

Comisión de Derechos Humanos del Senado de Chile.

**Discusión del Proyecto de Ley que “reconoce y da protección a la identidad de género”**

Parte I

Boletín N° 8924-07

Valparaíso. 16 de Abril de 2014.

---

Honorables Miembros de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de Chile.

Por su intermedio, señor Presidente, agradecemos la invitación que ha sido extendida a Comunidad y Justicia para participar de la discusión de este proyecto de ley.

Comunidad y Justicia es una corporación que agrupa a abogados de todo Chile con el objetivo de promover y defender el respeto por los derechos humanos en nuestro país, para lo cual disponemos de un equipo permanente de investigadores.

Entrando en materia, y como cuestión previa, quisiéramos explicitar que Comunidad y Justicia, **condena como injustos e ilegales todos los actos que impliquen discriminaciones arbitrarias en contra de cualquier persona, y en particular, en contra de las personas transexuales**, iguales en dignidad y derechos a cualquier otra.

Dicho esto, tenemos la convicción de que este proyecto de ley no sólo no aportará en ese sentido, sino que incluso, de aprobarse en los términos en que ha sido propuesto, tendrá efectos adversos para las personas transexuales, para el ordenamiento jurídico, y para la sociedad chilena

Sin perjuicio de que el proyecto debe ser examinado desde diversas perspectivas (filosofía, medicina, psicología, sociología, etcétera), nosotros nos abocaremos a un análisis jurídico.

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS FUENTES DEL MISMO.**

El proyecto de ley en examen adolece, en primer término, de un fundamento erróneo. En efecto, el proyecto ha sido redactado desde la premisa de que nuestro país (el Estado chileno) estaría obligado –jurídicamente incluso- a legislar en el sentido propuesto. Sin embargo, esta premisa es falsa: dicha obligación es inexistente, pues no se encuentra en ninguna fuente del Derecho Internacional.

Particularmente, se ha sostenido por los promotores del proyecto (v.gr. la abogada Ximena Gauché) que el Derecho de la Identidad de Género (todos los derechos subjetivos relativos al reconocimiento de la identidad de género) encontraría su fuente en tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, tales como la Convención de los Derechos del Niño, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto no es así: **No existe ningún tratado internacional de derechos humanos, suscrito y ratificado por Chile, que haga referencia, siquiera implícitamente, a un eventual deber de reconocimiento de la llamada “identidad de género”, y menos a la existencia de derechos fundamentales al respecto, como un supuesto derecho a adecuar el sexo registral, en conformidad a la identidad de género.**

Es importante que se tenga en consideración la distinción que existe entre aquello que es fuente del derecho internacional, y aquello que no lo es. Conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes fundamentales en el ordenamiento jurídico internacional son los tratados y la costumbre internacional.

Aquí se traza el límite entre el derecho y aquello que no lo es.

#### **TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES EN CHILE.**

Las observaciones y recomendaciones que realizan periódicamente los organismos internacionales de monitoreo de tratados no tienen la fuerza vinculante que se pretende y no son fuente de derecho. Esto es importante pues de forma cada vez más frecuente –y este caso no es la excepción- se hace el intento de fundar la existencia de una u otra obligación en este tipo de declaraciones, lo que puede llevar a confusiones y a la adopción de normas jurídicas bajo la noción falsa de que se está obligado a ello. Por lo mismo, cualquier fundamentación que se de respecto del proyecto de ley que se apoye en estos documentos no debiera ser considerado como tal por parte de los honorables Senadores.

De igual forma, tampoco son parte del ordenamiento jurídico internacional aquellos proyectos de tratados internacionales que no se encuentran en vigor en el plano internacional, y que menos son vinculantes en nuestro país sin la consiguiente ratificación. Este es el caso específico de la Convención Interamericana en Contra de Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, que hoy no es más que un proyecto que debe someterse a la deliberación de este Congreso, lo que no ha sucedido hasta el momento.

Dentro de las normas jurídicas que sirven de fundamento al proyecto de ley se consideran los siguientes tratados: la DUDH<sup>1</sup>, la CADH<sup>2</sup>, el PIDCP<sup>3</sup>, el PIDESC<sup>4</sup>, la CEDAW<sup>5</sup> y la CDN<sup>6</sup>. Ninguno de los tratados que se citan contempla la “identidad de género” dentro de su articulado.

Este hecho es reconocido incluso por los mismos grupos que realizan activismo a favor de los intereses de personas LGBTI alrededor del mundo. Douglas Sanders, profesor universitario y miembro de ILGA (la asociación internacional de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales, en su sigla en inglés), afirma que *“Ninguno de los instrumentos internacionales de derechos humanos hace mención alguna a la “orientación sexual” o “identidad de género.” La gran mayoría del sistema internacional de los derechos humanos se concentra en grupos específicos. Hay tratados y programas que tratan de la raza y el sexo, y preocupaciones relativas a grupos específicos de refugiados, niños, minorías culturales, pueblos indígenas, trabajadores migrantes y los discapacitados. Sólo al invocar normas relacionadas a la privacidad y normas generales sobre la igualdad es que las lesbianas y gays han obtenido algún tipo de reconocimiento.”*<sup>7</sup>

En su anterior exposición, y como se consigna en la página 11 del Informe de la Comisión, la Dra. Gauché cita la Convención Americana y la Convención de los Derechos del Niño para afirmar la existencia del derecho que hoy busca crearse en nuestra legislación. Queda claro que no es así. Salvo por la Convención de los Derechos del Niño, ninguno de los demás tratados toca específicamente el concepto del “derecho a la identidad”.

En el caso específico de la Convención de los Derechos del Niño, no se trata de la sola mención de la identidad como derecho, sino que se señalan algunos de los elementos que la componen, refiriéndose a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares<sup>8</sup>. El punto a destacar en este sentido es que, en este instrumento vinculante que sí la reconoce, su construcción se apoya en elementos que son de carácter objetivo y verificable, lo que los pone en una situación distinta de aquellos que son subjetivos, como lo sería la “identidad de género”.

---

<sup>1</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>2</sup> Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>4</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>5</sup> Convención para la Erradicación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, según sus siglas en inglés.

<sup>6</sup> Convención de los Derechos del Niño.

<sup>7</sup> <http://ilga.org/ilga/en/article/1078>. Revisado por última vez el 15 de abril. Traducción del autor.

<sup>8</sup> Convención de los Derechos del Niño. Artículo 8.1.

En todos los demás tratados mencionados no existe referencia alguna al derecho a la identidad como tal, y éste sólo se podría encontrar al interior del derecho a la honra, en cuanto contiene la prohibición al Estado de intervenir en forma arbitraria o ilegal en la vida privada de una persona, como lo hace en el artículo 11.2 de la CADH<sup>9</sup>. Se trata por tanto de un derecho que admite limitantes, pues el Estado puede intervenir en ella en cuanto tenga razones justificadas para hacerlo, proscribiendo la arbitrariedad en el actuar. Sin embargo, del hecho de que los tratados se encuentren redactados en estos términos amplios no se sigue que esa vida privada contenga necesariamente el supuesto derecho subjetivo a la “identidad de género” con todos los efectos que esta ley busca generar. Cuando mucho equivale a la necesidad de que el Estado adopte una actitud pasiva, en el sentido de no utilizar medios coercitivos para tratar de cambiar la propia percepción de la persona, pero esto es distinto a reconocer que esa identidad auto percibida es un derecho cuyo aseguramiento sea exigible al Estado, y oponible respecto de todo el resto de la sociedad en los términos que hoy se discuten.

Una noción como la anterior –de la identidad de género como expresamente consagrada e integrada al derecho a la vida privada- no fluye directamente de los tratados y, como se discute, tampoco se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala.

#### **FALLO DEL CASO ATALA Y LA SITUACIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO.**

En este caso en particular no cabe duda que los hechos de la causa hacían referencia a la “orientación sexual” de Karen Atala ¿Corresponde aplicarlo en forma automática a la “identidad de género”?

La Corte Interamericana ha fallado que la orientación sexual se encuentra cubierta bajo el concepto de “otra condición social” de la CADH, pero no se extiende de forma inmediata la conclusión de que la identidad de género también se considera comprendida dentro de aquella. Por el contrario, la carga de la prueba recae precisamente en quienes esgrimen esta característica en particular –la identidad de género- como un derecho protegido, sin que ese reconocimiento exista hoy en forma expresa. **La idea de que se trate de un “documento vivo” no exime de la responsabilidad de probar que una determinada categoría es parte del pacto, lo que no se ha probado.** Esto es así especialmente porque la categoría de la “identidad de género” es diversa conceptualmente a la “orientación sexual”, no

---

<sup>9</sup> “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada...” Artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

tiene reconocimiento expreso en ningún tratado internacional de derechos humanos, no existe una definición de la misma, y como se desprende del estado actual de la discusión en materia médica, antropológica y filosófica, ella sigue siendo una teoría carente de demostración.

Por otra parte, teniendo conocimiento de que la “identidad de género” ha sido configurada por la Corte Europea de Derechos Humanos como un elemento integrante de la identidad, y protegido como parte del derecho a la privacidad, se hace necesario recordar que el valor de esa jurisprudencia no radica en su obligatoriedad para nuestro país ni para nuestro sistema interamericano de protección de derechos humanos, teniendo plena libertad para adoptar determinaciones que pueden o no diferir de los caminos tomados por Europa. Por último, y sobre el mismo punto, incluso dentro del Continente Europeo existen serias discrepancias acerca del tratamiento de la cuestión que hoy debatimos, y la Corte Europea ha sido consistente en el pasado al reafirmar la existencia de un margen de apreciación para los Estados miembros, aceptando de forma pacífica un tratamiento diferenciado entre Estados, precisamente porque no existe en un consenso acerca del tratamiento y estatus jurídico que ha de darse a esta novedosa categoría, cuyo fundamento, como se ha dicho, no pasa de ser una teoría, a nuestro juicio completamente falsa.

#### **NECESIDAD CONFORME A DERECHO DE RECHAZAR LOS LLAMADOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA.**

De hecho, el concepto mismo de la “identidad de género” es tan controvertido, que su desarrollo es casi inexistente –como lo reconoció la abogada representante de la OTD<sup>10</sup>-, **al punto de que no existe ningún acuerdo sobre este a nivel de las Naciones Unidas**, y ningún instrumento de carácter vinculante, ni ninguna resolución que haya emanado en la Asamblea de las Naciones Unidas lo define (pese a que existen resoluciones, no vinculantes, que lo mencionan). Esta es la razón que explica por qué el concepto que se propone hoy es tomado de los “Principios de Yogyakarta”, que deben ser rechazados por consideraciones jurídicas.

---

<sup>10</sup> Página 8 del informe de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, en referencia a la exposición de la Profesora Gauché. En un mismo sentido, Austin Ruse, en “Human Rights, Sexual Orientation and the UN?”, The Public Discourse, 30 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.thepublicdiscourse.com/2012/11/7213/>

Como adelanté, uno de los elementos que más llama la atención de la fundamentación del proyecto es la referencia a estos “principios” como norma jurídica, que poco a poco se ha presentado en la discusión pública como una fuente de derecho sin serlo. De hecho, **es grave a nuestro juicio que el mismo informe de la Comisión señale estos principios como una norma jurídica fundante o antecedente jurídico del proyecto, pues da a entender erróneamente que los mismos tienen rango de una norma jurídica, sin serlo.**

El documento en cuestión contiene la pretensión de derechos integrales especiales para personas que se identifiquen como lesbianas, homosexuales, bisexuales o transgénero. Se trata de 29 “principios” redactados en el 2006 por un grupo reducido de **29 activistas, académicos y ex funcionarios no electos de organismos internacionales** que plantean por medio de este documento una agenda de políticas sociales, y no verdaderos principios de derecho.

**Estos autodenominados principios no han sido negociados ni acordados por los Estados miembros de las Naciones Unidas, incluyendo el Estado de Chile; no son parte de ningún tratado ni son costumbre internacional, de tal forma de que no hay ningún sentido en el cuál estos puedan ni deban considerarse como derecho.** Contrario a las afirmaciones que se han hecho ante la Comisión, no es correcto que estos se encuentren aceptados expresamente por las Naciones Unidas. Cuando mucho, estos han sido promovidos por algunos países en particular, que han tomado decisiones políticas en el sentido de promover esta agenda. El hecho de que otros Estados hayan sugerido a nuestro país la aceptación de los mismos durante el Examen Periódico Universal de 2009 (lo que no ocurrió en el E.P.U. recién pasado del año 2014) no es señal de que ellos sean una obligación legal ni que sean comúnmente aceptados por la comunidad internacional, lo cuál no es así. Por lo demás, ¿Qué significaría dicha aceptación? De cualquiera forma ellos no resultan ser vinculantes para los Estados sino en cuanto se encuentran integrados a alguno de los tratados internacionales o bien si existiera una costumbre internacional en la materia, lo que de todas formas no existe.

A mayor abundamiento, los intentos a nivel internacional para dictar resoluciones que reconozcan estos autodenominados principios han sido rutinariamente rechazados en los foros internacionales<sup>11</sup>, precisamente por su calidad de

---

<sup>11</sup> Una de las últimas oportunidades ocurrió en Julio de 2013, en Estambul, durante la última convocatoria de la OSCE, por un voto de 24 a 3. <http://c-fam.org/en/issues/human-rights-system/3858-countries-reject-declaration-of-homosexual-rights-at-osce>.

instrumento político y no de verdadera fuente del derecho internacional. La oposición a la inclusión de estos principios se fundamenta, como bien podemos hacer en nuestro país, en la incompatibilidad entre las pretensiones de la declaración y los derechos garantizados por las Constituciones de cada Estado y los tratados internacionales.

En concreto, Yogyakarta propone, entre otros, que el Estado puede y debe intervenir, **incluso en contra de la autoridad y derecho de los padres**, para efectos de promover una educación que reconozca las “identidades de géneros”<sup>12</sup>, sin dar opción de negarse, lo cuál va en **clara violación de nuestra Constitución y de los tratados vigentes en Chile que sí lo mencionan expresamente, como la Convención Americana de Derechos Humanos** en su artículo 12.4.

De forma similar, la aplicación de estos principios tendría **serias consecuencias en el ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y de religión en nuestro país**, en cuanto expresamente señala que estos derechos no podrán ser invocados de forma que pueda tomarse como discriminatoria (sin agregar que sea arbitraria) en contra de las personas por razones de “identidad de género”<sup>13</sup>. Es decir, este derecho estaría plenamente garantizado para personas protegidas por los “principios” al pertenecer a la comunidad LGBTI, pero no lo sería para el resto de la población. Ejemplarmente, si el Estado reconociera estos principios como derecho, dejaría sin efectos todas las protecciones en materia de ejercicio de derechos fundamentales que existen en la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación

Finalmente, **el reconocimiento de estos principios como derecho (sin serlo) traería consigo, de forma necesaria, el cambio radical de nuestro derecho de familia, cambiando el matrimonio y dando lugar a la adopción por parte de parejas del mismo sexo.** Esto no es siquiera una interpretación, sino que la aplicación literal de las disposiciones de los llamados principios, que serían el primer instrumento internacional en consagrar una definición expresa de familia. El matrimonio entre personas del mismo sexo ya no sería siquiera una cuestión a discutir, sino que se estaría obligado a dar lugar a su aprobación<sup>14</sup>. Y llevaría consigo el aseguramiento de un pretendido derecho a la adopción de niños, pasando definitivamente a un paradigma de “objetivación” de los niños, niñas y

---

<sup>12</sup> Principios de Yogyakarta. Principio 16. El derecho a la educación.

<sup>13</sup> Principios de Yogyakarta. Principio 21. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

<sup>14</sup> Principios de Yogyakarta. Principio 24. El derecho a formar una familia.

adolescentes como un bien al cuál tienen derecho las personas adultas, pudiendo exigir el acceso a ellos.

Todo lo anterior es en sí una violación a los principios del derecho internacional.

El reconocimiento de la igualdad soberana de todos sus miembros es el principio organizativo sobre el cual se construye la ONU, tal y como se señala en la Carta de las Naciones Unidas: *“La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.”*<sup>15</sup> El respeto por este principio no sólo resguarda la integridad territorial de todos los Estados miembros, sino que también es una salvaguarda de que las tradiciones y normas culturales de un pueblo que se gobierna a sí mismo -cuestión relevante en una época multicultural- no serán avasalladas por los eventuales afanes imperialistas de extranjeros que busquen imponer irreflexivamente valores foráneos.

Las naciones soberanas se encuentran facultadas para acceder, en forma libre y voluntaria, a restricciones de su propia soberanía, al contraer obligaciones bajo el derecho internacional. En todas aquellas materias en las cuales no se ha renunciado expresamente al ejercicio de la soberanía, los Estados permanecen libres para gobernarse a sí mismos como mejor les parezca. Este también es un principio reconocido explícitamente por la Carta de las Naciones Unidas: *“Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente parte de la jurisdicción interna de los Estados...”*<sup>16</sup>

En consecuencia, los Estados se encuentran regidos de acuerdo al derecho internacional, en la medida que los términos de un tratado internacional, voluntariamente aceptado y ratificado, así los obliguen, o bien, en cuanto a que una nación soberana ha aceptado ciertas normas como constitutivas de una costumbre internacional. Chile no tiene por lo tanto obligación alguna a reconocer los principios de Yogyakarta como normas vinculantes.

## **CONCLUSIÓN.**

Así, al menos desde el punto de vista jurídico ya se ve que la fundamentación de este proyecto de ley es errada, pues parte de ciertas premisas que no son

---

<sup>15</sup> Carta de las Naciones Unidas. Artículo 2.1.

<sup>16</sup> Carta de las Naciones Unidas. Artículo 2.7.



correctas desde el punto de vista del derecho, siendo tal vez la más grave aquella por la cuál se le pretende dar valor jurídico a un instrumento privado que no es más que una herramienta de activismo político.

**Si podemos resumir todo lo antes dicho en una sola idea, es esta. Nada de lo que hoy existe en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyas fuentes fundamentales son los tratados y la costumbre, obligan al Estado de Chile en el sentido de tener que crear un nuevo supuesto derecho como lo es la “identidad de género”. ¿Qué quiere decir esto? Que si se adopta la decisión de legislar en este sentido, ella debe atender a sus propios méritos, y no a la idea de que sobre nuestro Estado pesa una obligación legal. Y sobre su propio mérito, este proyecto debiera de rechazarse por sus propias deficiencias.**

Por último, nunca está demás recordar que no toda situación de hecho ni pretensión puede ni debe traducirse en clave de derechos, con su consecuente exigibilidad. La situación concreta de personas que quieren vivir sus vidas en contradicción con su propio sexo biológico ciertamente existe. Pero del hecho que esta situación sea una realidad social no lleva como consecuencia necesaria que por eso se deba garantizar esta pretensión de vivir la vida conforme a un sexo contrario al propio como un derecho exigible para toda persona.

**Tomás Henríquez.**  
Director Ejecutivo.  
Comunidad y Justicia.