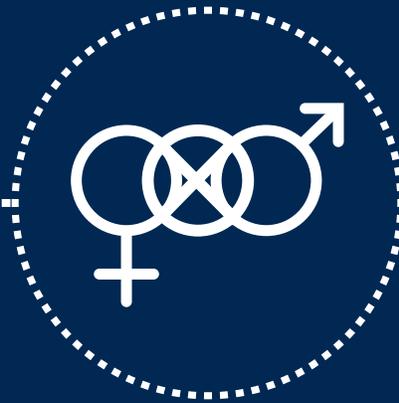




DIVERSIDAD SEXUAL

MÁS DIVERSIDAD, MENOS DISCRIMINACIÓN



PROGRAMA DE GOBIERNO MARCO ENRÍQUEZ-OMINAMI

[24 ÁREAS PROGRAMÁTICAS 4 DERECHOS UNIVERSALES 1 NUEVA VISIÓN DE PAÍS]

DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD SEXUAL. UN NUEVO TRATO DESDE EL PROGRESISMO

La lucha igualitaria sostenida por la población LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) pertenece, en propiedad, al campo de los derechos humanos. Esto, que para algunos podría resultar obvio, es un aspecto poco internalizado por la ciudadanía y el mundo político en su sentido amplio.

Por un lado, gran parte de la sociedad percibe las demandas de la diversidad sexual como exigencias de una porción minoritaria de la población, independientemente de si existe o no empatía con ellas. Me atrevería a decir, incluso, que muchos miembros de la propia población LGBT compartirían esta afirmación en caso de ser consultados, pues existe un desconocimiento profundo del universo que constituyen los derechos humanos.

Por otra parte, se tiende a asociar la idea de los derechos humanos con su violación en dictadura, dadas las profundas heridas que aún permanecen abiertas. Esto es razonable, pues en Chile se asesinó, torturó y desapareció a miles de compatriotas, crímenes que en su gran mayoría permanecen impunes. Lorena Frías, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) lo confirma: “La percepción y conocimiento de la ciudadanía respecto de sus derechos guarda directa relación con la experiencia histórica de vulneración de derechos que padeció un enorme número de personas durante la dictadura”. Esto está avalado por encuestas del mismo Instituto. Una de ellas, realizada en 2011, revela que “más de un 80% opina que en el pasado se violaron gravemente los derechos de las personas, sin embargo, dicha opinión coexiste con un alto grado de desconocimiento respecto de la especificidad de otros derechos”.

Para que la igualdad de derechos entre hetero y homosexuales sea una realidad, tiene que instalarse la idea que la denegación y/o violación de derechos civiles a las minorías sexuales es, en si misma, un atentado contra los derechos humanos. Y que mientras la ciudadanía no perciba esta falta gravísima, poco podrá avanzarse. De ahí que el propósito de este texto sea clarificar la relación entre derechos humanos y civiles, a la luz de las necesidades más urgentes de la población LGBT en Chile, así como establecer los criterios más relevantes para la construcción de una agenda progresista en la materia.

DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD SEXUAL

Al menos hay dos consideraciones relevantes que explican por qué el foco de la discusión debe orientarse hacia los derechos humanos:

- a) Su valor ético universal, basado en el principio de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; y
- b) Su relación indisociable con los derechos civiles y políticos.

En efecto, estos últimos se constituyen en una categoría de derechos humanos, dado que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”.

Uno de los documentos orientadores para quienes quieran conocer estos temas son los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género (2007), elaborado por expertos por diversas disciplinas con base en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consta de 29 puntos más un preámbulo, en el que

1 Fries Monleón, L. “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”. Consultado el ago 13, 2012, de <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/20572/21743>

2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

se reconocen como motivos de violación de tales la “marginación, estigmatización y prejuicios” basados en orientación sexual e identidad de género. La cobertura de los principios es amplia, e incluye protección en los ámbitos generales (derecho al disfrute universal de los derechos humanos; derechos a la igualdad y a la no discriminación, por ejemplo) y particulares (derecho a participar en la vida cultural; derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, entre otros) Por su extensión y universalidad, los principios se erigen en un basamento sólido que resume algunas de las necesidades de la población LGBT.

A estos principios de validez universal se suman tratados y declaraciones suscritos por Chile, como las cinco Resoluciones sobre orientación sexual e identidad de género de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2008, 2009, 2010, 2011 y 2012), que condenan las violaciones a los derechos humanos hacia la diversidad sexual y que manifiestan su extrema preocupación

“por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquéllos sometidos a tales abusos” (2008).

En tanto en el punto 1 de la declaración de 2012 se resolvió:

“Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”.

Y en el punto 2 se acuerda:

“Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a prevenirlos, investigarlos y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”.

Complementariamente, en el contexto del Examen Periódico Universal (EPU) que Chile rindió ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2009, el Estado aceptó las recomendaciones realizadas por Suecia, los Países Bajos, Nueva Zelandia y República Checa que prohíben cualquier discriminación por razones derivadas de la orientación sexual e identidad de género.

Este brevísimo estado de la cuestión, sin embargo, sólo es aplicable a un escenario ideal. Por cierto, Chile no califica. Sin entrar todavía en los gravísimos incumplimientos en que el Estado ha incurrido es importante precisar que la modificación de las “reglas del juego” obligan a que se modernice la concepción que se tiene de los derechos humanos, esto es: que dejen de ser una carga –un “estigma” con el que lidiar a propósito de sus violaciones en el pasado- para constituirse en una estrategia de desarrollo. Esta idea, tomada de Víctor Abramovich, se alza con fuerza “no sólo [para] plantearle al Estado lo que no debe hacer (...) sino también en ciertos casos plantearle al Estado qué podría hacer para garantizar derechos”. En términos jurídicos, habría que pensar –dice Abramovich–,

“el derecho de los derechos humanos no sólo como un derecho que fija límites al abuso del poder, sino como un derecho que pueda en ciertos contextos constituirse en un programa de acciones positivas de los Estados, un programa para desarrollar políticas concretas que apunten a los problemas estructurales

desde los cuales emanan esas violaciones. Me parece que esto es todo un cambio en la lógica del trabajo del movimiento por los derechos humanos”³

En efecto, cualquier estrategia de desarrollo en este ámbito debe contemplar la construcción de políticas públicas igualitarias, lo que obliga al Estado a revisar “los fundamentos e instrumentos de la política pública a la luz de los principios éticos y morales de los derechos humanos” y, por supuesto, adecuarlos. Para ello, dice Ludwig Guendel, debe promover “transformaciones culturales [en] la sociedad orientadas a internalizar los valores y las normas basadas en el reconocimiento de los derechos humanos en las prácticas e instituciones sociales”⁴.

Así, la dimensión proactiva asociada a la nueva concepción de los derechos humanos conmina a las autoridades políticas a asumir un rol inédito en su promoción y defensa. En este sentido, la creación del INDH en julio de 2010 es, en palabras de su directora, “la primera piedra de lo que debiera constituir una red institucional de promoción y defensa de los derechos humanos en Chile”⁵. A ello se sumará la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos, hoy en su primer trámite legislativo.

La pregunta central, es entonces: ¿están las instancias políticas, partidarias y estatales, dispuestas a asumir su rol histórico en este proceso?

Un nuevo contexto para las demandas de la diversidad sexual

La igualdad de derechos se ha cristalizado como un bien buscado por amplios sectores de la sociedad chilena. Hace pocos años, la campaña “Yo no me caso hasta que todos puedan”, difundida en Facebook por la ciudadana francesa residente en Chile Bonnie Leclerc, verbalizó una idea que poco a poco ha ido tomando consistencia: que las demandas de la población LGBT han permeado a grupos de ciudadanos que ven en la igualdad de derechos un elemento de cohesión social y de dignificación “del otro”. Sólo a modo de ejemplo, en el Segundo Estudio en Población Conectada (Ipsos, febrero de 2012), un 48% de los encuestados manifestó ser favorable al matrimonio igualitario, subiendo 14 puntos en relación a septiembre de 2010. Aunque hay mediciones menos optimistas, existe una tendencia general al alza respecto de estas y otras demandas, lo que no es casual.

En Chile como en el mundo, se ha venido produciendo un proceso de transformaciones muy poderoso durante la última década, con una aceleración inusitada en el último lustro. En él confluyen factores históricos, sociales, políticos y culturales en igual medida.

Por un lado, la lucha de más de 20 años de organizaciones como el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) contribuyó decididamente a visibilizar la causa de las minorías sexuales, y con ello, a modificar el pensamiento institucionalizado que operaba al respecto (aquel que calificaba a las diversidades sexuales como enfermas, perversas, pecadoras, etc.) Esto fue relevado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que en 2005 destacó al MOVILH como uno de los cuatro referentes de la sociedad civil, de un total de más de 80 mil existentes en Chile, considerando el éxito en sus objetivos. Tal éxito se basa en su capacidad para proponer políticas concretas para la diversidad sexual, pero también para incidir eficazmente en su concreción.

³ Abramovich, Víctor: “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la formulación de políticas públicas”, en: Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur. Políticas públicas de derechos humanos en el MERCOSUR. Montevideo, 2004.

⁴ Guendel, Ludwig. “Políticas públicas y derechos humanos”, en: Revista de Ciencias Sociales, año III, n° 97. Costa Rica, 2002.

⁵ Fries, op.cit.

Lo anterior tiene su correlato en pronunciamientos del mundo científico sobre la homosexualidad. En 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud. Décadas antes, en 1974, la Sociedad Americana de Psiquiatría había eliminado la homosexualidad del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-II). Se espera que el futuro ambas instancias den pasos similares sobre la transexualidad.

La globalización, por su parte, ha permitido la difusión de la nueva forma de percibir a la diversidad sexual y la justicia de sus demandas. Esto se ha sostenido en la visibilización de las orientaciones sexuales e identidades de género diferentes en medios masivos (MTV debiera ser considerado embajador de la causa), redes sociales, etc. Ello ha favorecido, también, un proceso de toma de conciencia sobre las graves consecuencias de la homofobia. El caso de Daniel Zamudio, por ejemplo, fue noticia en todo el mundo, lo cual es significativo, pensando que hace cinco años, o quizás menos, hubiera sido un caso policial más, sin proyecciones en ámbitos distintos del local.

Como factor adicional, la pérdida de validez del discurso eclesiástico, a propósito de la escandalosa –y hasta criminal- discordancia entre hechos y prédicas, ha restado credibilidad al sistema de valores “administrado” por el catolicismo, fisurando un componente del sistema que se creía pétreo. Por oposición, y esto sólo como una hipótesis, se produjo un giro intuitivo hacia valores universales, como la dignidad y el respeto en un segmento poblacional importante, especialmente entre los jóvenes.

La desidia de la clase política

Producto del irrefrenable impulso de las demandas de la población LGBT, canalizadas a través del activismo, la clase política ha debido pronunciarse sobre su acuerdo o desacuerdo con las mismas. Lo que antes eran cómodos silencios hoy son visiones de mundo que deben ser sinceradas, producto de la instalación definitiva del tema de la igualdad en el debate público.

En lo contingente, casi todos los partidos del espectro, incluso los “falsos progresistas” de izquierda- han mostrado distintos grados de homofobia, sea porque han promovido leyes con esa connotación, sea porque han frenado el avance de la igualdad o porque han hecho oídos sordos al respecto. Y nadie se salva. No ahondaremos aquí en las decenas de acciones promovidas por la derecha confesional tendientes, por ejemplo, a cerrar las puertas al matrimonio igualitario y a la ley antidiscriminación. En ello no hay nada nuevo. Más bien, interesa manifestar lo erráticos que se han mostrado el centro y la izquierda en estos temas, pese a su autoproclamada calidad de defensores de los derechos humanos.

Con mucho esfuerzo, podríamos entender las declaraciones de Patricio Aylwin en 1993, quien fue enfático en expresar a un periodista extranjero: “En Chile no hay discriminación de la índole que usted pregunta”, dijo refiriéndose a los vejámenes hacia las minorías sexuales, para luego concluir: “En general, la sociedad no reacciona con simpatía frente a la homosexualidad”. Digo con esfuerzo, porque si de derechos humanos se trata, las prioridades en esa época estaban claras. Lo que no es entendible, sin embargo, es que más de una década después, Michelle Bachelet haya incumplido todas y cada una de sus propuestas de campaña hacia la diversidad sexual. Se lee en su programa:

“Debemos fomentar una cultura de respeto y valoración de las personas por sus ideales, por su trabajo, por sus capacidades. El Chile que queremos debe saber acoger a todos sus ciudadanos, sea cual sea su orientación sexual. Tenemos que reconocer que como sociedad hemos sido injustos en esta materia. Muchas veces nos hemos burlado, muchas veces hemos discriminado.

Propondremos legislar para entregar estabilidad jurídica básica a las parejas de hecho, independientemente de su composición, y regular la adquisición de bienes comunes, derechos hereditarios, cargas y beneficios de seguros, entre otras materias civiles.

Incorporaremos en las mallas curriculares contenidos específicos sobre educación sexual, enfatizando el respeto a las minorías sexuales. Crearemos al interior del Ministerio de Educación una instancia de protección y asistencia para alumnos y alumnas afectados por prácticas discriminatorias”.

Si de sinceridad se trata, tenemos que creerle a Ricardo Lagos Weber, Ministro Secretario General de Gobierno en 2006, quien al ser cuestionado por algunos grupos políticos sobre las uniones de hecho, declaró: “no son prioridad del gobierno”. Lo concreto es que finalizado el gobierno de Bachelet, ninguna de sus promesas se había cumplido.

No es casual que durante la campaña de Sebastián Piñera el tema fuera instalado desde una dimensión proactiva, Acuerdo de Vida en Pareja incluido. Las circunstancias histórico-sociales lo empujaron a ello y de cierta forma ha sabido capitalizarlo. Hasta uno de sus más enconados contradictores, Carlos Peña, celebró este aspecto, declarando -con algo de exageración- que en un gobierno de derecha las minorías sexuales estaban “más protegidas que nunca antes, reconocidas en los censos y con programas de financiamiento público”. Peña concluye, con razón, que esto sólo se explicaría porque “este no es un gobierno de la derecha. Es el gobierno de Piñera”. Parte de las esperanzas se disuelven, sin embargo, cuando enfrentamos al actual gobernante a sus propias contradicciones. En más de una ocasión, ha declarado que el matrimonio es entre hombre y mujer. Lo dijo en el lanzamiento del bono bodas de oro y lo seguirá repitiendo, tal vez, hasta el final de su mandato.

Puede decirse, entonces, que las actuales fuerzas políticas no están a la altura de las transformaciones histórico-sociales que se han venido produciendo, lo que deja a los nuevos actores -el mundo social “empoderado” y los grupos políticos genuinamente progresistas- en posición de tomarlas. El qué y el cómo se describen a continuación.

1.- Una Constitución con arraigo en los derechos humanos

Un nuevo trato para la diversidad sexual necesita de modificaciones en las reglas del juego. En lo macro, pensamos en una nueva constitución política que garantice la igualdad real -no nominal-, por la vía del compromiso constitucional con los derechos humanos, en especial de los tratados y pactos firmados por el Estado chileno.

Creemos que no es suficiente el artículo 5º, inciso 2 de la actual carta fundamental, en el que se declara:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Al respecto, se lee en la web del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales: “En la práctica legal y política (...) el impacto de la reforma [al artículo 5º] ha sido tenue. Las referencias al derecho internacional de los derechos humanos son escasas e inexactas”.

Efectivamente, la intención manifestada en el artículo 5º no se condice con los hechos. Esto tiene, a lo menos, dos razones. La primera es la falta de especificidad en su redacción, la cual debiese demostrar un compromiso explícito, pero también operativo, con los estándares internacionales de derechos humanos.

En la Constitución mexicana, por ejemplo, se contemplan una serie de acciones concretas desde su reforma en junio de 2011. Entre las medidas tendientes a relevar el compromiso con estos valores universales, se elevan a rango constitucional los derechos humanos protegidos por los tratados internacionales ratificados por ese país; se obliga a todas las autoridades a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos; se crea un catálogo de derechos que no podrán suspenderse en ningún caso; se “ciudadaniza” la selección de titulares de organismos de protección de derechos humanos; y se establece la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para ejercitar acciones de inconstitucionalidad contra leyes locales y federales que vulneren derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En segundo lugar, los jueces chilenos han actuado con excesiva discrecionalidad y, peor aún, con un escandaloso desconocimiento de la obligatoriedad chilena en la aplicación de los derechos humanos que emanan de la Constitución. Fernando Muñoz León, doctor en Derecho por la Universidad de Yale, ve en la capacitación de los funcionarios del poder judicial un factor clave para la internalización de estos principios. A su juicio, es prioritario “que se incorpore como meta central de la formación en la Academia Judicial la promoción y respeto de los derechos humanos, así como que se incluya ese ítem a la evaluación del personal del escalafón primario del Poder Judicial (es decir, de los jueces)”⁶. Esto se condice con el punto IV de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso Atala, que obliga al Estado chileno a “continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial”. Más grave es que la “Corte Suprema ha llegado a suprimir las referencias al derecho internacional de los derechos humanos cuando algún tribunal inferior en la jerarquía las ha realizado” –dice el equipo del Centro de DDHH de la U. Diego Portales-, y peor aún: “el Tribunal Constitucional revisa la constitucionalidad de los tratados e interpreta sus disposiciones a la luz de las normas del derecho interno, en lugar de verificar, como ordena el derecho de los tratados, que la legislación doméstica se ajuste a las disposiciones internacionales”.

De lo anterior se desprende la necesidad de una carta fundamental que sea explícita en la defensa de estos valores y que no dependa de los vaivenes de órganos del Estado cuyo conservadurismo es conocido por todos. Ello implica pasar de los enunciados a los pronunciamientos complejos y vinculantes, con raíces en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Principios de Yogyakarta y similares.

2.- Institucionalidad para la no antidiscriminación

Con la reciente promulgación de la Ley Antidiscriminación, se abre la necesidad de construir una institucionalidad que le de cumplimiento a su artículo N°1, que obliga

“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”.

⁶ Fernando Muñoz en entrevista con el autor.

Para las organizaciones que lucharon durante una década por esa ley, este es uno de los incisos más importantes por cuanto compromete al Estado con estrategias de largo plazo en el ámbito de la no discriminación, alineadas con los estándares universales de derechos humanos. De ahí que sea urgente dotar al país de un organismo que vele por el cumplimiento de la ley en los ámbitos de prevención, fiscalización y tramitación de casos de discriminación arbitraria.

Hasta este punto, sin embargo, ha sido fundamentalmente el Movilh el que ha solicitado a las autoridades -incluso antes de promulgarse la Ley- saber cuáles serán las estrategias que desarrollaran para darle cumplimiento. Si bien ha habido ciertos acuerdos, se necesita un “artefacto” que comprometa al Estado con este mandato.

Esto es fundamental, si se considera que en los principios de Yogyakarta se consigna expresamente que:

“Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación”.

Nuevamente México y también Argentina se erigen en modelos a seguir. El primero, con la apertura del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) en 1997; y el segundo, con la creación del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) en 2003. Ambos tienen objetivos comunes, como promover políticas públicas antidiscriminatorias a nivel nacional; supervigilar el cumplimiento de los respectivos marcos legales antidiscriminatorios; conocer, orientar y canalizar denuncias por discriminación; coordinar las distintas instancias involucradas en el sistema estatal, entre otras.

¿Qué alternativas tiene Chile de contar con una institucionalidad semejante? Dos a lo menos. La primera consiste en dotar al INDH de atribuciones y presupuesto para su empoderamiento como entidad fiscalizadora y promotora de políticas públicas en el ámbito de la no discriminación, lo cual permitiría aprovechar la experiencia, conocimientos y capacidad instalada en el área. En este sentido, el Instituto podría superar su rol de “informante” para constituirse en una entidad cuyos pronunciamientos sean vinculantes. El problema, sin embargo, es que dada su calidad de corporación autónoma de derecho público, no tiene posibilidades de incidir en la administración del Estado de manera efectiva. Además, su escasa presencia territorial dificultaría el cumplimiento de su rol fiscalizador y promotor de políticas locales.

La segunda alternativa es crear un organismo ad-hoc, al amparo de la proyectada Subsecretaría de derechos humanos. Se lee en el proyecto ingresado al parlamento:

“(…) la creación de esta Subsecretaría busca optimizar la gestión del Estado, al concentrar la función de proponer y coordinar las políticas públicas en el ámbito de los Derechos Humanos, que hoy se ejerce por órganos diversos. Esta nueva instancia técnica colaborará, además, con las funciones hoy desarrolladas por otras entidades, como es, a modo de ejemplo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos”.

Este es, sin dudas, un proyecto importante, pero que requiere de un nivel de especificidad mayor al comprometido. En efecto, la subsecretaría debiese contemplar, a lo menos:

a) La ampliación del aparato estatal por la creación de órganos específicos de su dependencia. Uno de ellos debiera atender y tramitar las denuncias por discriminación ocurridas en el país, a través de oficinas regionales y/o provinciales.

b) La adopción de acciones afirmativas, esto es, medidas de carácter temporal en favor de sectores históricamente discriminados, cuyo ejercicio de derechos civiles y/o políticos se haya visto (o se sigue viendo) menoscabado.

c) La inclusión de la sociedad civil en sus decisiones. Por el momento, el proyecto contempla la creación de un comité interministerial, lo cual resta potencia al organismo. Si no existe una visión alternativa a la del poder político, se corre el riesgo de seguir siendo autocomplacientes, como lo han sido –por ejemplo– la Cancillería, a propósito del Examen Periódico Universal, o el Poder Judicial en relación a casos como el de Karen Atala.

3.- Un compromiso con los más vulnerados: Ley de Identidad de Género

Si la causa lésbico/gay ha copado la mal llamada “agenda valórica”, las necesidades de la población transexual aún están por ser reivindicadas en muchos planos. Al menos dos factores inciden en esta causa: el desconocimiento y/o los prejuicios hacia ese sector; y la patologización de la que son objeto.

Lo cierto es que ambos aspectos están relacionados. Si los derechos humanos y civiles de la población transexual son sistemáticamente vulnerados, es porque está difundida la idea de que lo suyo es un trastorno de la identidad de género; o porque el común de la población percibe algún tipo de desorden, físico o mental. Así, por ejemplo, la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud (CIE) de la OMS y el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM) coinciden en definiciones patologizantes, en directa oposición de los pronunciamientos efectuados por organismos de derechos humanos, que llaman a terminar con esa categorización.

En junio de 2009 el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, presentó el informe “Derechos Humanos e Identidad de Género”. En él se defiende la tesis que “la patologización de las personas trans puede convertirse en un obstáculo en el cumplimiento de sus derechos humanos”, lo que tiene correlato en sus derechos civiles y políticos. En sus palabras, las personas trans “no disfrutaban de sus derechos fundamentales, tanto a nivel de garantías legales como en la vida cotidiana”. Sólo apelando a los Principios de Yogyakarta, la vulneración de derechos humanos, civiles y políticos de la población trans es escandalosa, según consta en los informes de derechos humanos de la diversidad sexual que el MOVILH publica cada año, desde hace más de una década. A los hombres y mujeres transexuales se les niegan derechos básicos como el acceso a un nombre que se condiga con su identidad de género; el derecho a un trabajo digno; a formar una familia, entre otros. Por si ello fuera poco, sólo en 2011 se denunciaron 16 casos de abusos transfóbicos gravísimos, incluso asesinatos.

Dado lo anterior, urge el estudio de una Ley de Identidad de Género como la Gender Recognition Bill británica, o la recientemente aprobada en Argentina. Pero ¿Cuáles son los mínimos que debiese contemplar?

a) La posibilidad de adecuar el nombre de la persona a su identidad de género a través de un acto simple en el registro civil. En la actualidad, el cambio de nombre está sujeto a que el interesado haya podido acceder a una cirugía de readecuación corporal, la que por diversas razones (costos, período de hormonización, etc.) es postergada, o decididamente desechada. De no mediar dicha operación, hay que interponer una demanda ante la Corte de Apelaciones solicitando cambio de nombre y sexo, proceso complejo, oneroso y de larga tramitación. Ninguno de los dos modelos, en todo caso, asegura que la justicia otorgue la autorización. En muchos casos, suele concederse el cambio de nombre, pero no de sexo.

b) El reconocimiento estatal de la identidad de género como una vivencia de la persona, independiente de su sexo biológico, no como una patología.

- c) El desarrollo de acciones afirmativas que subsanen algunas de las consecuencias históricas de la discriminación hacia ellos.
- d) El acceso expedito a los tratamientos de salud como hormonización y readecuación corporal.
- e) Plena ciudadanía, incluida la capacidad para constituir una familia legalmente.

Con todo, algunas noticias alentadoras han permitido visibilizar las necesidades de la población trans en el último tiempo. Por ejemplo, el Ministerio de Salud accedió a financiar desde el 2013 algunas hormonizaciones y operaciones de readecuación corporal por la vía de FONASA. Previamente, en septiembre de 2011, se estableció un protocolo nacional de salud que regula la adecuación del cuerpo al género y se emitió una circular que obliga a tratar a personas transexuales por su nombre social. Todo lo anterior es producto de un trabajo conjunto entre el MOVILH y el MINSAL, extendido entre 2007 y 2012. A nivel de derechos políticos, el reciente anuncio de mesas mixtas de votación solucionará la vulneración de la dignidad de los ciudadanos trans, quienes eran obligados a sufragar de acuerdo al nombre indicado en su carnet de identidad.

Pese a ello, está todo por hacerse por dignificar la transexualidad.

4.- Matrimonio Igualitario y Homoparentalidad

No entraremos en una disquisición profunda sobre los argumentos que sostienen el matrimonio igualitario como una necesidad de la población LGBT, pese a que ésta es, para muchos, la madre de todas las reivindicaciones. En parte, porque no creemos que sea tal; o mejor dicho, porque sabemos que la lucha más dura estará centrada en el último peldaño del conservadurismo: la adopción y/o el reconocimiento de hijos de familias homoparentales.

Los argumentos para sostener el matrimonio igualitario sobran y se pueden leer en algunos de los cientos de estudios sociológicos, jurídicos y hasta psicológicos que cada año se publican en el mundo. Aunque estos son opinables y siempre habrán contra-estudios (bastante fuera del mainstream, dicho sea de paso) los estándares de derechos humanos tienen, a mi juicio, la última palabra. Según el principio 24 de la declaración de Yogyakarta, es inalienable

“El derecho a formar una familia: con independencia de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”.

Lo cierto es que el matrimonio es una institución social, reconocida por las leyes civiles, y que siendo tal, debe adaptarse a la sociedad que le da sentido. El matrimonio está al servicio de las necesidades sociales y no al revés.

Por su parte la homoparentalidad, si bien genera mucho más resquemores, cada vez es objeto de mayor aceptación. En el estudio de Ipsos referido más arriba, la aprobación a las familias de este tipo subió de un 25% a un 34% entre agosto de 2009 y febrero de 2012. En el público joven las cifras son mucho más alentadoras. De acuerdo a la VI Encuesta Nacional de la Juventud (2009), el 51,3% de los entrevistados dijo estar a favor de la paternidad de parejas del mismo sexo.

De ahí que resulte paradójico que dicha aprobación social no se vea reflejada en la posición de los legisladores; tampoco en los gobiernos de turno. El historial de rechazo político a los proyectos presentados en este sentido es síntoma de la enorme desconexión entre los “representantes” (las comillas son intencionales) y sus representados. Así, fueron presentados dos proyectos de matrimonio igualitario: el primero en 2008 por Marco Enríquez-Ominami y un grupo pequeño de parlamentarios, aunque sin éxito. En 2010 se presentó el segundo, que fue elaborado por un grupo de senadores encabezados por Fulvio Rossi, con idéntico resultado.

Lo más grave, sin embargo, fue el repliegue de los grupos progresistas en las elecciones presidenciales que siguieron, pues era el momento político más propicio (sólo se da cada 4 años!) para iniciar una arremetida de propuestas y discursos en este sentido.

Hoy el escenario es distinto. El tema está instalado en la agenda y estará presente en las presidenciales de 2013, lo que no asegura su rápida concreción, pese a que para muchos es cosa de tiempo. El conservadurismo y la ignorancia imperantes son -y seguirán siendo- una piedra de tope en este sentido.

Aún más grave es cómo el Estado chileno pasa por alto los estándares de derechos humanos firmados en una serie de declaraciones y convenciones sobre la materia. En esto los jueces parecen llevar la delantera reaccionaria, especialmente cuando se trata de pronunciamientos sobre familias e hijos. El fallo Atala, por ejemplo, es muy claro en consignar que “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”. La Corte, continúa el fallo,

“...observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

Pese a la contundencia del fallo a y su riqueza como punto de partida para enmendar los abusos en que incurre el Estado, tanto el poder judicial como el legislativo han demostrado que la autocrítica no es precisamente lo suyo⁷.

Dicho lo anterior, en Chile debe impulsarse una ley de matrimonio igualitario que se ajuste a estándares internacionales de derechos humanos. Esto no es menor, ya que en ninguno de los proyectos presentados a la fecha aparecen, siquiera, mencionados. Ello obedece, a nuestro juicio, a la poca conciencia que los propios legisladores tuvieron -y siguen teniendo- sobre la vinculación de estos con las reivindicaciones civiles y de su poder como categoría ética.

En consecuencia, cualquier proyecto de esta naturaleza debe, a lo menos:

En lo general,

- Otorgar los mismos derechos y obligaciones a las parejas homosexuales que a las heterosexuales; y con los mismos nombres. De ahí que la nomenclatura “matrimonio igualitario” sea mucho más precisa que la de “matrimonio homosexual”, pese a la paranoia de los sectores conservadores, que ven en ese nombre una mera estrategia comunicacional.

⁷ Igualmente importante es el pronunciamiento hecho en el fallo sobre la discriminación a las personas de la población LGBT, en el que la orientación sexual pasa a ser una categoría protegida por la convención americana, tal como lo son “la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

Y en lo particular

a) Cumplir a cabalidad con aquello que se expresa en el artículo 102 de propio Código Civil: “La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello”. Si este artículo es tomado al pie de la letra, y más aún, al alero de los estándares universales de los DDHH, el matrimonio debe abrirse a todas las orientaciones sexuales. Por lo tanto, debe eliminarse el artículo discriminatorio que obliga a que el vínculo sea contraído entre hombre y mujer.

b) Otorgar derecho a contraer matrimonio en idéntico trámite al actual, ante el registro civil.

c) Consagrar el derecho a formar familia de todas las personas, independientemente de su orientación sexual; y de ser reconocidas como tales. Esto incluye cambios en la ley de adopciones, por la vía de la incorporación de familias LGBT al proceso regular.

d) Modificar el sistema patrimonial, para adecuarlo a la realidad de los diversos tipos de familia que se consagra en la legislación. Esto es particularmente relevante en la “sociedad conyugal”, no sólo para las parejas homo, sino también heterosexuales, pues en las segundas la mujer queda profundamente desfavorecida.

5.- Perfeccionamiento de la Ley antidiscriminación y Ley contra la incitación a la violencia y los discursos de odio.

La Ley Antidiscriminación promulgada en julio de este año es un instrumento útil, pero imperfecto. Simbólicamente, su valor es innegable, pues subsana parcialmente la deuda histórica del Estado con los discriminados, dando una señal de que en Chile no sólo es anti ético, sino que ilegal discriminar arbitrariamente. Este es un paso importantísimo, pues compromete al Estado con una serie de valores asociados a los estándares internacionales de derechos humanos.

En términos jurídicos, su utilidad también es innegable, pues crea la Acción de no discriminación arbitraria, instrumento que permitirá restablecer el imperio del derecho en casos como los que ocurren todos los días, hoy desestimados por la justicia. Entre sus ventajas se cuenta la facultad que confiere al tribunal para dejar “sin efecto el acto discriminatorio”, disponer “que no sea reiterado” u ordenar “que se realice el acto omitido”.

Si estas dos dimensiones justifican su valor, hay omisiones que le restan potencia. La primera es la nula voluntad que tuvieron los legisladores de eliminar el inciso que consagra la supremacía de ciertos derechos constitucionales por sobre la no discriminación arbitraria, tal como se indica en el artículo segundo de la Ley:

“Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

Esta es la salvaguardia conservadora más grave del texto, pues obligará a los jueces a ponderar qué derechos priman antes de considerarse cualquier acto como discriminatorio, con la libertad de expresión y de educación entre los más sensibles. En consecuencia, este artículo debe ser derogado.

Finalmente, el legislador dejó fuera una indemnización reparatoria para las víctimas y la remplazó por una multa en beneficio fiscal, lo que subvalora el daño causado al discriminado. Del mismo modo, se fijó una multa para el denunciante cuando no logre probarse el acto discriminatorio, lo que a todas luces desincentivará a quienes necesiten interponer una acción de este tipo. Ambas disposiciones contienen un grado de injusticia que debe ser enmendado.

En otro ámbito, aunque relacionado, la incitación a la violencia y los discursos de odio son responsables indirectos de muchos de los delitos que hoy se cometen en Chile. Cuando una ideología política, una creencia religiosa, o una organización antisistema declara la superioridad de un sector de la población por sobre otro, o el predominio de un estándar moral por sobre los derechos humanos, lo que está haciendo es inocular un germen de odio y discriminación que transgrede los límites de la concordia social. En casos extremos, esto puede desembocar en crímenes como el de Daniel Zamudio.

Desde 2010 se tramita una ley de esta naturaleza, que valoramos. Su fundamentación es clara:

“La incitación al odio y a la hostilidad discriminatoria se construye, generalmente, como hipótesis de incitación a un grupo indeterminado de personas, ya sea a un conglomerado de personas presentes o a través de medios de difusión pública, para moverlos al odio o a la violencia contra los integrantes de un determinado grupo racial, religioso, étnico, etc. Además, se señala que el ilícito en comento, se podría cometer a través de la palabra o alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, que revelen hostilidad o menosprecio, hacia personas o grupos de personas, para mover a quien recibe el mensaje a la violencia, al odio, o a la discriminación arbitraria en contra de los que pertenezcan a un determinado segmento de la población, identificables por características tales como la raza, la religión, el credo, etc. Se trataría, en consecuencia, ‘del prelude de la violencia’, o, ‘de hacer nacer el odio’”.

Urge, en consecuencia, darle tramitación rápida a esta ley, pues deviene en el complemento necesario a la Ley Antidiscriminación.

6.- Derogación de leyes homofóbicas

El código penal chileno consigna dos artículos sensibles para la diversidad sexual. El primero, el 365, es explícitamente homofóbico; el segundo, el 373, entra en la categoría de “sospechoso” por su amplitud y discrecionalidad.

El primero fija edades de consentimiento sexual distintas para heterosexuales y homosexuales. Para los primeros, el consentimiento es de 14 años; para los segundos (sólo varones), es de 18.

Hasta 1999, la sodomía era penalizada con cárcel en Chile, incluso su ejercicio privado y entre adultos. Era el mismo artículo 365 el que la sancionaba. Esta desigualdad, que afectaba la libertad sexual y el desarrollo de la personalidad, fue corregida parcialmente con la Ley 19.617. Aunque las relaciones homosexuales entre mayores de 18 años dejaron de ser un delito, el artículo 365 del Código Penal continuó manteniendo una ley especial para los jóvenes que mantienen relaciones amorosas con otros de igual sexo, situación que violenta derechos humanos básicos garantizados en diversas leyes, tratados y declaraciones internacionales que han sido ratificados y/o respaldados por Chile.

En efecto, en la actualidad el artículo 365 indica que quien “accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

La norma es discriminatoria por cuanto:

a) Sanciona la expresión de orientaciones sexuales sanas y legítimas, como son la homosexualidad y la bisexualidad, según lo ha señalado la propia OMS.

b) No busca sancionar un delito de tipo sexual, todos los cuales están claramente definidos en otros artículos del Código Penal, sino una expresión de afectos propia de la construcción identitaria del ser humano.

c) Promueve la desigualdad en la edad de consentimiento sexual a partir de la orientación sexual, por cuanto del artículo 365 del Código Penal se establece que esta se encuentra fijada en 18 años para homosexuales y, según se desprende del artículo 364 del Código Penal, en 14 años para heterosexuales.

Sobre este punto, el Comité de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (ONU), expresó, tanto durante la celebración de las Sesiones Plenarias 1218 y 1219 como en sus Observaciones Finales del 23 de Abril del 2007, su preocupación por la existencia del artículo 365 del Código Penal. En específico, el Comité manifestó su desacuerdo “porque las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad, se sigan penalizando, lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual”. Fue en ese sentido que el Comité recomendó al Estado de Chile que

“intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención y que adopte una estrategia pro-activa e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo y contra todos los grupos vulnerables en todo el país”.

Asimismo, durante la sesión plenaria 1218, el Comité señaló que “sancionar las relaciones sexuales con consentimiento mutuo entre jóvenes del mismo sexo es una medida discriminatoria, que ignora el hecho de que los adolescentes están en la exploración de su identidad sexual”. Por ello, el Comité solicitó expresamente al Estado Chileno que en su tercer reporte de Derechos Humanos, previsto para el 12 de septiembre del 2012, “incluya información específica sobre las medidas y los programas pertinentes a la Convención sobre los Derechos del Niño que haya aplicado para ofrecer una protección especial a los grupos vulnerables”

En relación al artículo 373 del código civil, que sanciona a quienes de “cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres”, es más que evidente su obsolescencia en una sociedad democrática.

Demás está decir que este artículo fue utilizado para aprehender a parejas del mismo sexo que expresaban sus afectos públicamente, pues ello es de público conocimiento. Hoy, sin embargo, son pocos los encargados del orden y la seguridad pública que se atreverían a apelar a este artículo en tanto se ha instalado una suerte de invalidación social del mismo. El arbitrio, la discrecionalidad y ambigüedad de la norma es del todo expresa en la misma disposición cuando considera como ofensas al pudor o a las buenas costumbres los “hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos” del Código Penal. ¿Cuáles son esos hechos? y ¿en qué momento y bajo qué parámetros se consideran un escándalo de trascendencia pública? Son interrogantes que el artículo por si solo no resuelve, provocando de paso un serio daño a las personas en quienes es aplicado.

Derogar esta ley, más que tener una incidencia práctica, exteriorizaría el compromiso del Estado con valores democráticos fundamentados en derechos humanos, lo cual es imprescindible si se quiere dar señales poderosas en este sentido.

Conclusión.

Progresismo y derechos humanos en la construcción de ciudadanía de primera clase

El 6 de diciembre de 2011, la Secretaria de Estado Norteamericana, Hillary Clinton, pronunció un histórico discurso en favor de los derechos humanos de la diversidad sexual. En su alocución resume gran parte de los conceptos que hemos querido transmitir en estas páginas:

“Algunos han indicado que los derechos de los gays y los derechos humanos son separados y distintos. Pero, de hecho, son uno solo y el mismo.

Ahora, por supuesto, hace 60 años los gobiernos que elaboraron y aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos no pensaron cómo se aplicaba a la comunidad LGBT.

Tampoco pensaron cómo se aplicaba a los pueblos indígenas, o a los niños, o a las personas discapacitadas, o a otros grupos marginados. Sin embargo, en los últimos 60 años hemos llegado a admitir que los integrantes de estos grupos tienen derecho al gozo completo de la dignidad y de los derechos, porque, como toda la gente, comparten una humanidad común.

Este reconocimiento no se produjo de repente, sino que evolucionó con el tiempo, y a medida que lo hizo entendimos que estábamos respetando derechos que la gente siempre tuvo, en lugar de crear derechos nuevos o especiales para ellos. Al igual que ser mujer, al igual que pertenecer a una minoría racial, religiosa, tribal o étnica, pertenecer a la comunidad LGBT no lo hace a uno menos humano. Por ese motivo, los derechos de los gays son derechos humanos y los derechos humanos son derechos de los gays”.

Tanto como el contenido, es crucial el momento en el que se pronunciaron estas palabras. Parece ser que la segunda década del siglo XXI trajo consigo una valoración inédita de las necesidades de la diversidad sexual, aunque sin una toma de conciencia de su anclaje en los derechos humanos. Y es que en muchas sociedades se discute el asunto como una reivindicación sectorial, lo que resta fuerza a la naturaleza misma de las demandas de la población LGBT. Hillary Clinton, en cambio, pone de relieve con fuerza este argumento para entregarle una señal clara a las sociedades de no hay derechos civiles sin derechos humanos.

Esto no lo ha entendido el Estado chileno.

Quien se declare progresista debe comprender que la dignidad del individuo, la posibilidad que éste tiene de construirse como persona, no sólo se logra por una actitud “aperturista” del entorno, sino fundamentalmente por el compromiso que la sociedad adquiera con los valores universales reseñados a lo largo de este artículo. En una frase, el respeto y promoción de los derechos humanos mostrará quienes son realmente progresistas y quiénes juegan a serlo.

COLABORADORES

Alejandra Botitnelli	Jorge Cienfuegos	Miguel Márquez
Alvaro Miranda	Jorge Farías	Miguel Prieto
Andrés Solimano	Jorge Vergara	Pablo Labbé
Arturo Duclos	Juan Carlos Urquidi	Patricia Morales
Beatriz Stager	Juan Gumucio	Patricia Peña
Berna Castro	Juan Casassus	Patricio Hermann
Camilo Lagos	Juan Valenzuela	Oriele Nuñez
Carlos Ominami	Maia Seeger	Rafael Urriola
Ciro Colombara	Manuel Baquedano	Rainer Hauser
Claudia Perez	Manuel Ipinza	Raúl Requena
Claudia Rodríguez	Manuela Gumucio	Rodrigo Chauriye
Cristian Galaz	María Pía Matta	Rodrigo Urzúa
Daniel Flores	Marcelo Lepe	Samuel Jiménez
Edgardo Bruna	Marcos Ortiz	Sandra Valenzuela
Federico Stager	Marisol Vera	Varinia Ortiz
Felipe Fuenzalida	Matias Negrete	Victor Hugo Carrasco
Fernando Gonzalez	Mauricio Electorat	Waldo Lopez
Jaime Parada		