, caso 12.502, *Karen Atala Riffo e hijas (Chile)*, 18 de diciembre de 2009, párr. 162; *El Mercurio*, “Organismo internacional falla a favor de jueza Atala”, 6 de abril de 2010, p. 4; *La Nación*, “CIDH concluye que se discriminó a jueza Atala”, 6 de abril de 2010, p. 5.

La amplitud de estas recomendaciones conlleva un trabajo contundente para el nuevo Gobierno.

El artículo 11.2 de la Convención Americana establece: “Nadie puede ser objeto de interferencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales en su honra o reputación”. En relación con él, la Comisión argumentó que:

El derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares. La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias por el ejercicio del poder público (párr. 120).

En cuanto a la preferencia sexual en relación con los hijos, la Comisión estableció que “la orientación sexual de un individuo, por sí sola, no es un criterio relevante para determinar la capacidad de ejercer la custodia de sus hijos” (párr. 124), y consideró que

la interferencia en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria, dado que la decisión de tuición fue fundada en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual, y no en una evaluación objetiva de la capacidad de ambos padres de ejercer la tuición de sus hijas (párr. 125).

Sobre el derecho a la vida privada de la familia, afirma que “el derecho a la vida privada y familiar de un individuo debe interpretarse en conjunto con el artículo 17(1)... dado que éste reconoce el papel central de la familia en la existencia y proyecto de vida de una persona” (párr. 128). En este caso, la CIDH confirmó los argumentos de los peticionarios:

La sentencia les privó a las niñas la oportunidad de crecer junto a su madre y a ésta la posibilidad de contribuir a su desarrollo y crianza, alterando de manera dramática e irreparable su proyecto de vida familiar (...). Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado interfirió arbitraria y abusivamente en la vida familiar de la Sra. Karen Atala (...) al modificar el régimen de custodia exclusivamente en base a prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual de Karen Atala (párr. 131 y 133).

Además, se estimó que el Estado había violado los derechos de las niñas contenidos en el artículo 19 (“Todo niño tiene derecho a las medidas



de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”), junto con la violación del artículo 17.4:

Los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En casos de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguran la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y convivencia con ellos.

Se decidió que la Corte Suprema también violó el interés superior de las niñas al separarlas de su madre “de manera arbitraria y abusiva, sin considerar sus preferencias y necesidades y en base a prejuicios discriminatorios por la orientación sexual” (párr. 146).

Respecto de las garantías judiciales y la protección judicial, el artículo 8.1 de la Convención establece que

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por su parte, el artículo 25.1 dispone que:

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.

Así, las violaciones detectadas por la Comisión dan cuenta de que no se proveyó a Karen Atala de garantías judiciales y protección judicial. La CIDH considera que:

La posición de desventaja en la que Karen Atala fue puesta por parte de las autoridades judiciales a lo largo del proceso, al considerar su orientación sexual como un elemento fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios contra la población homosexual en las decisiones determinantes en el proceso, permiten concluir

que la señora Karen Atala no fue escuchada con las debidas garantías en el proceso de custodia de sus hijas, en particular, no fue escuchada con la garantía de imparcialidad y, en suma, le fue negado un acceso efectivo a la justicia (párr. 159).

El caso había sido llevado a la Comisión Interamericana por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Libertades Públicas AG y la Corporación Humanas. Helena Olea, abogada de Humanas, opina que el informe es

[M]uy potente, muy positivo. Siempre pensé que el sistema interamericano estaba listo para un caso de discriminación por orientación sexual de esta naturaleza... Es un juego interesante con la maternidad, yo creo que si hubiese sido el caso de un padre, no nos hubiera ido tan bien... En Chile la madre tiene un lugar tan importante... El Código Civil dice que cuando los padres se separan los niños se van con la madre... Esto va contra la maternidad... teníamos más posibilidades de éxito que si hubiese sido padre, por la orientación sexual. No creo que el sistema esté listo para hablar sobre matrimonio, pero sí para esta decisión sobre custodia, sobre todo con una decisión de la Suprema, (...) que es una fuente de discriminación (...) en este caso los hechos son claros, no hay discusión probatoria, aquí está la sentencia, aquí está la discriminación.<sup>13</sup>

## 2.1 Respuestas de las instituciones estatales

Las críticas dirigidas al Estado chileno y la respuesta de las Cortes en este caso evidencian la responsabilidad que le cabe al Gobierno, tanto de promover y aprobar políticas públicas en materia de diversidad sexual como de capacitar a sus funcionarios.

La entrega de las recomendaciones de la CIDH coincidió con la asunción del nuevo Gobierno. Una de las primeras medidas que tomó la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores –que es la que lleva la defensa del Estado ante el sistema interamericano– fue constituir una mesa de trabajo para responder a las recomendaciones del fallo, y para ello convocó a actores principales: el Consejo de Defensa del Estado, parlamentarios y la Corte Suprema.<sup>14</sup> Sin embargo, ésta se negó a designar un representante. En el pleno de la Corte Suprema, su presidente Milton Juica y los ministros Rodríguez, Dolmestch y Künsemüller acordaron que:

<sup>13</sup> Entrevista personal, 29 de abril de 2010.

<sup>14</sup> *La Tercera*, “Crean equipo para ver el caso”, 6 de abril de 2010, p. 13.

En cuanto a la decisión de que esta Corte Suprema no integre la Mesa de Trabajo a que fuera invitada (...) previenen que lo es porque, a su juicio, ello es innecesario, desde que, en primer lugar, se trata de un problema cuyo origen emana de una resolución jurisdiccional ejecutoriada de este tribunal que, por lo mismo, no podrá discutirse de modo alguno; y seguidamente, porque atendidas las facultades constitucionales y legales de esta Corte Suprema, en tanto carece de iniciativa legal y no tiene atribuciones para participar y adoptar eventuales medidas de reparación a favor de la reclamante, como se pretende, no divisan la razón y conveniencia de que este Poder del Estado concurra a dicha instancia.<sup>15</sup>

Si bien la mayoría de los integrantes del pleno “toman debido conocimiento del informe de la Comisión”, no reconocen que la Corte Suprema cumpla una función preponderante, aun cuando las recomendaciones de la CIDH indican que la jueza debe ser reparada por el Estado chileno, ya que “no contó con la garantía de imparcialidad y, en suma, le fue negado el acceso efectivo a la justicia”.<sup>16</sup> El ministro Muñoz “estuvo por no tomar conocimiento del denominado informe de fondo de la Comisión (...) y no adoptar medida alguna en relación al tema”.<sup>17</sup> El único integrante del pleno que estuvo a favor de participar en la mesa de trabajo fue el ministro Brito.

Por lo demás, Jorge Contesse, abogado de la Universidad Diego Portales, cuestiona la utilidad y legitimidad de esta mesa de trabajo porque la invitación a participar hasta ahora no se ha extendido a los abogados de Karen Atala, quienes ignoran si la reunión se ha realizado o no.

A pesar de que la decisión de la CIDH importa contundentes críticas hacia el Estado chileno y la Corte Suprema, la respuesta de esta última evidencia lo complejo que es para el Gobierno cumplir con las recomendaciones del órgano de la OEA. La ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actual directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Cecilia Medina, reflexiona sobre el papel de la Comisión en el caso, las posibilidades de cumplir con sus recomendaciones y la actitud de la Corte Suprema:

Ellos querían una solución amistosa. Obviamente el Gobierno de Chile no podía hacer eso, llegar a una solución amistosa, porque no tiene el poder para cumplir con ella, ya que implica

<sup>15</sup> Acuerdos del pleno de la Corte Suprema, 9 de abril de 2010, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

<sup>16</sup> *La Tercera*, “Comisión OEA concluye que Chile discriminó a jueza en caso de tuición de sus hijas”, 6 de abril de 2010, p. 13.

<sup>17</sup> Acuerdos del pleno de la Corte Suprema, 9 de abril de 2010.

devolver las cosas al estado anterior y, por lo tanto, cambiar una resolución de la Corte Suprema.

Cuando se adopta la Convención Americana, se ratifica y se hace parte del derecho interno, se deben establecer los mecanismos para cumplir con los fallos, lo que no ocurre en Chile. En otros países la propia Corte Suprema, sabiendo que debe cumplir el fallo, dispone el cúmplase, pero la Corte Suprema chilena no lo hace. Ya ves que este Gobierno decidió hacer una comisión para estudiar cómo cumplir la recomendación de la CIDH, pero la Corte Suprema no quiso asistir, sosteniendo que ese procedimiento no tenía que ver con ellos. La decisión se había tomado y ellos no habían discriminado. En suma, no parecen aceptar la supervisión internacional.<sup>18</sup>

Así se pierde toda imparcialidad. La neutralidad y el formalismo que rigen el derecho chileno están ausentes en este caso, sostiene Medina, pues “la discriminación atañe a las entrañas de las personas, hombres y mujeres, y es difícil salirse de allí a veces; creo que eso es lo que le ha pasado a la Corte Suprema”.

Aparte de la negativa de la Corte Suprema a participar en una mesa de trabajo convocada por la Cancillería, está en cuestión la eficacia de este Ministerio para llevar casos y para mediar entre las instituciones estatales y los órganos regionales e internacionales de derechos humanos. Helena Olea, de la Corporación Humanas, opina que “lo que le falta a la Cancillería son más recursos, más capacidad y autonomía para resolver”.<sup>19</sup> De esta forma, el Ministerio debe demostrar que es capaz de hacer avanzar la mesa de trabajo, entre otras cosas, para que el Ejecutivo se asegure de que se cumpla lo que plantea la Comisión Interamericana.

Dice la diputada María Antonieta Saa sobre ello:

Creo que [el Ejecutivo] tiene que responder, no sé en qué términos. Lo que pasa es que la discriminación que sufrió Karen Atala fue por parte del Poder Judicial, y en el espíritu de las leyes está la no discriminación. Este Presidente tiene que responder, y creo que allí se va a probar, porque de alguna manera esto pone en jaque lo que planteó en su campaña y en su programa.<sup>20</sup>

**18** Entrevista personal, 27 de abril de 2010.

**19** Entrevista personal, 29 de abril de 2010.

**20** Entrevista personal, 29 de abril de 2010.

Más adelante en el capítulo se discuten los proyectos legislativos vigentes relativos a orientación sexual e identidad de género, y se evalúa el impacto de las conclusiones del informe de la CIDH.

### 3. LA LEGISLACIÓN

#### 3.1 La ley antidiscriminación

Para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se le exige al Estado chileno adoptar una legislación “para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público”.<sup>21</sup> El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación,<sup>22</sup> en tramitación desde 2005, incluye una cláusula que prohíbe la discriminación en base a la orientación sexual y de género, pero a julio de 2010 este proyecto todavía se encontraba en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, sin urgencia.

En marzo de 2009, el Boletín 3815-07 informaba que había dos temas pendientes en la Comisión de Constitución del Senado, antes de despachar el proyecto a la Sala en segundo trámite constitucional: el quórum necesario para aprobar la iniciativa y la definición de un tipo penal que sancione los actos discriminatorios.

La diputada María Antonieta Saa señala que “ya no es una ley que exija quórum constitucional”, y al opinar sobre la posibilidad de que sea aprobada en el Senado, comenta que la composición de la Cámara Alta “hoy en día es mayoría Concertación, lo que no garantiza que estén en contra de las discriminaciones; también hay conservadores, pero no sé cuál será la actitud de ellos”.

Las organizaciones sociales son más optimistas en cuanto a que se haga efectivo el cambio legislativo. Representantes del MUMS se reunieron con la ministra Von Baer y el director de la DOS, José Ignacio Pinochet, para tratar la ley contra la discriminación y abordar las promesas electorales referidas a las uniones civiles. Respecto de la ley contra la discriminación,

Los representantes de MUMS hicieron hincapié en la responsabilidad política del Gobierno en que la Ley contra la Discriminación avance, dado que han sido los senadores de este sector quienes han obstaculizado principalmente esta iniciativa de ley. De igual forma les plantearon a los representantes de Gobierno que la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos

<sup>21</sup> CIDH, caso 12.502, *Karen Atala Riffo e hijas* (Chile), 18 de diciembre de 2009, párr. 162.

<sup>22</sup> Boletín 3815-07.

Humanos asume que la orientación sexual es una diferencia que no admite discriminación arbitraria (...). Los miembros de MUMS asumieron reunirse prontamente con los representantes de SEGEOB para tratar la fórmula de avance en la Ley contra la Discriminación y los otros temas de la agenda propuesta.<sup>23</sup>

Y el presidente de Movilh manifestó:

No descarto que logremos algún avance en igualdad o una protección jurídica para las parejas de gays y lesbianas, y que podamos sacar una ley antidiscriminatoria en el corto plazo (...) Más allá del Gobierno, en todo caso, ya nos hemos reunido con la presidenta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado y con el presidente del Senado, y se comprometieron ambos a agilizar la tramitación de la ley.<sup>24</sup>

El Senado informó sobre esta reunión entre su presidente Jorge Pizarro y Rolando Jiménez, de Movilh, el 24 de abril de 2010. El presidente del Senado comentó que el proyecto legal “es una iniciativa de toda justicia que la sociedad chilena debe sacar adelante”.<sup>25</sup> El dirigente de Movilh destacó la importancia del informe de la CIDH para promover nueva legislación

Creo que es un elemento más que hemos estado usando en el proceso de negociación con el nuevo Gobierno. Hemos señalado claramente que este Gobierno tiene la oportunidad preciosa de, por ejemplo, si respalda y le pone urgencia a la ley que establece medidas contra la discriminación, pues ésa es una respuesta contundente a las demandas que está haciendo la Comisión Interamericana.<sup>26</sup>

El equipo de abogados de Karen Atala –entre ellos Jorge Contesse, editor de este *Informe*– es más escéptico en cuanto a la respuesta del Estado a las recomendaciones de la CIDH.

### 3.2 Pacto de unión civil

Durante los últimos meses del Gobierno de Michelle Bachelet se presentó un proyecto de unión civil, pero no contó con el apoyo del Ejecutivo, lo que contradice el programa de gobierno de la Presidenta. Uno de los

<sup>23</sup> Mums.cl, “MUMS se reúne con representantes del Gobierno de Piñera”, 7 de abril de 2010.

<sup>24</sup> Entrevista personal, 27 de abril de 2010.

<sup>25</sup> Senado.cl, Noticias, “Apoyo para proyecto contra la discriminación”, 25 de abril de 2010.

<sup>26</sup> Entrevista personal, 27 de abril de 2010.

redactores principales del proyecto original, Mauricio Tapia, profesor de derecho privado de la Universidad de Chile, cuenta que

hasta el año pasado [2009] era un anteproyecto. No había sido presentado formalmente al Parlamento. Los distintos grupos sociales estaban intentando convencer a la señora Bachelet de que lo presentara, pues era necesario por una norma de la Constitución, que establece que cuando las leyes se refieren, influyen o afectan las competencias de un órgano público, en este caso el Registro Civil, y cuando las leyes pueden afectar las normas previsionales, deben ser presentadas por el Ejecutivo.<sup>27</sup>

Tapia acudió a varias reuniones, “incluso a una con todos los presidentes de los partidos de la Concertación, donde expuse el proyecto. Tenía el apoyo de los partidos, pero a pesar de eso la Presidenta no lo presentó”. De este modo, finalmente el proyecto fue presentado por la diputada María Antonieta Saa, el 27 de octubre de 2009.<sup>28</sup> Para ingresarlo como iniciativa de diputados hubo que modificarlo debido a las restricciones citadas por Mauricio Tapia, pero los redactores originales no participaron en tales modificaciones. Desde enero de 2010 se encuentra sin urgencia en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados. La diputada Saa ha pedido que se lo ponga en tabla y cree que es probable “que lo podamos seguir tramitando”.<sup>29</sup>

El objetivo del proyecto es regularizar la situación de las parejas heterosexuales y homosexuales que actualmente carecen de reconocimiento legal, además de adecuarse a los cambios sociales y reconocer la diversidad de contextos familiares contemporáneos en Chile, donde más de la mitad de los hijos nacen fuera del matrimonio y cerca de un 10% de la población declara ser conviviente.

### 3.3 Proyecto “Acuerdo de Vida en Común”

También en junio de 2010 se presentó al Senado el proyecto “Acuerdo de Vida en Común” (AVC),<sup>30</sup> elaborado por los diputados Andrés Allamand (RN) y Andrés Chadwick (UDI) junto con otros políticos y abogados de derecha. Al igual que el pacto de unión civil presentado por la diputada Saa, se basó en el Pacto de Solidaridad francés.<sup>31</sup> Resulta ser la

<sup>27</sup> Entrevista personal, 23 de abril de 2010.

<sup>28</sup> Boletín 6735-07.

<sup>29</sup> Entrevista personal, 29 de abril de 2010.

<sup>30</sup> Senado.cl, “Presentan proyecto de ley que crea contrato de Acuerdo de Vida en Común”, 18 de junio de 2010, Noticias.

<sup>31</sup> *La Tercera*, “La nueva agenda valórica del piñerismo”, 11 de octubre de 2009, Reportajes, pp. 10-11.

primera iniciativa de la coalición de derecha, al plantearse una ley que regule las uniones de hecho en asuntos legales como herencias y bienes, y que contempla tanto a parejas heterosexuales como del mismo sexo:

La iniciativa se estructura en cuatro títulos: el primero contiene la definición legal del contrato o acuerdo de vida en común, la capacidad, requisitos y formalidades para celebrarlo; el segundo aborda los efectos del acuerdo de vida en común; el tercero trata la expiración del acuerdo y la liquidación de los bienes indivisos y el cuarto contiene una serie de disposiciones generales.<sup>32</sup>

De hecho, fue la discusión en torno de las uniones civiles lo que dio origen a las tensiones y divisiones que se hicieron manifiestas en las citadas declaraciones de Carlos Larraín y Cristián Mönckeberg respecto de los derechos de las personas LGBTI. El senador Allamand quiso probablemente apaciguarlas al declarar que “va a quedar en primer lugar muy claro que este proyecto en nada afecta al matrimonio, al revés, éste es un proyecto que es plenamente respetuoso de la institución matrimonial”.<sup>33</sup>

Respecto de la respuesta del Ejecutivo al avance del proyecto de uniones civiles, la Corporación Interés Público comentó una reunión que sostuvo el subsecretario de la Segegob, Claudio Alvarado, y el presidente de Movilh, Rolando Jiménez, el 7 de mayo de 2010, en la que, según la organización, se abordaron las iniciativas legislativas pendientes: “En cuanto a los temas relacionados con los problemas patrimoniales, sucesorales, previsionales y de salud que afectan a convivientes heterosexuales y homosexuales, se hizo especial hincapié en la importancia de la aprobación de la Ley que establece el Pacto de Uniones Civiles (...). Por su parte, Alvarado señaló que dichas temáticas están incluidas en el programa presidencial y precisó que en la actualidad el Gobierno analiza los mecanismos para determinar la forma en que se llevará a cabo, esperándose noticias más claras en el futuro”.<sup>34</sup> El senador Allamand también se reunió con el dirigente luego de presentar el proyecto de ley, para “analizar cuáles son las diferencias que existen entre el AVC y otras alternativas que hoy se encuentran en tramitación en el Congreso”,<sup>35</sup> lo que parece ser un paso lógico al considerar que se requiere un acercamiento entre la sociedad civil y los legisladores en esta materia.

**32** Senado.cl, “Presentan proyecto de ley que crea contrato de Acuerdo de Vida en Común”.

**33** Radio Cooperativa, “Allamand: ‘Mi proyecto sobre uniones de hecho es respetuoso con el matrimonio’”, 23 de junio de 2010.

**34** I-público.cl, “El Movilh, con el apoyo de la Corporación de Interés Público, instan al Gobierno a agilizar la agenda legislativa en materias de no discriminación”, [www.ipublico.cl](http://www.ipublico.cl), 10 de mayo de 2010.

**35** Senado.cl, “Comparan proyectos sobre Acuerdo de Vida Común y Pacto de Unión Civil”, 23 de junio de 2010, Noticias.



Existe un cierto escepticismo acerca de las posibilidades de que la legislación progrese, dada la experiencia con los gobiernos anteriores, supuestamente de tinte progresista, y la composición actual del Senado principalmente. Debido a la desprotección en esta materia, parejas del mismo sexo han empezado a judicializar sus derechos, tendencia que poco a poco se ve facilitada por el número creciente de abogados que están dispuestos a defender judicialmente los derechos de las personas LGBTI.<sup>36</sup>

### **3.4 Judicialización de bienes de parejas del mismo sexo**

Debido a que no hay una legislación que proteja los bienes de las parejas del mismo sexo en Chile, a fines de julio de 2009 Sebastián Velásquez y Ramón Gómez presentaron una demanda junto con Movilh y la Corporación de Interés Público, para proteger sus bienes. El objetivo es que el juez de familia del tribunal de Santiago reconozca que la casa que ambos comparten constituye un bien familiar. La demanda se basa en el artículo 141 del Código Civil, que establece que

el inmueble propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los bienes que la garantizan, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.

Carolina Tagle, abogada de la Corporación de Interés Público que representa a Velásquez y Gómez, explica el vacío legal respecto de los asuntos patrimoniales de las parejas del mismo sexo:

En el caso de Sebastián y su pareja, y de todos los convivientes homosexuales, cumplen con solo uno de estos elementos, el bien familiar, pero no son reconocidos como familia porque no pueden casarse. Entonces, con esta acción legal venimos a corregir esta desigualdad y discriminación.<sup>37</sup>

La demanda solicita que “se declare el inmueble que ambos como pareja ocupan hace más de siete años como hogar, y los muebles que lo garantizan, como bienes familiares”, dado que si “de su voluntad dependiera, quisieran formalizar su relación, pero al no existir institución que

<sup>36</sup> Penny Miles, “Mediating Sexual Orientation and Gender Identity: Claimants, Brokers and Legal Mobilization in Chile”, tesis doctoral, Universidad de Cardiff, Cardiff, Gales, 2010.

<sup>37</sup> Movilh.cl, “Presentan primera demanda para que justicia reconozca condición de familia de parejas homosexuales”, 23 de julio de 2009.

les permita aquello, quedan excluidos de los beneficios que confiere una relación formalizada ante el ordenamiento jurídico”.<sup>38</sup>

Chile ha firmado y ratificado la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, por lo que tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en ella. En este caso, se enfoca en cómo se debe evitar discriminar, como señala el artículo 1 del Pacto de San José de Costa Rica:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Velásquez y Gómez llevan ahora más de ocho años de convivencia, y buscan proteger su hogar para evitar dificultades que pudieran surgir en el futuro. Sebastián Velásquez se refiere a la trascendencia de esta demanda:

Esto es muy importante para nosotros, pues no podemos casarnos, ni contraer una unión civil, por lo que si a mi pareja hoy le pasa algo nuestros bienes pueden perderse, a diferencia de lo que sucede con parejas heterosexuales, que tienen bien regulada esta situación.<sup>39</sup>

#### 4. PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

Las recomendaciones del *Informe 2009* contemplaban una mayor difusión de la problemática LGBTI en la sociedad chilena, promovida tanto por el Estado como por la sociedad civil activa en estos temas. Para la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cecilia Medina, por ejemplo, la magnitud del cambio social que se requiere hace necesarias campañas antidiscriminación que deberían correr por cuenta del Estado.

Desde la División de Organizaciones Sociales indican que el trabajo con los grupos LGBTI que se empezó bajo la dirección anterior seguirá avanzando, pues José Ignacio Pinochet se ha demostrado proactivo en la materia. La DOS es la entidad encargada de promover políticas públi-

<sup>38</sup> I-publico.cl, ver casos, Caso Bien Familiar.

<sup>39</sup> *La Tercera*, “Presentan primera demanda para reconocer condición de familia de pareja homosexual”, 23 de julio de 2009.

cas para fortalecer la sociedad civil y participación ciudadana, y como tal sirve de nexo entre las agrupaciones LGBTI y el Ejecutivo. Rolando Jiménez sostuvo que “a dos o a tres semanas de haber asumido el nuevo Gobierno, el director de la DOS nos recibió en La Moneda y también se comprometió a respaldar y a trabajar por la ley antidiscriminatoria”; además aseguró “el uso de los espacios públicos” para agrupaciones que promuevan la diversidad sexual, lo que les permite realizar manifestaciones y actos para crear conciencia, informar y celebrar la diversidad sexual.<sup>40</sup> Otra señal de que la DOS está abierta a apoyar el movimiento fue la cobertura en su página web de la celebración del Día del Orgullo Gay en Santiago a fines de junio.<sup>41</sup>

Sin embargo, hay que cuestionar hasta qué punto la capacidad de la DOS sea suficiente para contrarrestar la profundidad del estigma y la discriminación que enfrentan personas de orientación sexual o identidad de género diversa. Según Bianca Vidal, activista trans, “cambiar el estigma y la discriminación llevará años”,<sup>42</sup> aun si se logra crear una ley de identidad de género. Pero, para que esto sea una realidad, además de la sociedad se debe contar con la voluntad de instituciones como el Poder Judicial y el Congreso.<sup>43</sup>

Se reconoce que las campañas electorales fueron útiles para difundir los derechos de las personas LGBTI. Cada candidato incluyó esta temática dentro de su discurso, enfocándola en las uniones civiles. La posición más radical estuvo representada por Marco Enríquez-Ominami, quien se manifestó a favor del matrimonio gay. Frei, Piñera y Arrate se mostraron dispuestos a otorgar distintos grados de protección a las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, y se reunieron con activistas LGBTI por primera vez durante las campañas. La difusión fue mayor luego de que la franja electoral de Sebastián Piñera incluyera una pareja gay tomada de la mano, pues ello generó un debate en la sociedad y al interior de su coalición. Tras la publicación de las recomendaciones de la CIDH la discusión continuó. De una forma u otra, gracias a estos procesos el respeto a la diversidad sexual ha ganado visibilidad en la sociedad chilena.

## 5. IDENTIDAD DE GÉNERO

En *Informes* anteriores se ha abordado la jurisprudencia emergente en materia de identidad de género, principalmente en lo que se refiere a

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> Participemos.cl, “Celebración en Chile del Día Internacional del Orgullo Gay”, 30 de junio de 2010.

<sup>42</sup> Entrevista personal, 13 de julio de 2009.

<sup>43</sup> El director de la DOS no respondió a una solicitud de entrevista para conversar sobre el papel de la organización que dirige en estas materias.

peticiones de rectificación de partidas de nacimiento ante los tribunales civiles, para conseguir el cambio de nombre y de sexo. Este año 2010 se dieron a conocer fallos favorables –que concedieron los cambios en su totalidad o parcialmente– y negativos. A pesar de esta arbitrariedad en las resoluciones por parte de los jueces civiles, tales causas se continúan tramitando. La disposición de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, de la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial y de la Clínica Jurídica I de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a auspiciar causas de esta índole demuestra que la judicialización de este tema sigue vigente. No solo se trata de insistir en la necesidad de abordar un proyecto de ley de identidad de género, sino también de explorar estrategias novedosas para abordar judicialmente la temática, como ha estado haciendo la Universidad de Chile.

### **5.1 Solicitudes de rectificación de partida de nacimiento**

En la Clínica Jurídica I de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se elaboró la idea de solicitar rectificaciones de partida de nacimiento para transexuales. El objetivo es que se siga el procedimiento que generalmente se aplica a cualquier petición de rectificación, es decir, que no se someta a los solicitantes a procesos no contemplados en la ley y que son denigrantes, tales como exámenes médicos realizados por profesionales poco sensatos o poco sensibilizados con la condición de estas personas. Además se persigue proporcionar al juez una fundamentación jurídica contundente que dé cuenta de la complejidad de la petición. Como explica la profesora Lorena Lorca Muñoz:

Nuestra presentación (solicitud de rectificación de partida de nacimiento tanto del nombre como del sexo) tiene una extensión de diecisiete fojas porque tiene como objeto el que un juez civil en Chile (que es quien debe resolver tal petición) no solo vea el argumento básico o mínimo, limitándose a leer la ley que regula esta materia, puesto que si eso ocurre normalmente negará la petición. Queremos demostrarle que si la deniega estará dejando de aplicar una serie de normas tanto constitucionales como de tratados internacionales que obligan a Chile y que, por ello, hará responsable al Estado de Chile ante los tribunales internacionales. Buscamos demostrarle que si la rechaza estará yendo en contra de toda la normativa que, desde una perspectiva sistémica, ayuda a interpretar y a aplicar en armonía dicha ley con las demás normas que debería en verdad aplicar.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Entrevista personal, 30 de abril de 2010.

Además, se adjuntan exámenes médicos tales como informes psiquiátricos y psicológicos con el propósito de evitar el trato que han soportado otros peticionarios. En años anteriores se consignó en el *Informe* el trato indigno que sufrieron varios de ellos, porque se les exigió que médicos del Servicio Médico Legal les tomaran exámenes.

La solicitud también alude al programa piloto establecido bajo el Gobierno anterior como ejemplo del reconocimiento estatal del transexualismo:

Si bien el Estado de Chile ha reconocido parcialmente la situación de los que viven mi realidad, estableciendo un programa piloto para que las personas cuyas características físicas no se corresponden con su sexo puedan realizarse operaciones y tratamientos aptos para conciliar la diferencia mencionada, y, así, adecuen en parte su cuerpo a su sexo (programa en el que estoy, como dije, desde el 24 de agosto de 2008, a través del Servicio de Salud Metropolitano Central), este reconocimiento no es pleno, y para que este *reconocimiento sea pleno* es necesario que el Estado, a través de los tribunales de justicia y el Servicio del Registro Civil, autorice rectificar mi partida de nacimiento en cuanto al nombre y al sexo.<sup>45</sup>

Un problema que se pretende remediar es la discordancia entre los fallos emitidos por los jueces civiles, que a veces conceden cambios de sexo y de nombre y a veces solo cambios de nombre. Con ese objeto se cita la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago de junio de 2009, Rol 2541-09, cuando se concedió solo el cambio de nombre. En busca de sentar un precedente y asegurar que no haya discordancia entre el nombre y el sexo registrado, argumentan entonces que

justifica esta petición lo señalado en el art. 31 de la Ley 4.808, que en su inciso segundo impide la imposición de un nombre equívoco respecto del sexo, lo que confirma que, como premisa a tener en consideración en lo sucesivo, *el sexo es el parámetro de corrección del nombre*.

Si bien entre las causales de cambio de nombre contenidas en el artículo 1° de la Ley 17.344 no figura la consignación errada del sexo en la partida de nacimiento, lo cierto es que *si se permite el cambio de nombre ello no puede sino acarrear necesariamente la rectificación del sexo consignado para que no exista contradicción entre uno y otro, y porque mi sexo es masculino y no fe-*

45 "Solicitud Rectificación Partida Nacimiento", Clínica Jurídica I, Universidad de Chile. El énfasis es de los autores de la solicitud.

*menino como aparece en dicho registro*, situación que la ciencia médica ha comprobado.

Por ello es que solicito a SS. proceda a cambiar mi nombre para que sea acorde con la realidad diagnosticada médicamente y torcida burocráticamente, y por el hecho de que tal cambio se permite en la ley (por las causales ya solicitadas). Además, para que ésta pueda ser fiel a sus propias premisas *dicho cambio de nombre debe ir acompañado de una rectificación en cuanto al sexo señalado*.<sup>46</sup>

Arantza Campos, profesora de filosofía del derecho en la Universidad del País Vasco, establece en su tesis doctoral una definición más compleja de lo que constituye el sexo y que puede servir de ejemplo para los juristas:

Los elementos constitutivos del sexo (...) son por lo menos tres: el cromosomático, el genital y el psicológico (...) el sexo de los órganos sexuales externos e incluso el cromosomático solo tiene un carácter “presuntivo” en el diagnóstico del sexo. Es decir, esos dos elementos presuponen que el individuo desarrollará un sexo psicológico acorde con el que indican sus otros dos elementos constitutivos del sexo. Es en este sentido en que esos factores son pronosticadores, pero como tales, como todo pronóstico no es infalible, con lo que el pronóstico puede fallar, como bien lo demuestra la existencia de intersexuales.<sup>47</sup>

Al cierre de esta edición, la Clínica Jurídica I de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile estaba a la espera de los fallos de siete casos en tramitación. Su disposición, tal como la de la Universidad Diego Portales y la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, a tomar casos atinentes a las personas trans demuestra que es posible potenciar la jurisprudencia chilena en esta materia, y advierte a los legisladores que es necesario actuar para que los derechos de las personas trans no se sigan judicializando.

Durante el transcurso de 2009 y 2010 se registró una diversidad plena en los fallos emitidos por los tribunales civiles y por la Corte de Apelaciones de Santiago. La respuesta más contundente fue la del 19 de enero de 2010. Luego de diez meses en tramitación, la jueza Gloria Solís Romero, del 10° Juzgado Civil de Santiago, falló a favor de un hombre trans, concediéndole el cambio de nombre y de sexo.<sup>48</sup> El caso fue aus-

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> Arantza Campos, “La transexualidad y el derecho a la identidad sexual”, [www.colectivogama.com](http://www.colectivogama.com), Documentos de interés/Transexual, p. 24.

<sup>48</sup> Comunicación personal por correo electrónico, enero de 2010.

piciado por el GAHT (Grupo de Apoyo a Hombres Trans) y la solicitud, redactada por Lukas Berredo, dirigente de la organización. Para que la comunidad trans pudiera acceder al documento, subieron la “Solicitud de rectificación de partida de nacimiento – Personas transexuales” a su página web.<sup>49</sup>

Los resultados de los casos que lleva la Clínica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales también son divergentes. El 10 de diciembre de 2009, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia del 22° Juzgado Civil del 28 de noviembre de 2008, que no concedió ni cambio de nombre ni de sexo a la patrocinada. La misma clínica ingresó otro caso, en que solo se concedió el cambio de nombre, dado que la patrocinada no se había sometido a cirugía de reasignación sexual. Bajo el rol V-133-2009, el 4° Juzgado Civil de Santiago rechazó la solicitud de cambio de nombre, aunque la jueza María Merino Verdugo falló:

Se ordena al Servicio de Registro Civil e Identificación anotar al margen de la inscripción de nacimiento (...) correspondiente a la circunscripción Universidad, perteneciente a Don Juan... la autorización para obtener documentos de identidad con los nombres Juana...

## 5.2 Ley de identidad de género

Los ejemplos de la diversidad de jurisprudencia que está desarrollándose en Chile indican que se debe promover una ley de identidad de género similar a las de Ciudad de México y Uruguay. Lukas Berredo ha señalado que dentro del movimiento trans ha habido un acercamiento para coordinar un proyecto de ley entre las agrupaciones trans. Comenta además que se está haciendo *lobby* con diputados y senadores para promover el proyecto dentro de la Cámara.<sup>50</sup>

## 6. UN CASO DE INTERSEXUALIDAD

En el *Informe 2009* se tocó el tema de la intersexualidad, que se define como una anatomía que no coincide con lo masculino ni con lo femenino, y que puede manifestarse en ambigüedades cromosómicas, genitales o del sistema reproductivo. Se ha caracterizado por su estado invisible para la jurisprudencia chilena y para la sociedad en general. Las peticiones auspiciadas por centros académicos representan un

<sup>49</sup> [www.gaht.cl/index.php/info-juridica/solicitud](http://www.gaht.cl/index.php/info-juridica/solicitud).

<sup>50</sup> Entrevista personal, 15 de abril de 2010.

cambio radical respecto del reconocimiento de la identidad de género. Si las sentencias son favorables, tales avances jurisprudenciales serán relevantes para las personas intersexuales que buscan remediar su situación mediante procedimientos judiciales.

En julio de 2009, un caso auspiciado por la Clínica de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, a cargo de las abogadas Natalia Segovia y Marissa Reichberg, sentó precedente en materia de derechos de las personas intersexuales cuando al demandante se le concedió el cambio de nombre y de sexo luego de una larga serie de exámenes y trámites. Sin embargo, el fallo da cuenta del desconocimiento respecto del tema dentro del ámbito legal. El caso es el de una persona de anatomía sexual ambigua, pero que se identifica plenamente como mujer, a pesar de que en la partida de nacimiento se registró como de sexo masculino. Como indica la patrocinada, el fallo del 13° Juzgado Civil de Santiago:

Fundamenta su petición en que sufre de una condición genética desde temprana edad llamada “pseudohermafroditismo”, producto de lo cual parte de su cuerpo y la totalidad de su personalidad se ha desarrollado como mujer (...) Agrega que la circunstancia de ser conocido como “(...)” le causa gran menoscabo moral y material. Explica que tener una identificación de hombre hace aun más evidente su problemática, lo cual conlleva burlas y discriminaciones de la gente. Sostiene que se cumple con la causal del artículo 1° letra a) de la Ley 17.344...

A pesar de que se ha aplicado la misma ley que se usa en los casos de transexuales y transgéneros, la petición es innovadora dado que:

Consigna que no se encuentra acreditada su condición de hermafroditismo que refiere padecer. Hace presente en relación a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 4.808 que luego de un nuevo análisis y a la luz de la situación de las personas que presentan trastornos de identidad de género...

El juez Max Cancino Cancino, del 13° Juzgado Civil de Santiago, dictó sentencia el 6 de julio de 2009 y reconoció la rectificación de su partida de nacimiento para hacerla coincidir con su identidad de género, cambiando su nombre y su sexo. Debido a la falta de precedente en esta materia, cita,

Ya como ha sido expuesto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena en sentencia de fecha 26 de octubre de 2006, en los autos Rol N° 1252-2006, el acogimiento de esta solicitud



viene a ser el único modo de proceder al efectivo cumplimiento de la resolución judicial que dispone de una rectificación del cambio de nombre en los términos que se han descrito.<sup>51</sup>

Sin embargo, como se señaló en el *Informe 2009*, la complejidad de la condición de las personas intersexuales se equipara a la de las personas transgénero. La grave falta de conocimiento de los psicólogos, psiquiatras y médicos del Servicio Médico Legal respecto de este tema se refleja en el lenguaje utilizado por el juez al dictar sentencia. Las frecuentes referencias al “transexualismo” no dan cuenta del hecho de que se trata de un caso de hermafroditismo o intersexualidad. Si bien haber sentado precedente en esta materia fue valioso, el próximo paso es desarrollar un criterio diferenciador.

La urgencia que sentía la patrocinada por resolver el tema de manera expedita la convenció de hacer público el caso. Gracias a ello consiguió el apoyo de diputados y senadores, entre ellos la senadora Evelyn Matthei y el entonces senador Carlos Ominami.<sup>52</sup> Luego de haber conseguido el documento que reflejaba su identidad sexual, la patrocinada empezó a estudiar y a trabajar, pues se sentía capaz de realizarse plenamente y de integrarse a la sociedad ahora que la ley reconocía su identidad de género. Antes de eso, hacer cualquier trámite, por mínimo que fuera, le suponía una pesadilla.<sup>53</sup> Este caso, que sentó un precedente, debe ser útil para promover el respeto a la diversidad sexual.

## 8. EL MOVIMIENTO LGBTI EN EL EXTRANJERO

El 29 de abril de 2010, el representante regional del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recibió a distintas organizaciones de la sociedad civil con el fin de iniciar un plan de trabajo de derechos humanos en Chile. Según Angélica Valderrama, presidenta de MUMS, la institución fue en representación de las organizaciones abocadas a la diversidad sexual con el objeto de que se incluyeran derechos humanos relativos a esta materia.<sup>54</sup> Lukas Berredo, de GAHT y MUMS, relató que el Alto Comisionado se demostró dispuesto a fiscalizar los tratados internacionales suscritos por Chile en materias que contemplen la orientación sexual e identidad de género, y a incentivar al Estado chileno a que suscriba a los nuevos tratados internacionales que promuevan el respeto de los derechos humanos.<sup>55</sup>

51 Id.

52 Comunicación personal, abril de 2010.

53 Id.

54 Mums.cl, “MUMS se reúne con el Representante Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos para América del Sur”, 29 de abril de 2010.

55 Id.

Por otro lado, la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) obtuvo el estatus consultivo dentro de la OEA. El presidente de la OTD, Andrés Rivera, cuenta que esta organización chilena es la primera organización de transexuales en el mundo que ha conseguido ese reconocimiento. Las principales consecuencias de este logro es que ha aumentado de manera significativa la posibilidad de hacer *lobby* internacionalmente y de incorporar a organizaciones aliadas al proceso.<sup>56</sup> Poder incidir en asambleas y foros globales no solo contribuye a la visibilización de los temas referidos a la transexualidad y a la diversidad sexual, sino también, como indican Paternotte y Kelly, al aumento de políticas públicas y de derechos relacionados con la diversidad sexual. A pesar de que estos estudiosos se enfocan en las uniones civiles, concluyen que cuando los activistas, los académicos, los abogados y los políticos actúan en conjunto y a nivel internacional, pueden lograr cambios legislativos con rapidez.<sup>57</sup>

## 9. CONCLUSIONES

Diversas entrevistas y correspondencia sostenida con activistas clave del movimiento LGBTI en Chile indican que, durante los primeros meses de su mandato, el Gobierno de la Alianza ha demostrado voluntad política hacia estas agrupaciones, en contraste con el anterior Gobierno. Miembros del Ejecutivo han declarado públicamente estar a favor de iniciativas para avanzar en la ley antidiscriminatoria y en el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo.

Las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala*, que se hicieron públicas en abril de 2010, sirvieron en cierta manera para presionar al Gobierno para que atendiera las demandas de los movimientos LGBTI y se mostrara dispuesto a cumplir las promesas de campaña. Sin embargo, el Mensaje Presidencial del 21 de mayo hace una mínima referencia a tales compromisos. A pesar de que se logró sostener una reunión con algunos ministros, lo que contrasta con la falta de acceso durante el Gobierno anterior, se duda de la profundidad y duración del apoyo demostrado por la administración actual. Este escepticismo se explica porque mientras la derecha estuvo en la oposición se opuso en forma acérrima a cualquier avance legislativo; también por el tenor de las declaraciones de miembros de la coalición.

<sup>56</sup> Comunicación personal por correo electrónico, 24 de julio de 2010.

<sup>57</sup> David Paternotte y Kelly Kollman, "Explaining Convergence: Same-Sex Unions Activism and Policy", ponencia en el congreso Shifting Agendas: PSA (UK) Women and Politics International Conference, Universidad de Manchester, Manchester, 19 de febrero de 2010.

La mesa de trabajo propuesta por la Cancillería es un ejemplo de que el Estado aún no ha cumplido con los requisitos de la CIDH para asegurar medidas de no discriminación.

Otra preocupación dice relación con la calidad de las protecciones que proporciona la ley antidiscriminatoria. Producto de la oposición que tuvo que enfrentar durante su tramitación desde 2005, ha disminuido la efectividad de sus protecciones. Apurar la aprobación de la ley podría repercutir en que sea más débil de lo que se pretende.

La tendencia a judicializar los derechos de las personas de orientación sexual o identidad de género diversa va en aumento, dado que un creciente número de instituciones y abogados está dispuesto a tomar casos judiciales. Eso sí, la diversidad de los fallos de las rectificaciones de partida de nacimiento indica que el camino que queda por recorrer no está exento de complejidades, pues hasta ahora la judicialización avanza de manera rápida y muy dispersa.

El debate público sobre derechos humanos y diversidad sexual se encendió después de las campañas electorales y de las fuertes críticas al Estado chileno que se desprenden del fallo del caso *Atala*.

No se pudo obtener una respuesta directa de la DOS sobre la implementación de una política más contundente. Sin embargo, parece haber una apertura. Se recalca la necesidad de seguir promoviendo el cambio social, tal como señala la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cecilia Medina: “Hay que hacer campañas (...) para el cambio social que tiene que venir”. La ignorancia prejuiciosa que evidencia parte de la clase política, patente en las declaraciones del presidente de RN, es un ejemplo significativo de la necesidad de desarrollar tales políticas.

No se ha mencionado la derogación del artículo 373 del Código Civil, que trata sobre las buenas costumbres, porque se quiso enfatizar la ley antidiscriminatoria y las uniones civiles. Las entrevistas en que se trató este tema revelaron que es poco probable que se logre un cambio legislativo relevante.<sup>58</sup> Por otra parte, las demandas de los carabineros Víctor Rivas y Armando Salgado, y de César Contreras, detective de la Policía de Investigaciones, siguen en tramitación ante los tribunales.

<sup>58</sup> Entrevista con María Antonieta Saa, 29 de abril de 2010; entrevista con Érika Montecinos, 30 de abril de 2010, y entrevista con Krischna Sotelo, 13 de mayo de 2010.

## 10. RECOMENDACIONES

1. Cumplir con las recomendaciones de la CIDH tanto en lo que respecta a asegurar la debida reparación a Karen Atala como a las medidas de no repetición.
2. Darle carácter de urgencia y aprobar la ley contra la discriminación.
3. Aprovechar la visibilidad de estos temas en el debate público y la posibilidad de incidir en el cambio social de manera más proactiva, y profundizar el trabajo con la sociedad civil en esta materia para lograr tales objetivos.
4. Crear iniciativas para sensibilizar a los funcionarios públicos en temas de diversidad sexual.
5. Elaborar y presentar un proyecto de identidad de género.
6. Empezar a reconocer la complejidad de la intersexualidad y diferenciarla del transexualismo, por medio de la investigación académica o elaboración y difusión de informes sobre el tema.