

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2012**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**DIVERSIDAD
SEXUAL Y
DERECHOS
HUMANOS***

* Capítulo preparado por Penny Miles, con la colaboración de Camila Bravo y Víctor Hugo Fuentes.

SÍNTESIS

Durante el transcurso de 2011 y 2012, las críticas dirigidas hacia el Estado chileno en materia de derechos humanos y diversidad sexual fueron fuertes y múltiples. En el caso Atala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) falló a favor de la jueza, condenando al Estado chileno por haber violado sus derechos humanos, y por ende los de sus hijas, simplemente por su orientación sexual. Esta sentencia constituye la primera vez que la Corte IDH desarrolla este tipo de derechos. La condena de la comunidad internacional, además, surgió del resultado de la trágica muerte de Daniel Zamudio en marzo de 2012. Este hecho se vinculó con la ausencia de cambio social en relación al respeto a la diversidad sexual, además de la falta de desarrollo de políticas públicas para promover la diversidad sexual y la desprotección legal padecida por las personas LGBTI (lesbiana, gay, bisexual, trans e intersex),¹ incluso respecto a derechos tan claves como el derecho a la vida. Ante ello, el Estado respondió aprobando la Ley Antidiscriminación, luego de siete años de tramitación. Desde que la ley se publicó, el 24 de julio de 2012, se prohíbe discriminar por identidad de género y orientación sexual, lo que constituye un paso significativo para proteger a los sectores más vulnerables, sobre todo a las personas trans, y es un primer paso hacia la igualdad para las personas LGBTI. Sin embargo, contrarrestar las violaciones históricas a los derechos a la integridad personal y física, a la identidad, a la dignidad y a la igualdad y la no discriminación, es un proceso que empieza con el nuevo marco legal.

Este año se ha caracterizado por grandes logros en materia de derechos humanos y diversidad sexual en Chile, considerando el fallo de la Corte IDH y la publicación de la Ley Antidiscriminación. Se ha presenciado, además, un discurso político en vías de profundizarse

¹ Ver *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2009*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2009 (en adelante, *Informe*) y también *Informe 2010*, en lo relativo a la intersexualidad.

(y con más contenido) y una sociedad más consciente de las realidades de las personas que tienen una orientación sexual o identidad de género distinta a la de la mayoría. Otras señales de tales avances incluyen la decisión del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de incluir la convivencia de las parejas del mismo sexo en el censo 2012. No obstante, las tensiones que acompañan tal apertura han tenido consecuencias fatales como en el caso Zamudio, por lo que promover un cambio cultural a nivel social e institucional es imprescindible.

PALABRAS CLAVE: Caso Zamudio, Caso Atala, Ley Antidiscriminación, Identidad de género, Derecho internacional de derechos humanos

INTRODUCCIÓN

El debate en torno a la diversidad sexual se ha intensificado, durante el periodo 2011-2012, tanto en el ámbito político como en el comunicacional, y continúa la apertura del diálogo que se dio a conocer en el *Informe 2011*. No ha sido solamente un asunto de interés doméstico, pues las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual en Chile se convirtieron en un tema global con los casos Atala y Zamudio. Luego de la sanción emitida por la Corte IDH, que condenó el Estado chileno por violar los derechos humanos de la jueza Karen Atala, Naciones Unidas manifestó su preocupación sobre la situación en Chile, citando el asesinato de Daniel Zamudio. En este último caso, ello se debió a la violación del derecho a la vida de Daniel Zamudio, que se relaciona con la inacción legislativa del Estado en torno a la protección de las comunidades LGBTI, con actos discriminatorios de origen estatal, y las señales que aquella inacción dan para fomentar una cultura de impunidad.

Es muy lamentable que la razón que llevó a la aprobación a la Ley Antidiscriminación en mayo de 2012 haya sido la trágica muerte de Daniel Zamudio por motivos homofóbicos. Hasta el Presidente Sebastián Piñera reconoció el papel del caso Zamudio en lograr concretizar y aprobar la Ley Antidiscriminación en el Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 2012:

Tampoco queremos que se repitan casos como el de Daniel Zamudio, que perdió su vida a manos del odio, la intolerancia y los prejuicios. Promovamos siempre una sociedad tolerante, que no discrimine a nadie por su origen étnico, situación social, apariencia física, opción religiosa u orientación sexual. Por eso, después de muchos años de estancamiento, buscando amplios consensos, logramos aprobar la Ley Antidiscriminación.²

2 Gob.cl: "Mensaje Presidencial 21 de mayo de 2012", 23 de julio de 2012.

La promulgación de la ley en julio de 2012 da oportunidad para que los sectores más vulnerables dentro de la sociedad chilena, que incluyen las personas trans y lesbianas, gays y bisexuales, tengan la posibilidad de ejercer sus derechos a no ser objeto de discriminación y a gozar de la igualdad, derechos humanos fundamentales consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este cambio legislativo constituye un primer paso hacia el logro de una sociedad más igualitaria y respetuosa a los derechos de la diversidad sexual. Sin embargo, las conclusiones de la Corte IDH, las críticas de la comunidad internacional y los resultados de la extrema violencia padecida por personas LGBTI en Chile, como la lamentable y brutal agresión cometida contra la joven lesbiana Valeska Salazar en Santa Juana, Bío Bío (julio de 2012), son claras manifestaciones de que el Estado chileno debe promover la inclusión de la diversidad sexual dentro de la sociedad para respaldar el cambio legislativo recién promulgado.

El caso Atala, que, luego de ocho años en el sistema interamericano de derechos humanos, llegó a su conclusión en febrero de 2012 con el fallo de la Corte IDH, es ilustrativo de la inacción del Estado chileno frente a los derechos humanos por orientación sexual, debido a razones socioculturales. Al responder a la sentencia emitida por la Corte IDH, el Presidente del Senado Camilo Escalona señaló que:

Chile queda en mal pie. Esta es una sanción por nuestro, precisamente, atraso institucional. Somos millones de personas las que nos educamos en una cultura machista y homofóbica, y tenemos que superarla, tenemos que construir una nueva cultura de tolerancia y diversidad.

Añadió que:

Creo que es este es un tirón de oreja a toda la nación chilena, no es sólo al Estado, porque acá tenemos que superar una cultura de discriminación que se ha marcado en la conducta del Estado.³

La amplia sentencia de la Corte IDH fue un paso importante no solo para los derechos humanos de las personas LGBTI en Chile, sino también en la esfera regional y global de derechos humanos, marcando el reconocimiento de la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas en el artículo 1.1 de la CADH. Tales avances en materia de derechos humanos y orientación sexual e identidad

3 Cooperativa.cl: “Escalona por Atala: Millones de chilenos nos criamos homofóbicos y tenemos que superarlo”, 27 de julio de 2012.

de género también se reconocieron en las Naciones Unidas. Aunque Chile se ha convertido en un caso en el ámbito global por violar y no proteger los derechos de las personas LGBTI, las instituciones internacionales señalan que tales violaciones son universales aún.

Los graves actos de violencia cometidos y conocidos durante el periodo 2011-2012 –como el caso Zamudio y el ataque a Valeska Salazar– son indicaciones de las tensiones sociales que persisten en relación a la diversidad sexual, a pesar de la apertura social y política hacia la población LGBTI en Chile. Una encuesta nacional sobre temas valóricos, realizada por la Universidad Diego Portales en 2010 y 2011, muestra que hay un porcentaje significativo de la población chilena que está de acuerdo con la afirmación “la homosexualidad es una opción tan válida como cualquier otra” (61,3%) y que más de la mitad de la población está de acuerdo con la frase “las parejas del mismo sexo deben tener los mismos derechos de las personas casadas” (55,8%). Sin embargo, menos de la mitad de los entrevistados se mostró de acuerdo con la afirmación “las parejas homosexuales deberían tener derecho a contraer matrimonio” (43%). Las observaciones generales indicaron una mejor predisposición de la ciudadanía hacia la diversidad sexual y el reconocimiento de sus derechos.⁴

Junto a la evolución en torno al respeto por la orientación sexual, es importante considerar los logros en el derecho internacional relacionados con la identidad de género: el reconocimiento de la Corte IDH de la identidad de género como característica protegida en el artículo 1.1 de la CADH y el Informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas que señala que los derechos de identidad de género deben constituir una plataforma para promover y profundizar el respeto hacia estas poblaciones, para que puedan ejercer sus derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación, a la identidad, y a la integridad física y psíquica. En el ámbito doméstico, el hecho de incluir la identidad de género como categoría protegida bajo la nueva Ley Antidiscriminación es un logro importante, que responde a la recomendación contemplada en el *Informe 2011*.⁵ Sin embargo, poner en práctica esta nueva ley significa superar la histórica marginalización y una cultura de violar los derechos de las personas trans impunemente, como se ha descrito en el *Informe* anteriormente. La directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), Lorena Fries, se refirió a un incendio ocurrido en Talca en septiembre de 2011, que afectó a cuatro mujeres trans, posible resultado de un acto transfóbico, para condenar la violencia que sufre esta población:

...de confirmarse el ataque intencionado, este hecho y violencia vienen a corroborar lo ya denunciado en reiteradas ocasiones,

4 Encuesta.udp.cl: “Encuesta Nacional UDP 2011”, 29 de julio de 2012.

5 Ver *Informe 2011*, pp. 225-227 y 233.

en cuanto a la discriminación que sufren las personas en razón de su identidad de género.⁶

Fries indicó además que una Ley Antidiscriminación debe ser acompañada por políticas públicas relevantes:

...urgen medidas concretas destinadas a fomentar una cultura de respeto y dignidad sin discriminación para todas las personas que habitan en territorio chileno.⁷

La decisión del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de considerar las parejas del mismo sexo dentro del censo de 2012, constituye un ejemplo de una apertura institucional hacia reconocer e incluir la diversidad sexual, aun si es de manera limitada. Para responder a la pregunta del censo, “¿Actualmente, cual es el estado de hecho?” hay la posibilidad de declarar “Conviviente con pareja del mismo sexo”. Alberto Roa, activista del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), subrayó la importancia de este hecho:

...ha sido un tremendo logro que hemos estado trabajando hace 10 años (...). Conseguimos, después de mucho diálogo, que al menos se incluyera la pregunta sobre la convivencia de parejas del mismo sexo. Creemos que eso marca un hito, por primera vez un catastro público, oficial, considera las parejas del mismo sexo, una consulta que puede servir para políticas públicas. Somos muy realistas, sabemos que no todas las parejas nos van a contestar con la verdad, pero tenemos la certeza que estos nos deja en un plano tremendamente positivo para lo que es el censo del 2022, porque en el 2022 al gobierno le va a pasar lo mismo, porque se tiraron la “pelota” y creemos que tiene un simbolismo muy importante porque llega a cada hogar, porque a cada hogar se pregunta sobre lo mismo, desde Arica a Punta Arenas, desde las poblaciones hasta los barrios altos, se llega y se pregunta ¿su pareja es del mismo sexo?, y creemos que eso es llegar a cada espacio, a cada lugar.⁸

Sin embargo, como señala Víctor Hugo Robles, si bien es un logro que se incluya tal pregunta, hay limitaciones con la misma, pues no da cuenta la diversidad de formas de vida de todas las personas LGBTI:

6 Indh.ci: “INDH condena violencia transfóbica ocurrida en Talca”, 24 de julio de 2012.

7 Id.

8 Entrevista personal con Alberto Roa, 1 de junio de 2012.

Es importante que se incluya la inédita pregunta para las parejas del mismo sexo que conviven, pero no dice nada de los muchos homosexuales, lesbianas y trans que hemos optado por convivir con nuestros familiares, padres y/o abuelos.⁹

A pesar de que este año se ha caracterizado por la apertura social y legal, como punto de partida para proteger los derechos de las personas LGBTI, las palabras de Karen Atala dan cuenta la tensión entre la realidad vivida por los chilenos LGBTI y los estándares legales, citando aquí el ejemplo del matrimonio:

Si bien es cierto que no hay una discriminación formal a la persona homosexual...o sea la Constitución política consagra la igualdad de las personas, todos somos iguales ante la ley, iguales en dignidad, etcétera, pero está todo discurrendo sobre la lógica heteronormativa. Es decir, la familia se constituye a base del matrimonio, y el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer, y de allí se deriva toda la igualdad sexual, social... Yo creo lo que debe de trabajar más en este país es el derecho humano a la dignidad. Es decir, tú no puedes pretender que somos todos iguales...pero si puedes decir que somos todos dignos.¹⁰

1. CASO ZAMUDIO

El 27 de marzo de 2012, un joven gay de 24 años, Daniel Zamudio, murió producto de las graves lesiones que sufrió cuando fue brutalmente atacado por un grupo de individuos de presuntas convicciones neonazis. Su muerte generó una respuesta inédita por parte de la sociedad chilena, que lamentó de una manera muy pública esta violación por motivos supuestamente homofóbicos. Tanto la prensa internacional como organizaciones internacionales de derechos humanos apuntaron a la inacción por parte del gobierno chileno en proteger los derechos de las personas LGBTI. La Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) criticaron al Estado y subrayaron la inactividad legislativa que dejaba a los chilenos LGBTI sin el amparo de la ley. Documentos como el Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual en Chile de MOVILH y este *Informe* dan cuenta de la histórica tendencia de dejar impunes a los que discriminan por orientación sexual, y sobre todo por identidad de género. El Informe de MOVILH de 2011 indicó que:

9 Diversidad.redsemilac-cuba.net: "Chile: Censo pregunta sobre parejas del mismo sexo", 26 de julio de 2012.

10 Entrevista personal, 29 de junio de 2011.

El Estado de Chile, pese a todos los avances registrados en los últimos 20 años, sigue estando en deuda con personas que por el único hecho de ser distintas, son asesinadas, golpeadas, expulsadas de sus trabajos y lugares de estudios, además de ser víctimas de atropellos policiales y familiares y de la descalificación y ofensa pública propinada por autoridades, entre otros múltiples y graves abusos.¹¹

Este caso sí marca un cambio respecto al pasado, ya que cuatro personas han sido imputadas por el crimen de homicidio calificado consumado. Es un primer paso para que el Estado se demuestre dispuesto a investigar crímenes de odio y actos violentos cometidos contra personas LGBTI, a diferencia de la histórica inacción por parte de las autoridades en investigar casos parecidos, que MOVILH ha registrado en sus informes. El Estado debe proteger tanto el derecho a la vida de todos los chilenos como prevenir la tortura de los ciudadanos. El ataque demostró, además, señales de tortura, dado que le marcaron la señal de la esvástica en el pecho. El fiscal encargado del caso, Ernesto Vásquez, indicó que este crimen “implica de alguna manera ciertos grados de tortura”.¹²

En cuanto al derecho a la vida, la CADH establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 1). El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. De igual manera, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. En este caso, como en muchos otros registrados en los ya mencionados *Informes*, el Estado debe cumplir con su obligación a proteger a los ciudadanos LGBTI al cultivar una institucionalidad y una cultura que no permitan que queden impunes tales violaciones a sus derechos. El Informe “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), señala que la obligación del Estado es proteger “el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, inde-

11 MOVILH: *X Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual en Chile (Hechos 2011)*, febrero 2012, p. 9.

12 Cooperativa.cl: “Fiscal: En el crimen contra Daniel Zamudio existieron grados de tortura”, 29 de julio de 2012.

pendientemente de la orientación sexual o la identidad de género”¹³ y además sostiene que:

El Estado tiene la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva.¹⁴

El mismo informe también cita las obligaciones de los Estados de prevenir la tortura por orientación sexual e identidad de género:

Según el Comité contra la Tortura, los Estados deben proteger de la tortura y los malos tratos a todas las personas, cualquiera que sea su orientación sexual o identidad transexual, y prohibir y prevenir los actos de tortura y los malos tratos y ofrecer reparación al respecto en todas las situaciones de privación o de limitación de libertad. El Comité ha expresado reiteradamente preocupación por las denuncias de esos abusos en las observaciones finales sobre los informes de los Estados partes.¹⁵

El derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes está consagrado en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que disponen que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Como consecuencia de esta violación a los derechos de Daniel Zamudio, la CIDH emitió una declaración condenando tales actos de violencia cometidas a personas LGBTI:

La CIDH condena enérgicamente este ataque y cualquier hecho de violencia contra las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexuales. La violencia contra una persona por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género es condenable en toda circunstancia.¹⁶

La Comisión además recordó al gobierno chileno:

...que es obligación de los Estados investigar de oficio hechos de esta naturaleza y sancionar a los responsables. En

13 ACNUDH: *Informe A/HRC/19/41*, 17 de noviembre de 2011, párr. IIB1.

14 *Id.*

15 *Id.*, párr. IIB2.

16 Oas.org: “CIDH lamenta la muerte de Daniel Zamudio en Chile”, 29 de julio de 2012.

este sentido, la CIDH insta al Estado de Chile a desarrollar la investigación en forma inmediata, seria, con todas las garantías del debido proceso y con el objeto de identificar y sancionar a todos los responsables. La impunidad de un crimen de odio promueve la tolerancia social de este fenómeno.¹⁷

La oficina del ACNUDH también deploró el asesinato e instó al gobierno chileno a adoptar medidas para asegurar el derecho a la no discriminación de las personas LGBTI. La portavoz del Alto Comisionado, Rupert Colville, además, planteó avanzar legislación en materia de crímenes de odio:

...instamos al Congreso de Chile a aprobar una ley contra la discriminación, incluso por razones de orientación sexual e identidad de género, en plena conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. También instamos a Chile a promulgar la legislación contra delitos de odio que tipifica el odio basado en diversos motivos, incluido la orientación sexual e identidad de género, como un factor agravante para los efectos de enjuiciamiento penal.¹⁸

Si bien el señor Colville declaró que la violencia homofóbica es fenómeno en cada región, y que el Informe emitido por el ACNUDH va dirigido a cada país, las críticas públicas de tales instituciones internacionales de derechos humanos dirigidas al gobierno chileno indican la preocupación en el ámbito internacional por la falta de avance en asegurar los derechos humanos de los chilenos LGBTI. Los casos Atala y Zamudio son símbolos emblemáticos –y, a estas alturas, globales– de la inacción por parte del gobierno chileno en promover legislación antidiscriminación. Las conclusiones de la CIDH apuntan a que es necesario cultivar una sociedad que no discrimina por orientación sexual ni identidad de género, además de la promulgación de una ley particular, cuestión que se estudia y analiza a continuación.

2. LEY ANTIDISCRIMINACIÓN

La larga espera para conseguir una ley que otorgara a la ciudadanía un marco legal para ejercer su derecho a la no discriminación llegó a su fin en julio de este año. Luego de siete años en tramitación, el 9 de mayo de 2012, el Senado aprobó el proyecto que establece medidas

17 Id.

18 Acnudh.org: "ACNUDH deplora la muerte violenta de Daniel Zamudio e insta al Congreso chileno a aprobar una ley contra la discriminación", 29 de julio de 2012.

contra la discriminación por 25 votos a favor, tres votos en contra y tres abstenciones. La Ley 20.609, conocida como la Ley Antidiscriminación, fue promulgada el jueves 12 de julio de 2012 y publicada el 24 de julio de 2012. Se considera un primer paso para reconocer las acciones que discriminan por orientación sexual e identidad de género y garantizar derechos fundamentales como los derechos a la identidad, la dignidad y la igualdad, relevantes a la población LGBTI. A pesar de que la ley tiene como objetivo proteger diversas características o categorías señaladas en el artículo 2, dentro de ellas la orientación sexual y la identidad de género, las violaciones a la orientación sexual fueron el principal motivo para acelerar su aprobación. Al promulgar la ley, el Presidente de la República reconoció que en este proceso la muerte de Daniel Zamudio fue determinante, al señalar que:

...no podemos olvidar que fue solo después del cruel asesinato de Daniel Zamudio, quien murió a manos precisamente de la discriminación, el odio y los prejuicios, que Chile se decidió a dar este paso para construir una sociedad más justa, más inclusiva, más acogedora para cada uno de nuestros compatriotas.¹⁹

La larga tramitación de este proyecto de ley, que fue ingresado el 22 de marzo de 2005,²⁰ se debió en gran parte a la oposición de sectores conservadores a que se incluyeran las características de género e identidad de género, como se ha mencionado en versiones anteriores de este *Informe*.²¹ El Senador Eugenio Tuma reconoció que el proyecto “estuvo muchos años detenido por la incapacidad de llegar a acuerdo en un texto legal que diera garantías para la no discriminación”.²² Además, lamentó que “hayamos tenido que conocer el brutal acto de discriminación del caso Zamudio para sentirnos obligados a destrabar esta legislación”.²³ El Presidente de la Fundación =Iguales, Pablo Simonetti, destacó la lentitud de la tramitación al notar que:

...es una ley que viene trabajándose desde los finales de los noventa por organizaciones ciudadanas, algunos políticos, los primeros visionarios, personas que tenían intereses en trabajar sobre los derechos humanos más allá solamente de los perseguidos políticos. Y se demoró cinco años en llegar al Congreso por mandato de Presidente Lagos...tuvo su primer

19 Emol.cl: “Piñera recuerda a Daniel Zamudio durante la promulgación de la ley Antidiscriminación”, 25 de julio de 2012.

20 Boletín 3815-07.

21 Ver *Informe 2009*, p. 308. Ver también *Informe 2011*, pp. 221-225.

22 Senado.cl: “Despachan legislación antidiscriminación que generará transformación cultural e institucional en el país”, 25 de julio de 2012.

23 Id.

trámite en marzo de 2005 y de allí pasó siete años esperando un segundo trámite en el Senado.²⁴

Además, agregó que la legislación se demoró en aprobarse debido a la oposición “principalmente de grupos conservadores de derecha”.²⁵ Finalmente, la Cámara Alta votó a favor del informe de la Comisión Mixta que tenía como objetivo resolver las discrepancias surgidas entre las dos Cámaras sobre el proyecto durante su trayectoria.

La Ley 20.609 establece en su artículo 1º:

Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Y en el artículo 2º se define la discriminación arbitraria:

Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

24 CNN Chile: “Pablo Simonetti describió los aportes que traerá la ley Antidiscriminación”, 29 de julio de 2012.

25 *Id.*

La inclusión de la identidad de género como característica protegida de discriminación arbitraria constituye un avance significativo. Ello se había abordado en el *Informe 2011*, que se enfocó en la importancia de proteger a uno de los sectores más vulnerados en sus derechos.²⁶

Durante las discusiones, tanto en el Senado como en la sociedad civil, se puso énfasis en el peso simbólico que tendrá la ley en promover el respeto a la diversidad y ayudar a profundizar la democracia. El senador Fulvio Rossi señaló:

...hoy es un día importante para la democracia chilena porque más allá del contenido mismo del texto legal también entrega una señal potente para construir una sociedad chilena más tolerante para entender la diversidad.²⁷

Sin embargo la senadora Alvear también reconoce las limitaciones del simbolismo de la ley en fomentar una sociedad más pluralista y abierta, aunque significa un primer paso hacia una plena integración de la población LGBTI en la sociedad sin ser discriminados por su identidad sexual o identidad de género:

...el hecho de dictar una ley antidiscriminación no va a solucionar en forma automática el problema pero se da una tremenda señal que va a ir adecuando conductas.²⁸

Lamentablemente, el miedo implícito en sus palabras tomó forma con el ataque a la joven lesbiana de Santa Juana, en la VIII región, Valeska Salazar (julio de 2012). El representante de MOVILH, Alberto Roa, se refirió a las limitaciones de la ley y a la necesidad de profundizarla en el futuro:

...lo que le toca a los gobierno siguientes en materia antidiscriminatoria es que tiene que haber una institucionalidad antidiscriminatoria, que tenga como norte, como tarea, justamente fiscalizar esta norma para ver los casos en que se cumple y en los que no se cumple.²⁹

Roa agrega que dentro de una institucionalidad sólida se podría contemplar lo siguiente:

Lo otro es una respuesta fundamentada a nuestra condición. Porque, la verdad, cuando un ministerio de la identidad se da

26 Ver *Informe 2011*, pp. 221-229.

27 Id.

28 Id.

29 Entrevista personal, 1 de junio de 2012.

cuenta de que todos somos discriminados, tienen un ministerio, tiene un presupuesto, tiene un servicio. La diversidad sexual y los migrantes son los únicos que no tienen “mamá”. Porque está el servicio nacional de la mujer (SERNAM), las personas con discapacidad tienen al FONADI, los indígenas CONADI, las personas con sida CONASIDA. Cualquier sector discriminado tiene un servicio, una política específica o focalizada. La diversidad sexual y los migrantes estamos en tierra de nadie.³⁰

3. CASO ATALA

En marzo de 2012 se dio a conocer el fallo de la Corte Interamericana en el caso Atala, luego de ocho años en tramitación en el sistema interamericano de derechos humanos. Chile es el primer país en ser condenado por la Corte por violar los derechos humanos de una persona por orientación sexual. Como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos que sufrieron la jueza Atala y sus hijas, el fallo de la Corte sentó un precedente en que, por primera vez, la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH. La condena al Estado de Chile fue amplia al decretar que es responsable por violar los siguientes derechos en este caso: el derecho a la igualdad y la no discriminación (CADH, artículo 24), el derecho a la vida privada (artículo 11.2), el derecho a la familia (artículo 17.1), el derecho a ser oído (artículo 8.1) y el derecho de garantía de imparcialidad (artículo 8.1). Además, la Corte obligó al Estado chileno a realizar una serie de reparaciones y de implementar programas de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos y particularmente a funcionarios judiciales.

El artículo 1.1 de la CADH obliga a los Estados a respetar los derechos, señalando que deben comprometerse 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.

La Corte establece en este fallo que la orientación sexual ahora es categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH:

30 Id.

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana... la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.³¹

A su vez, la Corte destacó la importancia de la evolución de los tratados internacionales de derechos humanos de acuerdo con cambios sociales:

La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.³²

Macarena Sáez, una de las abogadas de Karen Atala, de Libertades Públicas, destaca la importancia de esta decisión de la Corte:

El producto directo de esta decisión es que por primera vez la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos...teníamos que probar que hubo una discriminación en los hechos...[y] que esa discriminación era una discriminación prohibida por la Convención Americana. En cambio, de aquí en adelante cualquier otro caso que se produzca, solamente tienes que probar que los hechos son discriminatorios, pero tú no tienes que probarle a la Corte ni al sistema americano que esa discriminación está prohibida. Es lo que hace que este fallo sea un fallo importante en el desarrollo del sistema interamericano de los derechos humanos porque establece expresa la prohibición de la discriminación por orientación sexual de una manera que no se había hecho con anterioridad... y desde el punto de vista del caso específico de Atala contra Chile que reconoce que efectivamente en este caso hubo una discriminación por orientación sexual a la señora Atala y a sus hijas.³³

La Corte estimó que se había vulnerado el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1:

31 Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 91. (en adelante, *Caso Atala*).

32 *Id.*, párr. 83.

33 Entrevista personal, 22 de mayo de 2012.

...este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas... no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin... no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa al interés superior de las menores de edad, y por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala.³⁴

Y considera que, dentro del fallo de la Corte Suprema de Chile del 31 de mayo de 2004, los

argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.³⁵

Las consideraciones de la Corte apuntan a la necesidad de fomentar una cultura judicial abierta y capacitada –como Helena Olea señaló en el *Informe 2011*– para evitar que tales discriminaciones no vuelvan a ocurrir.³⁶ No obstante, el portavoz de la Corte Suprema, Jaime Rodríguez, en sentido contrario a la Corte Interamericana insistió, en que

el fallo (de la Corte Suprema) se centró, no tanto en la orientación sexual de la señora Atala, sino que en las posibilidades de riesgo de la situación de las niñas, por el principio de su interés superior (...) (La Corte Interamericana) tuvo otro criterio solamente.³⁷

Macarena Saéz destaca que la sentencia de la Corte ha tenido otros resultados en el sentido en que “le da contenido al interés superior del niño”³⁸ y que favorecen los conceptos de la identidad de género y de la familia. En el caso del concepto de familia, se reconoce en sus formas diversas:

Lo que ha hecho la Corte Interamericana es reconocer que el derecho a la familia no es un derecho a la familia heterosexual

34 Corte IDH, *Caso Atala*, párr. 146.

35 *Id.*, párr. 97.

36 Ver *Informe 2011*, pp. 220-221.

37 Poderjudicial.ci: “Corte Suprema se refiere a sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 27 de julio de 2012.

38 Entrevista personal, 22 de mayo de 2012.

sino que es un derecho a la familia y establece unas guías, pero muy poquitas, sobre cómo se establece este derecho. Lo que está claro, es lo que no es. No es un derecho a la familia tradicional, no es un derecho a la familia heterosexual.³⁹

Además, mantiene que la Corte

establece expresamente que proteger la orientación sexual no es solamente proteger en forma (exclusiva) la orientación sexual sino tiene que proteger o respetar todas aquellas conductas que emanan directamente de la orientación sexual. Esta obviamente tiene como consecuencia que tienes que aceptar un derecho a la familia que es un derecho a la familia diversa.⁴⁰

Al tratar el concepto de la familia, la Corte cita jurisprudencia del Tribunal Europeo al señalar que no se restringe a un concepto heteronormativo:

Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de la familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de la “familia” en términos amplios. Respeto a parejas del mismo sexo, ha señalado reiteradamente que:

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en la matrimonio y puede abarcar otros vínculos de “familia” *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y [en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.⁴¹

La jueza Atala misma reconoce la importancia del resultado del fallo en relación a cuestionar y desafiar los conceptos tradicionales y

39 Id.

40 Id.

41 Corte IDH, *Caso Atala*, párr. 172.

heteromormativos de la familia al reconocer nuevas formas de vida familiar, en su declaración pública posterior al fallo:

Hoy recibo tranquila este fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que viene a restablecer el imperio de la justicia para mí y mi familia, revirtiendo la jurisprudencia que por años me privó de la tuición de mis hijas. Lo recibo con la certeza de que ha quedado claro que las familias son diversas en su composición e iguales en dignidad. Vivir de acuerdo a la identidad sexual de cada persona no será, como nunca debió ser, un impedimento para ejercer una maternidad y paternidad afectuosa, responsable, acogedora y cariñosa.⁴²

La Corte dictó que el Estado chileno, además, violó los derechos de Karen Atala y sus hijas a la vida familiar y a la vida privada. El artículo 17.1 de la Convención señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”; el artículo 11.2 de la Convención Americana dispone 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.

En las conclusiones de la sentencia, la Corte dictó que el Estado chileno debe extender programas de capacitación a los funcionarios públicos con el fin de aumentar el conocimiento sobre derechos humanos y la diversidad sexual, con un enfoque en la no discriminación:

...la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGBTI.

Se especificó que

Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.⁴³

42 Iguales.ci: “Declaración Pública de Karen Atala sobre el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 23 de julio de 2012.

43 Corte IDH, *Caso Atala*, párr. 271.

El portavoz de la Corte Suprema, Jaime Rodríguez, indicó que el fallo de la Corte Interamericana condenaba al Estado chileno, no al Poder Judicial y agregó que:

En esas condiciones, la administración (del Estado) la tiene el Poder Ejecutivo, de manera que es el Ejecutivo el que verá la forma en que se van desarrollar estas decisiones de la Corte Interamericana (...) en algunas situaciones coordinarán con la Corte Suprema y eso se verá en su oportunidad.⁴⁴

Dado que la Corte ha dictado que el Estado debe implementar cursos de capacitación y educación con enfoque especial en el Poder Judicial, las respuestas iniciales de la Corte Suprema chilena dan cuenta de la necesidad de profundizar la educación y capacitación a través de todos los “escalafones de la rama judicial” para mejor comprender y saber responder a la discriminación por orientación sexual e identidad de género. La existencia de la nueva Ley Antidiscriminación y la creación de un proceso judicial para resolver casos de discriminación bajo la nueva ley, urge que tales programas se difundan con urgencia.

El caso Atala es simbólico de la histórica marginalización política y social de la población LGBTI en Chile. Es un caso caracterizado por la falta de voluntad política para resolver la discriminación que sufrió la jueza junto con sus hijas, no habiendo sido posible llegar a una solución amistosa durante muchos años. La condena a Chile ha sido contundente y ha demostrado en el ámbito internacional la dificultad para las personas LGBTI de ejercer derechos humanos como los derechos a la dignidad, a la igualdad y la no discriminación, y, en este caso, a la familia y a la vida privada. A pesar de que en los últimos dos años se ha intensificado el debate político y social en torno a la diversidad sexual y los derechos correspondientes, este trayecto de inacción política recuerda la importancia de cultivar una sociedad y una clase política más capaz de comprender.

4. ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Corte Interamericana indicó que la orientación sexual y la identidad de género ya constituyen características protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana. De igual manera, el Informe elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado “Leyes y prácticas discriminatorias y ac-

44 Poderjudicial.cl: “Corte Suprema se refiere...”, op. cit.

tos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, considera la aplicación de derecho internacional de derechos humanos a la identidad de género y la orientación sexual. El informe declara explícitamente que, bajo los derechos consagrados en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", incluidas las personas LGBTI:

Todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, tienen derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, la seguridad de la persona y la intimidad, el derecho a no ser sometido a torturas ni detenciones arbitrarias, el derecho a no ser sometido a discriminación y el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica.⁴⁵

El Informe contiene una serie de obligaciones de los Estados para proteger la orientación sexual y la identidad de género, y forma parte de la creciente materia en derechos humanos y diversidad sexual que emana de las organizaciones internacionales, incluyendo los Principios de Yogyakarta, citados en un *Informe* anterior. Estas herramientas marcan una plataforma desde la cual se puede plantear la educación y capacitación, con enfoque en aquellos jueces encargados de fallar en casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género. Lorena Fries, Directora del INDH, indica la dificultad de incorporar el derecho internacional desde una perspectiva histórica y nota que la educación legal aún carece de una perspectiva más amplia al estudiar el derecho internacional en relación a los derechos humanos:

Incluso hoy, en Chile, la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo mayoritariamente objeto de cursos electivos o no centrales en la malla curricular en las facultades de derecho, no existen postgrados específicos en estas materias, y todo ello se ve reflejado en la monocromía de los debates jurídicos que informan el debate público en torno a estos temas.⁴⁶

Dentro de los objetivos del INDH está promover y profundizar la incorporación del derecho internacional en el derecho interno. Se trata de un proceso necesario frente a las demandas de la Corte Interame-

45 ACNUDH, *Informe A/HRC/19/41*, párr. IIA5.

46 Lorena Fries Monleón, "El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile", *Anuario de Derechos Humanos 2012*, (8), Universidad de Chile, 2012

ricana. El Informe ACNUDH servirá como punto de referencia, sobre todo en la sección sobre prácticas discriminatorias.

5. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

La atención pública sobre la orientación sexual durante el periodo 2011-2012, que ha incluido discusiones sobre matrimonio igualitario en el Tribunal Constitucional, la resolución del caso Atala, la violación al derecho a la vida en el caso Zamudio y como precursor a la aprobación de la nueva Ley Antidiscriminación, ha significado que las realidades trans se quedan algo apartadas, a pesar de unos logros significativos presenciados en 2012. Dentro de esos logros se encuentra la inclusión de identidad de género como categoría protegida por el artículo 2 de la Ley Antidiscriminación. Además, se ha reconocido como categoría protegida en el derecho internacional, siendo la instancia más relevante la resolución de la Corte Interamericana en el caso Atala.

El hecho de incluir la identidad de género como característica protegida en la Ley Antidiscriminación constituye un primer paso en proteger los derechos a la integridad física y psíquica de los hombres y mujeres trans, a la identidad y a la no discriminación. En una carta elaborada por OTD y Fundación Iguales, presentada al Senado, se citaron las razones por la cual se debe incluir esta categoría:

1. La diversidad sexual no solo abarca la categoría orientación sexual sino también la de identidad de género: Esta distinción ha sido recogida en los Principios de Yogyakarta de 2007. La identidad de género puede implicar sentirse parte del género contrario al asignado al momento de nacimiento. Las personas trans no son discriminadas por su orientación sexual, sino por su identidad y expresión de género (gestos, roles, vestimentas, etc.).
2. El Estado de Chile ha recibido prevenciones y suscrito declaraciones y resoluciones internacionales que recomiendan y establecen medidas contra la discriminación por identidad de género: en el Examen Periódico Universal de la ONU (2009), Chile se comprometió a incluir la identidad de género en sus leyes antidiscriminación y a aplicar los Principios de Yogyakarta. Declaración de la ONU de junio de 2011... Cuarta resolución de la OEA, firmada por Chile, establece que debe incluirse identidad de género en los ordenamientos internos sobre no discriminación.
3. Las personas trans forman parte de una de las comunidades más discriminadas en Chile, por lo que resultaría incomprensible no incluirlas en una normativa tendiente a luchar contra la discriminación: las personas trans en Chile están insertas en un círculo vicioso

de discriminaciones o barreras sociales, económicas y culturales del que cuesta mucho salir. Estas barreras se resumen en lo siguiente: para poder aspirar a un trabajo digno, se requiere que el carnet de identidad, concuerde con la apariencia externa; para cambiar este documento, hay que realizarse una cirugía de reconstrucción genital (CRG); para hacerse esta cirugía, hay que disponer de dinero; y para tener dinero, hay que poseer un trabajo. Incluso han sufrido discriminaciones laborales de autoridades públicas como el caso de Claudia Espinoza, a quien el Alcalde de Independencia le negó el permiso para trabajar como vendedora ambulante (2007).

4. La agravante penal que contempla la ley antidiscriminación se aplicará con dificultad a las personas trans si es que no se incluye –de manera expresa– la categoría identidad de género: Informes de Derechos Humanos, como los de la UDP, concuerdan en que las personas trans son contantemente víctimas de crímenes de odio. Casos graves de este año, como los de Cinthia González (homicidio) y Sandy Iturra (brutal agresión), podrían no recibir la agravante que establece la normativa aquí comentada de no reconocerse, de manera expresa, la identidad de género. El Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile ha insistido en recomendar a nuestro Congreso la inclusión de esta categoría.⁴⁷

En noviembre de 2011 se consiguió ese objetivo. Como ejemplo del grado de vulnerabilidad de las personas trans, la directora del INDH, en referencia al incendio ocurrido en Talca en septiembre de 2011 en el que cuatro mujeres trans perdieron su vivienda, subrayó que

Dejar impune estos hechos implicaría dar un mensaje erróneo por parte de las autoridades, en cuanto a permitir la violencia hacia los trans por el solo hecho de serlo.⁴⁸

Además, agregó que

el derecho a no ser objeto de discriminación y a gozar de la igualdad, es un derecho humano fundamental, el punto de partida de las demás libertades; le corresponde por lo tanto al Estado garantizar la integridad física y mental de cada persona, junto con el acceso equitativo a los servicios públicos, la atención médica, la justicia, la educación y el trabajo.⁴⁹

47 Iguales.cl: “Cuatro argumentos de por qué debe incluirse la categoría identidad de género en Ley Antidiscriminación”, 29 de julio de 2012.

48 Indh.cl: “INDH condena violencia transfóbica ocurrida en Talca”, 24 de julio de 2012.

49 Id.

Contar con este reconocimiento bajo la ley es un paso; fomentar una cultura respetuosa de la identidad de género es el siguiente paso. En versiones anteriores de este *Informe* se ha reclamado la falta de apoyo institucional a las organizaciones trans en promover y dar a conocer su realidad. Un video titulado “Todas mujeres, todas transexuales”,⁵⁰ realizado por la Organización de Transexuales por la Dignidad a la Diversidad (OTD) para levantar la consciencia y conocimiento sobre la realidad trans, contó con el apoyo del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

Como hemos señalado, la Corte Interamericana adelantó un paso significativo para la comunidad trans al reconocer la identidad de género como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención, en el caso *Atala*:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana... la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.⁵¹

Según la abogada Macarena Sáez, el fallo de la Corte tiene implicaciones favorables para el desarrollo de los derechos humanos de las personas trans dentro del sistema regional

Además...está sentencia fue un poco más allá de proteger la orientación sexual y también se refiere a la identidad de género. Que es muy interesante porque abre el espectro al derecho a la personalidad o a la identidad.⁵²

A la vez, la Corte, al contemplar el concepto de la familia en sus formas diversas, cita un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hace referencia a una familia que incluye una persona transexual:

En el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

Al decidir si una relación puede considerarse como “vida familiar”, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios.⁵³

50 www.youtube.com/watch?v=OX3tP8faYq0&feature=player_embedded, 29 de julio de 2012.

51 Corte IDH, *Caso Atala*, párr. 91.

52 Entrevista personal, 22 de mayo de 2012.

53 Corte IDH, *Caso Atala*, párr. 173.

Como en el caso de orientación sexual, la protección de las personas trans bajo la Ley Antidiscriminación es un paso simbólico muy significativo. Ahora se busca adelantar legislación que reconozca su derecho a la identidad en una ley de identidad de género, abordada en los *Informes 2011, 2010 y 2009*.⁵⁴

6. EL MATRIMONIO CIVIL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los debates sobre el matrimonio y el hecho de incluir a las parejas del mismo sexo se centran en el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación. A modo de ejemplo, en un simposio sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo, el ex juez del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Albie Sachs, subrayó que

La exclusión de las parejas del mismo sexo, por ley, del matrimonio públicamente reconocido, ya sea mediante texto expreso o simplemente porque se les invisibiliza, es una grave forma de marginación y discriminación en su contra. Por tanto, el monopolio heterosexual de la institución del matrimonio constituye una negación injustificada de la importancia que tiene la intimidad y el apoyo mutuo para las parejas del mismo sexo. Es una ofensa a su dignidad y es incompatible con las concepciones contemporáneas sobre la igualdad.⁵⁵

Algunos países latinoamericanos ya concluyeron tales debates. Por ejemplo, en Argentina, la Ley 26.618 garantiza los mismos derechos a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. En cambio, el debate en Chile debe pasar del Tribunal Constitucional al Congreso. En noviembre de 2011 el Tribunal Constitucional de Chile dictó sentencia sobre como definir legalmente el matrimonio. El tribunal concluyó que el artículo 102 del Código Civil, que regula el matrimonio, no se podría aplicar en casos de parejas del mismo sexo. El caso respondió a un recurso de protección presentado por tres parejas del mismo sexo, dos de las cuales buscaban inscribir sus matrimonios contraídos en el extranjero, y otra que quería casarse. Los peticionarios reclamaron que el artículo 102 del Código Civil violaba sus derechos constitucionales consagrados en el artículo 1, incluyendo el inciso 1º –“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”–, el inciso 2º –“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”– y también los incisos 4º y

54 Ver *Informe 2009*, pp. 291-304; *Informe 2010*, pp. 289-295; e *Informe 2011*, pp. 25-229.

55 “Simposio: Matrimonio entre parejas de un mismo sexo”, *Anuario de Derechos Humanos 2011*, (7), Universidad de Chile, 2011.

5º, y el artículo 5, inciso 2º. El Tribunal rechazó la instancia por 9 votos a 1 al considerar que quedaba fuera de sus competencias:

...lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer [...] cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante procedimiento de inaplicabilidad.⁵⁶

Se decidió que la institución del matrimonio se debe discutir en el ámbito legislativo. Los llamados a los derechos a la igualdad por las parejas del mismo sexo para poder contraer matrimonio no fueron admitidos en esta instancia. Según Jorge Contesse,

...de lo que se trata es de examinar si desde el punto de vista de la Constitución, y en ejercicio de la soberanía, la regulación civil que tenemos de esta institución que regula la vida familiar con intensidad satisface las exigencias del principio de igual trato y consideración. Considero que mientras no se dé reconocimiento igualitario a parejas homosexuales como a heterosexuales, la igualdad constitucional seguirá lesionada, con la relevante diferencia que hoy existe un armazón normativo diferente al que había hace más de un siglo, cuando se adoptó la legislación sobre matrimonio que aún nos rige.⁵⁷

El Presidente Piñera, al presentar el proyecto de ley Acuerdo de Vida en Pareja, también destacó la importancia de igualdad de derechos y la no discriminación para las parejas del mismo sexo y afirmó que el Acuerdo

...trata por igual y no discrimina a parejas de sexos distintos o del mismo sexo, pues en ambos casos es posible desarrollar el amor, el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran por naturaleza un proyecto de vida en común y con vocación de permanencia.⁵⁸

El debate sobre cómo regular los derechos de las personas del mismo sexo está por intensificarse en torno a cómo se aplican los principios de igualdad y no discriminación.

56 Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC), Rol No. 1881-10-INA, Sentencia del 3 de noviembre de 2011, considerando 7º.

57 Jorge Contesse Singh, "Matrimonio civil y Constitución Política: La sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio para parejas del mismo sexo", *Anuario de Derechos Humanos* 2012, (8), Universidad de Chile, 2012.

58 Gob.cl: Presidente apuesta por una "sociedad más pluralista" al firmar el AVP y propone reconocimiento a las "múltiples formas o expresiones de familia", 8 de agosto de 2012.

7. CONCLUSIÓN

Las palabras de Camilo Escalona, reiteradas al conocer la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado chileno e incluidas en la Introducción de este capítulo, constituyen un buen resumen de lo que Chile tiene que cumplir en materia de derechos humanos de los chilenos LGBTI. Luego de las fuertes sanciones internacionales tanto de la Corte como de Naciones Unidas, es imprescindible que el gobierno chileno se enfoque en fomentar una sociedad y una institucionalidad que sepa identificar y respetar los derechos de las personas LGBTI en Chile. La Ley Antidiscriminación puede servir como punto de partida para empezar a fomentar una cultura más abierta e inclusiva. Los cambios presenciados en sucesivas ediciones de este *Informe* dan cuenta de la evolución que va desde enfatizar casos puntuales de derechos humanos de las personas LGBTI, frecuentemente en la forma de casos judiciales, a una situación en la cual hay una mejor plataforma para cuestionar la cultura patriarcal y heteronormativa que ha marginalizado los chilenos LGBTI dentro de la sociedad y las instituciones. Señales desde instituciones como el INE, en cuanto a incorporar la convivencia de parejas del mismo sexo en el censo, son pasos adelante al incorporar realidades anteriormente invisibles. No se pueden negar los grandes logros de 2012: el fallo de la Corte Interamericana que considera la orientación sexual e identidad de género como derechos humanos y la evolución de legislación que va en camino a avanzar los derechos a la igualdad de los gays, lesbianas, bisexuales, y personas trans e intersex en Chile. Sin embargo, las indicaciones desde la sociedad y las instituciones –tales como el incendio de la vivienda de cuatro mujeres trans en Talca y la respuesta de la Corte Suprema luego del fallo en el caso Atala– demuestran que crear culturas en las que se reconoce un concepto de familia no basado en lo heteronormativo y la orientación sexual e identidad de género como derechos humanos consagrados en la Convención Americana, será un proceso que solo empieza ahora. Además, se debe reconocer el cumplimiento de dos de las recomendaciones presentadas en el *Informe 2011*: la aprobación de la Ley Antidiscriminación y la inclusión de la identidad de género como característica protegida. A la vez, hay que lamentar las muy graves circunstancias bajo las cuales se dieron tales cambios. Adherir al derecho internacional evolutivo de derechos humanos en materia de orientación sexual e identidad de género será un buen punto de partida para el Estado chileno.

RECOMENDACIONES

1. Responder a las demandas de la Corte Interamericana en el caso Atala en materia de educación y capacitación, con enfoque especial en el Poder Judicial.
2. Incorporar la creciente materia en derecho internacional de derechos humanos y diversidad sexual en la capacitación, usando como ejemplos los Principios de Yogyakarta y el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos.
3. Facilitar la capacidad de personas LGBTI para aprovechar y poder recurrir a la Ley Antidiscriminación.
4. Poner en marcha las políticas públicas relacionadas la Ley Antidiscriminación en materia de diversidad sexual.
5. Profundizar la institucionalidad de la Ley Antidiscriminación.
6. Avanzar y aprobar una ley de identidad de género con la participación de personas de la comunidad trans.

