



INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



**CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS *udp***

FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2016

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2016, 1ª edición, p. 380, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Judith Schönsteiner
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2016.

Materias:

Chile. Derechos Humanos.
Programas de vivienda. Chile.
Empresas, aspectos sociales.
Derechos del niño. Chile
Homosexuales. Aspectos jurídicos.
Chile. Esterilización sexual. Aspectos jurídicos.
Esterilización involuntaria.
Inmigrantes, situación jurídica.
Multiculturalismo, Chile.
Indígenas, educación.
Identidad cultural. Chile.
Funcionarios públicos. Disciplina.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2016

Primera edición: noviembre de 2016

ISBN 978-956-314-374-4

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-22) 676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS INTERSEX EN CHILE¹

“Nacimos así, estamos acá, no somos nada extraño [...] somos personas; diferentes, pero somos” - “Ale”, 2015².

1 Capítulo redactado por Camilo Godoy.

2 “Ale” es un hombre intersex chileno cuyo testimonio se recoge en detalle en el capítulo V de la siguiente investigación: Camilo Godoy, “Análisis del tratamiento de la intersexualidad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su realidad en Chile”. Concepción, Universidad de Concepción, 2015, p. 223.

SÍNTESIS

La situación de las personas intersex, especialmente de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), es de extrema invisibilidad, sin embargo, ha ido cambiando lenta, aunque progresivamente gracias al activismo intersex internacional. Una de las principales denuncias de estas personas dice relación con la cirugía genital o mutilación genital intersex –como la han denominado–, que se practica por lo general desde los primeros meses de vida sin el consentimiento informado de los afectados. Por su parte, la mayoría de la comunidad médica ha señalado durante décadas que dicho procedimiento se lleva a cabo con el propósito de “normalizar” o “reparar” lo que denominan “trastornos o desordenes del desarrollo sexual”.

Considerando que en las últimas décadas este tema ha sido manejado casi exclusivamente por el mundo biomédico, este capítulo pretende dar cuenta de algunos de los aspectos más importantes y urgentes a considerar en pos de la promoción y protección de los derechos humanos de las personas intersex.

PALABRAS CLAVES: intersexualidad, diversidad corporal, características sexuales, mutilación genital, salud, derecho internacional derechos humanos, políticas públicas Chile

INTRODUCCIÓN

Una de las mayores preocupaciones actuales en la agenda del Sistema Universal de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, ha sido terminar con la violencia contra NNA. En 2014, el Consejo de Derechos Humanos celebró un panel de discusión sobre los medios para acelerar los esfuerzos mundiales con el propósito de poner fin a la violencia contra los niños. Esta iniciativa tiene como antecedente la resolución 25/10 del mismo año titulada “Acabar con la violencia contra los niños: un llamamiento mundial para hacer visible lo invisible”, panel donde se reconoció la protección de los niños frente a la violencia como una prioridad urgente.

En dicha resolución se reafirma que los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover los derechos humanos y de adoptar las medidas apropiadas para proteger a NNA contra todas las formas de violencia física o mental. Entre los temas de actualidad más destacados se encuentran las prácticas que son perjudiciales para la salud infantil, como la mutilación/ablación genital femenina, y que violan el derecho del niño a la integridad física. En este contexto es que analizaremos un tema directamente relacionado con infancia, derechos humanos, mutilación e invisibilidad, del que se tiene muy poco conocimiento en Chile y en gran parte del mundo: la intersexualidad.

El primer gran antecedente en la lucha de las personas intersex por el reconocimiento y el respeto de sus derechos humanos, es lo que la Sociedad Intersex de Norteamérica llamó “la primera demostración pública de intersexuales en la historia moderna”, y que tuvo lugar el 26 de octubre de 1996 en Boston, Estados Unidos, frente a una Conferencia de la Academia Americana de Pediatría. Hoy, casi 20 años después de este hito, el pleno respeto de sus derechos humanos en la mayor parte del mundo, incluido Chile, sigue siendo una demanda pendiente.

1. INTERSEXUALIDAD: CONCEPTO Y ANTECEDENTES

De acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “en la doctrina se ha definido la intersexualidad como ‘todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente’[...] En la actualidad, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado”.³ En este mismo sentido, la Organización Internacional Intersex (en adelante, OII) expresa que: “intersex es un término que se refiere a una variedad de rasgos físicos congénitos o variaciones que se encuentran entre los ideales estereotipados de lo masculino y lo femenino. Las personas intersexuales nacen con rasgos físicos, hormonales o genéticos que no son ni enteramente femeninos ni totalmente masculinos; o una combinación de femenino y masculino; o ni masculino ni femenino; es un término espectro o un paraguas, en lugar de una sola categoría. Algunas variaciones intersexuales comunes son diagnosticadas prenatalmente. Las diferencias intersexuales pueden ser evidentes en el nacimiento. Algunos rasgos intersexuales se hacen evidentes en la pubertad, cuando se trata de concebir, o por medio de la casualidad”.⁴

La intersexualidad no es una orientación sexual,⁵ no es un género,⁶ no es una identidad de género,⁷ ni tampoco es una expresión de género,⁸ pues más bien corresponde a innumerables manifestaciones de la diversidad corporal y/o características sexuales, y como lo señala la principal organización intersex del mundo en la actualidad, OII, “no es una condición médica, desorden, discapacidad, patología ni una condición de ningún tipo: solo es una diferencia tal como lo son la altura, el peso, color de cabello, etc. (Solo algunas pocas manifestaciones de la intersexualidad tienen relación con diferencias que pueden causar enfermedades. Ej.: dificultades para orinar)”.⁹

3 CIDH, *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes*, 23 de abril de 2012.

4 OII Australia: *Intersex for allies*, 21 de noviembre de 2012.

5 *Op. cit.* CIDH, 2012: La orientación sexual es definida en este documento como la “capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

6 *Ibid.*, se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

7 *Ibid.*, La identidad de género es definida como: “Vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

8 *Ibid.*, Manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado.

9 Organización Internacional Intersex: “What isn’t intersex?”. Ver en: <http://oiiinternational.com/category/faqs/>

En 2006, el autodenominado Consenso de Chicago, establecido por un grupo de médicos, reemplazó el término intersex por “trastornos/desordenes del desarrollo sexual” (DDS),¹⁰ sin embargo, el activismo intersex ha rechazado ampliamente esta denominación por considerarla estigmatizante, patologizante y porque estima que refuerza la idea de que los rasgos intersexuales son condiciones médicas individuales o trastornos que necesitan ser corregidos.^{11 12} El rechazo a esta nueva terminología también se ha manifestado desde el interior mismo de la biología.^{13 14 15}

Las denuncias del activismo intersex contra los tratamientos médicos de los que suelen ser objeto desde la temprana infancia se pueden resumir en cuatro puntos: 1) la “emergencia” ante el nacimiento de un niño o niña intersex responde netamente a razones psicosociales y no necesariamente de salud; 2) los criterios o estándares médicos están fuertemente influenciados por elementos tales como la heteronorma y consecuente homofobia y el concepto de hombres y mujeres con cuerpos “normales” (en este contexto se ha denunciado que históricamente a la mayoría de estas personas se les ha asignado el sexo femenino por ser quirúrgicamente “más fácil”); 3) la evidencia prueba las consecuencias devastadoras de los tratamientos médicos históricos de la intersexualidad y, finalmente, 4) la autoridad médico-parental no puede estar por sobre la autodeterminación de las personas intersex. En definitiva, uno de los principales objetivos de este movimiento es erradicar lo que denomina: Mutilación Genital Intersex (en adelante, MGI).¹⁶

1.1. Origen y cuestionamiento de protocolos médicos de atención a personas intersex

Las bases de dicho modelo quirúrgico fueron establecidas alrededor de los años 70 por el psicólogo John Money del Hospital Johns Hopkins (Baltimore, Estados Unidos)¹⁷, proclamado como un éxito a través del caso de Bruce/Brenda Reimer¹⁸ (conocido en la literatura médica como el caso John/Joan, y que trata sobre un niño cuyo pene fue accidentalmente quemado en una operación de circuncisión y que por

10 IA. Hughes, C. Houk C. y otros, “Consensus statement on management of intersex disorders”, *Archives of Disease in Childhood*, 2006, 91:554-563.

11 Oll Reino Unido, “What does it mean to be intersexed?”.

12 Oll Australia, “What is DSD? Is this the same as intersex?”.

13 A. Tamar-Mattis y M. Diamond, “Managing variations in sex development”, *Journal of Pediatric Endocrinology & Metabolism* vol. 20, n. 4, 2007, pp. 552-553.

14 Milton Diamond, H. G. Beh, “Changes in management of children with differences of sex development”, *Nature Clinical Practice: Endocrinology & Metabolism*, vol. 4, n. 1, 2008 pp. 4-5.

15 Juan Carlos Jorge, “Lecciones médicas sobre la variante sexual: los hemafroditas del siglo XVI y los intersexuales del siglo XXI”, *Revista Cuicuilco*, vol. 18, n. 52, México, 2011, pp. 252-272.

16 Camilo Godoy, “Análisis de la intersexualidad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su realidad en Chile”, (seminario de título), Universidad de Concepción, 2015, p. 223.

17 Numerosos son los autores que citan a John Money como el gran responsable de los protocolos médicos quirúrgicos y hormonales con que se trata a las personas intersex: S. Preves, 2002; C. Chiland, 2003; M. Cabral, 2003; I. Löwy, 2003; V. Stolcke, 2004; S. Aliabadi, 2004; N. Ehrenreich, 2005; A. Fausto-Sterling, 2006; K. Semler, 2010; J. Greenberg, 2012; etc.

18 *BBC Mundo*: “El niño que fue criado como niña”, 27 de noviembre de 2010.

recomendación del psicólogo Money fue reasignado al sexo femenino)¹⁹ y ampliamente aceptado en la comunidad médica, a partir de ese momento. Sin embargo, en 1997 los doctores Diamond y Sigmundson reportarían que los informes de Money no solo eran incompletos, sino que además no representaban la verdadera historia de David Reimer (su nombre en aquél entonces), quien nunca aceptó su sexo asignado, y se había sometido a un tratamiento para revertir su reasignación luego de descubrir la verdad. Informaron que, en aquel momento, Reimer estaba viviendo en Canadá como un hombre casado y se había convertido en el padre adoptivo de los tres hijos de su esposa.²⁰

Este caso fue estudiado en detalle por el periodista John Colapinto quien escribe a fines de 1997 la verdadera historia detrás del supuesto éxito de Money para la Revista *Rolling Stone*,²¹ y en el año 2000 publica finalmente un libro titulado *Tal como la naturaleza lo hizo: el niño que fue criado como una niña*.²² Ambas publicaciones sentarían las bases para un enorme debate que perdura hasta el día de hoy, y que pone en tela de juicio los protocolos médicos imperantes en casos de intersexualidad. David Reimer se suicida el año 2004, dos años después de que lo hiciera su hermano gemelo.²³

En 1993 la reconocida activista intersexual Cheryl Chase funda la Sociedad Intersex de Norteamérica y tres años después tendría lugar la primera manifestación pública de intersexuales en Boston, Estados Unidos.²⁴ Se trata de hitos cruciales que marcarían el comienzo de una larga lucha en pos del respeto de las personas intersex. Así lo expresó Cheryl Chase:

“Ha llegado el momento para denunciar nuestro tratamiento como abuso, para manifestar y afirmar abiertamente nuestra identidad como personas intersex, para enfrentar intencionadamente esa suerte de razón que requiere que seamos mutilados y silenciados”.²⁵

Algunos últimos hitos a destacar, es que a fines de la década del 90 la Corte Constitucional de Colombia haya declarado ilegal la cirugía forzosa en menores y limitado significativamente la capacidad de médicos y padres para alterar o amputar quirúrgicamente los órganos sexuales de

19 Una de las ideas centrales de las teorías de John Money es que la identidad de género de los niños es maleable o manipulable (que son “neutros” al nacer), para ello se ha de educar al niño con estricto apego al sexo asignado, el que se sostendría en base a genitales concordantes, contruidos quirúrgicamente y ayudados por hormonas. Para conseguir eso la cirugía debe llevarse a cabo lo más temprano posible (antes de los 2 años de edad).

20 Milton Diamond y K. Sigmundson, “Sex reassignment at birth: Long-term review and clinical implications”, *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, número 151, 1997.

21 *Revista Rolling Stone*: John Colapinto, “The true story of John/Joan”, 1997.

22 John Colapinto, *As nature made him: the boy who was raised as a girl*. Harper Perennial. Nueva York, 2000.

23 *El Mundo*: “David no aguantó ser Brenda”, 15 de mayo de 2004.

24 Intersex Society of North America, “Hermaphrodites with attitude take to the streets”.

25 Cheryl Chase, “Affronting Reasons”, en Dawn Atkins (Ed.). *Looking queer: body image and identity in lesbian, gay and transgender communities*. Nueva York y Londres, The Haworth Press, 1998, p. 214.

niños con genitales ambiguos y víctimas de circuncisiones mal hechas.²⁶ También han emergido desde el mundo de la medicina y la biología, llamados a una moratoria de los tratamientos quirúrgicos alertando sobre sus consecuentes daños potenciales^{27 28} y de cuestionamientos sobre los dogmas en torno al sexo y la asignación a las personas intersex.²⁹

1.2. Consecuencias psicológicas de los tratamientos quirúrgico-hormonales

Pese a las denuncias, los estándares de atención a las personas intersex han tenido mínimos cambios alrededor del mundo y la mayor parte de los estudios o anuncios médicos relativos al tema han puesto su atención en la apariencia física de los genitales intervenidos sin tomar en consideración la dimensión más importante a ser analizada: los efectos psicológicos a largo plazo de los tratamientos quirúrgicos³⁰ y, en definitiva, la opinión de sus destinatarios en la adultez.

Hace casi una década se llevó a cabo una acuciosa revisión bibliográfica respecto de los efectos psicosexuales presentes en aquellas personas que habían sido objeto de este tipo de tratamientos en la infancia. Se encontraron resultados a menudo desastrosos para la vida de estas personas –especialmente aquellas que habían sido “feminizadas” quirúrgica y hormonalmente–, se recordó la enorme variabilidad del género humano, y se hizo un llamado para la revisión de los tratamientos imperantes y la creación de un nuevo paradigma clínico en el que prime la opinión del paciente.³¹

En 2011, se publica un nuevo estudio³² sobre el impacto sexual y psicosocial derivado de estas prácticas médicas “normalizantes”, el cual encontró –entre otras cosas– que el 60% de las personas que había sufrido intervenciones “feminizantes” consideraban tener una vida sexual insatisfactoria o muy insatisfactoria; la mayoría no tenían pareja y optaban por la abstinencia, la mitad expresó no haber tenido nunca un orgasmo y más del 50% presentó complicaciones quirúrgicas que desembocaron en nuevas y repetidas intervenciones. Todas aquellas personas que sufrieron la práctica de vaginoplastias presentaron atresia vaginal.³³ En lo que respecta a lo psicológico, el 94% presentó niveles

26 Intersex Society of North America, “Texts of Colombia Decisions”.

27 K. Kipnis y M. Diamond, “Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex”, *The Journal of Clinical Ethics*, número 9, 1998), pp. 398-410.

28 Milton Diamond, “Pediatric Management of Ambiguous and Traumatized Genitalia”, *The Journal of Urology*, número 162, 1999, pp. 1021-1028.

29 Anne Fausto-Sterling, “*Cuerpos Sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad*”. Madrid, Editorial Melusina, 2006, p. 526.

30 Kaitlin Semler, “Let the child decide: surgical intervention after parental consent should no longer be considered the best option for children with intersex conditions”, *Student Scholarship*, Paper 16, 2010, pp. 1-29.

31 Adriana Agramonte, “Tratamiento quirúrgico de los genitales ambiguos: fundamentos e implicaciones psicológicas y sexuales”, *Revista Cubana de Endocrinología*, vol. 17, número 3, 2006.

32 Adriana Agramonte, Loraine Ledón y otros, “Impacto sexual, psicosocial y quirúrgico de la cirugía genital en personas diagnosticadas de genitales ambiguos”, *Boletín CNSCS*, número 2, 2011, pp.1-17.

33 Estrechamiento/cierre de la vagina.

medio y alto de ansiedad como rasgo. Los, recurrentemente, manipulados genitales de estas personas se convierten en una fuente de temor, de conflictos y tensiones psíquicas, en general, sobre la base de la vergüenza e inaceptabilidad que llevaron a los adultos a intervenirlos. En suma, la mayoría de estas personas viven una sexualidad limitada, inhibida y dañada; sufren de depresión, miedo, insatisfacción y desesperanza; tienen una imagen negativa de sus genitales y cuerpo en general, que marcan su vivencia de la sexualidad, influida además por el secreto médico, parental y las intervenciones. Los resultados adversos generales de las cirugías se relacionan con la negligencia médica y paramédica.³⁴

En 2014, el doctor Milton Diamond repite el llamado que hiciera a fines de los años 90 para aplicar una moratoria de las cirugías cosméticas y médicamente innecesarias en niños.³⁵ En 2015, nos encontramos con un nuevo estudio psicológico realizado a niños y adolescentes con tratamiento quirúrgico de sus genitales médicamente diagnosticados “ambiguos” cuyos resultados son:

- El 50% de los niños presenta variabilidad emocional, cambios en sus estados de ánimo y humor.
- El 60% evidencia inhibición, bloqueo emocional y rechazo al contacto físico en el ámbito social y familiar.
- El 70% tiene dificultad para expresar sus emociones ante diferentes estímulos o impactos emocionales en relación a sí mismos y, en menor medida, a su ámbito familiar.
- El 50% tiene preocupaciones, dudas y molestias en relación a su figura humana.
- El 70% observa vivencias de desprecio, desagrado y molestia con respecto al esquema corporal incluyendo el suyo.
- El 90% muestra angustia sobre su cuerpo o una parte de sí.
- El 100% presenta dificultades en la comunicación social, mayoritariamente en el ámbito familiar.³⁶

1.3. Repercusiones en Chile

En el marco del enorme crecimiento del activismo intersex y de las múltiples denuncias sobre los tratamientos médicos hacia estas personas –especialmente NNA– que han tenido lugar desde los años 90 en gran parte del mundo, no ha habido grandes reacciones en la comunidad médica chilena, sin embargo, existe un par de elementos a destacar.

34 Adriana Agramonte, Loraine Ledón y otros, “Impacto sexual, psicosocial y...”. Op. cit.

35 Milton Diamond y J. Garland, “Evidence regarding cosmetic and medically unnecessary surgery on infants”, *Journal of Pediatric Urology*, número 10, 2014, pp. 2-7.

36 A. Torrado y A. García, “Caracterización psicológica de niños y adolescentes con tratamiento quirúrgico de genitales ambiguos, mediante técnicas gráficas”, *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, México, vol. 18, número 1, 2015, pp. 271-285.

1.3.1. El trastorno por estrés postraumático (PTSD) de larga duración como resultado de la cirugía genital de los menores (2002):³⁷

La primera repercusión data del 2002 y fue publicada por la *Revista de Psicología* de la Universidad de Chile. En ella, Gregory J. Boyle señala que: “En vista de la cirugía de cambio de sexo impuesta a millares de niños por todo el mundo nacidos con los órganos genitales ambiguos [...] la evidencia ahora indica que la gran mayoría de las víctimas adultas rechazan lo que se les ha hecho cuando eran niños [...] Muchos de estos individuos parecen sufrir PTSD a largo plazo”.³⁸

Boyle arguye que “el corte genital impuesto en menores viola claramente los derechos humanos de los niños, reduce inevitablemente la capacidad para el placer y el orgasmo sexuales, quita capacidad reproductiva (e.g., en casos de castración), y causa a menudo el estrés psicológico de por vida [...]”.³⁹ Ante esta realidad el autor recomienda que la cirugía de cambio de sexo sea pospuesta “hasta que el individuo implicado ha alcanzado la edad adulta, momento en el cual habría emergido la identidad del género decisivo, y él o ella pueda tener una opción al estar completamente informado”.⁴⁰

Llama profundamente la atención, además, que citando a Colapinto y McMullin, el autor señale que “el hospital de la Universidad Johns Hopkins que ha estado a la vanguardia promoviendo la cirugía de cambio de sexo en menores que no han dado su consentimiento, ha llamado ahora a una moratoria de tal cirugía involuntaria, poco ética, a la luz de la evidencia del daño a largo plazo y PTSD que ahora está emergiendo”.⁴¹

Con todos estos elementos, finalmente Boyle sentencia: “[...] es hora de llamar a un alto mundial a todas las formas de corte genital. La cirugía genital involuntaria, irreversible, impulsada en los infantes y los niños tiene a menudo efectos dañinos a largo plazo en la salud mental”.⁴²

1.3.2. Trastornos de la diferenciación sexual e identidad de género (2007):⁴³

Ahora bien, la segunda publicación fue realizada en *Acta Médica*, la revista científica de la Clínica Santa María, en 2007, por el cirujano infantil Mario Varela, quien además es profesor asociado de la Universidad de Chile. En ella el doctor Varela afirma que: “El diagnóstico y la etiología de las alteraciones de la diferenciación sexual pueden ser

37 Gregory J. Boyle, “El Trastorno por Estrés Postraumático (Ptd) de larga duración como resultado de la cirugía genital de los menores”, *Revista de Psicología Universidad de Chile*, Santiago, vol. XI, número 1, 2002, pp.17-24.

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 Mario Varela, “Trastornos de la diferenciación sexual e identidad de género”, *Acta Médica SM*, vol. 1, n. 1, 2007, pp. 31-36.

cuidadosamente descritos con un adecuado estudio. Pero no está todo tan claro como para tener total certeza en la decisión de asignar, y está claro que los errores en este proceso de diferenciación crean en estos pacientes un terreno propicio para el desarrollo de alteraciones psico-sexuales y psicosociales”.⁴⁴

Por tal motivo, el especialista determina que lo prudente es no apresurarse en la asignación de sexo y evitar así errores que se harán evidentes en la pubertad con la expresión de un género discordante.

Asimismo, respecto del seguimiento y control clínico expresa que deben sobrepasar el terreno meramente médico y quirúrgico y ser de carácter integral, de tal forma que se consideren tanto los aspectos físicos como psicológicos. Destaca, además, que “muchas veces la función sexual y la fertilidad son menos significativas para el niño que la percepción de su identidad de género”.⁴⁵

En este sentido, el cirujano manifiesta la necesidad de constituir un equipo multidisciplinario donde se incluya a los padres y posteriormente a los hijos, recordando además que: “Se requiere un cambio de los paradigmas tradicionales que entran en juego al abordar un RN [recién nacido] con ambigüedad sexual como son: urgencia en el diagnóstico y en la asignación de sexo, adecuar la decisión al tamaño del falo, sobrevalorar la fertilidad en la decisión, el potencial cosmético con el plan de reconstrucción genital”.⁴⁶

Surgen dos opciones interesantes, subraya Varela, que son: 1) no remover ninguna estructura que el niño pudiera desear más adelante y 2) tener flexibilidad en las decisiones considerando que es más fácil diferir que deshacer las reconstrucciones genitales.

En sus propias palabras: “no hay un algoritmo totalmente satisfactorio para asignar el sexo”, y rescata que “definir el sexo a asignar basándose en el sexo genético, en la apariencia externa de los genitales, el potencial de fertilidad, normas sociales o el deseo de los padres es insatisfactorio”, ya que lo importante en cada niño es su propia identidad de género. De lo anterior, según concluye Varela, surge la necesidad de un tiempo de espera y que el medio para conseguirlo es la “asignación provisoria informada”.

El cirujano pediátrico chileno ofrece, además, una valiosa reflexión respecto del ejercicio de su profesión: “Como médicos actuamos conforme a nuestra ética, aplicamos la ciencia para resolver un problema de un ser humano. Pero nuestra falla ha sido olvidar que el ser humano es individual e integral [...] Sobrevaloramos nuestra capacidad de decidir frente a un RN con una ambigüedad genital,

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

apoyándonos en la decisión de un equipo y en estudios complementarios que creíamos suficientes, pero que no lo eran. Olvidamos que este dependía de muchos otros factores, y no solo de sus genitales o de su crianza. La conducta deriva de decisiones producto de nuestro estudio, experiencia lograda en años, de antecedentes obtenidos de revisiones bibliográficas, y de un sin número de paradigmas que yacen en nuestro subconsciente y que nos han llevado en algunos pacientes a resultados insatisfactorios. Hemos tenido que resolver una asignación errada concluyendo que ‘la reasignación es un complejo proceso que ojalá pudiéramos evitar’.⁴⁷

Todos estos elementos –señala el profesional– han hecho que se replanteen algunos principios como los siguientes:

1. La urgencia en asignar sexo en los casos de ambigüedad, que hasta ahora responde a una necesidad de resolver un problema familiar, se debe reconsiderar, pensando que el paciente agradecerá mucho más la prudencia.
2. La cirugía reconstructiva debe ser pospuesta hasta reunir las respuestas a todas las incógnitas.
3. El objetivo principal debe ser conseguir una congruencia entre sexo y género y no buscar la perfección de la anatomía genital y la concordancia con la fertilidad.

Finalmente Varela concluye que el logro de estos principios está sujeto a la obtención de un tiempo de espera antes de iniciar una etapa quirúrgica, y que para obtener dicho tiempo se necesita desarrollar un programa educativo a todo nivel, partiendo por el equipo de salud y luego la familia, la sociedad y el poder, en pos de un cambio legislativo que proporcione un “espacio social” para estos pacientes. “Espacio que podríamos denominar ‘asignación transitoria de sexo?’”⁴⁸

Respecto de las reflexiones y conclusiones del doctor Mario Varela, solo queda añadir que así como cabe la posibilidad de que el niño, niña o adolescente entregue su consentimiento informado, también puede ocurrir lo contrario, queriendo mantener su cuerpo intacto y libre de toda intervención médica. Sobre esto es fundamental revisar el punto que sigue sobre la legislación internacional de los DDHH en la materia.

47 *Ibíd.*

48 *Ibíd.*

2. LA INTERSEXUALIDAD DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La intersexualidad no es un tema desconocido desde la perspectiva histórica o médica, sin embargo, es una temática “emergente” desde la perspectiva de los DDHH, lo que explica por qué solo en los últimos años han aparecido alusiones explícitas sobre esta materia en el sistema internacional de promoción y protección de derechos humanos. Esto, principalmente, a partir del nacimiento del activismo intersex en los años 90.

2.1. Sistema Universal

Las pocas menciones explícitas a la situación de las personas intersex han emanado –en su mayoría– del Sistema Universal de Derechos Humanos, principalmente de órganos de tratados, y son bastante recientes. La primera a destacar proviene de las observaciones finales del Comité contra la Tortura⁴⁹ sobre el quinto informe periódico de Alemania,⁵⁰ en las que dicho órgano dedica un artículo especial a este tema, titulado “Personas intersexuales”. El Comité se refiere a la temática como “prácticas de alteración quirúrgica sistemática de los niños nacidos con órganos sexuales que no se pueden clasificar de masculinos o femeninos” –es decir, intersex– y manifiesta especial preocupación por la falta de investigación y de medidas reparatorias a los casos de gonadectomías, de tratamientos quirúrgicos en “órganos reproductivos” y de tratamientos hormonales de por vida, intervenciones realizadas sin mediar un consentimiento “efectivo e informado” de los niños o sus tutores.

Es por ello que el Comité entrega cuatro recomendaciones: 1) asegurar el consentimiento informado de las personas intersex ante estos tratamientos, supeditándolo al manejo de información completa, tanto verbal como escrita, sobre estos procedimientos, su justificación y la existencia de tratamientos alternativos; 2) investigar todos aquellos casos en donde no haya existido un consentimiento informado y emprender acciones legales tendientes a reparar a las víctimas, incluyendo indemnizaciones adecuadas; 3) capacitar al personal médico y psicológico en temas de diversidad sexual, biológica y física; y 4) informar a pacientes y padres sobre los efectos de las intervenciones quirúrgicas innecesarias y otros tratamientos médicos a las personas intersex.

Es destacable la mención que se hace sobre el consentimiento informado, el proceder médico “sistemático” sobre las personas intersex, y

49 Cuestionamientos similares han recibido Dinamarca, Hong Kong y China, en 2015, y Francia, en 2016, por parte del CAT.

50 CAT Alemania, 2011, párr. 20.

respecto a la necesidad de capacitar a quienes trabajan en los servicios de salud y de emprender acciones legales a este respecto. Emergen, asimismo, dos consideraciones primordiales que no hay que perder de vista. La primera de ellas es que se trata este tema de forma muy clara en el marco de un Comité que se especializa en la tortura, lo que en cierta forma da a entender que los abusos de los que son objeto las personas intersex pueden ser considerados bajo ese concepto, o al menos, como un trato cruel, inhumano o degradante. La segunda consideración, es que se reconocen de forma explícita la diversidad sexual, junto a la biológica y física y, también, la necesidad de educar y formar sobre ellas. Esta última consideración tiene el poder de resumir prácticamente toda la lucha del activismo intersex.

Posteriormente, en las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, sobre los informes periódicos segundo al cuarto combinados de Suiza, se menciona a las personas intersex bajo dos títulos. El primero está referido a la “no discriminación”, donde solo se nombra de paso a las personas intersex, manifestando preocupación sobre las “expresiones de odio” en contra suya y de la población LGBT, y enfatizando las repercusiones sobre los niños que forman parte de estas categorías.⁵¹ El segundo alude a las “prácticas nocivas”. En este aspecto el Comité celebra la disposición del derecho penal suizo que prohíbe la mutilación genital, pese a lo cual manifiesta profunda preocupación sobre “el número significativo de niñas que han sufrido o corren el riesgo de sufrir mutilación genital”⁵² en dicho Estado y sobre “las intervenciones quirúrgicas u otro tipo de procedimientos innecesarios desde el punto de vista médico a que han sido sometidos niños intersexuales sin su consentimiento informado, que a menudo conllevan consecuencias irreversibles y pueden provocar un sufrimiento físico y psicológico agudo, y la falta de reparación en esos casos”.⁵³

En base a estas consideraciones el Comité recomienda que “ninguna persona sea sometida a intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos innecesarios en la infancia o la niñez, garantice la integridad corporal, la autonomía y la libre determinación de estos niños, y proporcione a las familias con niños intersexuales un asesoramiento y apoyo adecuados”.⁵⁴ Pese a que este documento no cita en ninguna parte las observaciones hechas hace cuatro años por el Comité contra la Tortura, rescata observaciones similares en torno al consentimiento informado y la necesidad de reparar a quienes ya han sido víctimas de estos tratamientos. Resulta primordial destacar lo enfático que es el Comité al referirse a procedimientos médicos innecesarios en la infancia o la

51 CRC Suiza, 2015, párr. 24.

52 *Ibíd.*, párr. 42 letra a.

53 *Ibíd.*, párr. 42 letra b.

54 *Ibíd.*, 10.

niñez, la recomendación de que nadie sea sometido a ellos, y de que se apoye/asesore a sus familias. También cuando plantea la necesidad de garantizar “la integridad corporal, la autonomía y la libre determinación”, frase útil a la hora de rastrear los derechos que están en juego en torno a estos procedimientos médicos, y de ir construyendo una especie de estándar de protección de las personas intersex.

La última alusión expresa a la temática, del 2015, proviene del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad y corresponde a las Observaciones finales de dicho órgano sobre el informe inicial de Alemania. El título bajo el cual se habla de las personas intersex es “La protección de la integridad de la persona”, texto donde se enuncia la preocupación por la falta de información sobre internamiento y tratamiento involuntario, las esterilizaciones forzadas y abortos coercitivos, y la falta de aplicación de las recomendaciones formuladas por el Comité contra la Tortura en 2011 en relación a “la integridad física de los niños intersex”.⁵⁵

Por estos motivos el Comité recomienda tomar las medidas necesarias para prohibir explícitamente la esterilización sin consentimiento pleno e informado, y eliminar toda excepción, incluyendo el consentimiento sustituto o aprobado por un tribunal,⁵⁶ garantizar el consentimiento informado en el contexto de los tratamientos psiquiátricos,⁵⁷ e implementar las recomendaciones del Comité contra la Tortura (2011). De esta forma el Comité reafirma la necesidad del consentimiento informado en estos contextos e introduce, al hablar de intersexualidad, la realidad de las esterilizaciones forzadas tan comunes en las personas intersex. Asimismo, se incorporan algunas nociones nuevas como el aborto de los fetos intersex –tema enmarcado en las nuevas técnicas prenatales de tratamiento de la intersexualidad, que son denunciadas por el activismo intersex–, pero en las cuales no se ahondará en este capítulo por la enorme complejidad que suponen y por exceder los objetivos de este artículo (tendiente a tratar “lo más urgente”) y que quedan como un desafío para trabajos futuros.

Las tres instancias anteriores son claves (CAT, 2011; CRC, 2015; CRPD, 2015) y testimonian una tendencia *in crescendo*. Hasta ahora la alusión a la temática intersex de los órganos de tratado ha estado principalmente dirigida a dos países germanoparlantes (Alemania y Suiza) lo que guarda relación con el fuerte activismo intersex con que cuentan, y también con el rol del Consejo Alemán de Ética Biomédica (cuyas apreciaciones fueron consideradas por el CAT en 2011) y

55 CRPD Alemania, 2015, párr. 37.

56 *Ibid.*, párr. 38 letra a.

57 *Ibid.*, párr. 38 letra b.

de la Comisión Nacional Consultiva Suiza de Ética Biomédica (cuyas apreciaciones fueron consideradas por el CRC en 2015).⁵⁸

El lenguaje reproducido en estos instrumentos de Naciones Unidas, confirma las denuncias intersex, así como lo hiciera la máxima autoridad de la ONU en el área de DDHH –la Alta Comisionada Navanethem Pillay– hace algunos años, en su informe sobre “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” (2011), presentado ante el Consejo de Derechos Humanos. En ese documento aseveró que “los niños intersexos, que nacen con atributos sexuales atípicos, suelen ser víctimas de discriminación y se los suele someter a intervenciones quirúrgicas innecesarias desde el punto de vista médico, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, en un intento de fijar su sexo”.⁵⁹ Una actualización de este informe ha sido publicada el 4 de mayo del año en curso.⁶⁰ En ella se ahonda mucho más en la situación intersex y se muestran ciertas directrices sobre cómo será tratado este tema de aquí en adelante. Se utiliza continuamente la expresión “LGBT e intersexuales”, remarcando que estas últimas pueden tener “cualquier orientación sexual o identidad de género” (nota pie 3); se reitera que los Estados están obligados a resguardar los DDHH de las personas intersex y a protegerlas de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en diversos entornos, como el médico, y que si un funcionario público participa de esta clase de actos o no los previene, es el Estado el responsable. Se enumeran también en esta actualización del Informe de Pillay, algunas prácticas médicas que los mecanismos de la ONU condenan, tales como: exámenes genitales forzados, la esterilización involuntaria, “así como los procedimientos quirúrgicos y tratamientos innecesarios desde el punto de vista médico practicados en niños intersexuales”⁶¹ y que pueden vulnerar la prohibición de la

58 Estos hechos, y el trabajo de años, han generado amplios debates en ambos Estados (Deutsche Welle, 2012; Swiss Info, 2013) y han resultado en el reciente reconocimiento legal de un “tercer sexo” o “sexo indeterminado” en Alemania, difundido y celebrado en la prensa por lo que genera mediáticamente hablando (BBC Mundo, 2013). Sin embargo, se reporta que el activismo intersex de dicho país no está conforme con esta medida –entre otras muchas razones– porque ha generado que los padres quieran con más ímpetu operar a sus hijos para que legalmente quepan en las categorías hombre o mujer, o sea, precisamente lo contrario a lo que se buscaba, y que somete a los intersex a un mayor riesgo de discriminación (Viloría, OII USA, 2013). La Comisión Suiza mencionada propugna más bien la idea de que el sexo registral se pueda cambiar sin trámites burocráticos en las instancias correspondientes (Swiss Info, 2013).

59 En este contexto, la Comisionada cita el documento de Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el examen de los informes quinto y sexto combinados de Costa Rica (2011), donde se menciona la preocupación sobre las “mujeres lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexos”, en relación a su acceso a servicios como la salud y la información recibida por el Comité sobre abusos y maltratos en dicha área (CEDAW, 2011, párr. 40).

60 AGNU, 2015.

61 *Ibid.*, párr. 14.

tortura y los malos tratos”.⁶² Aún más: se señala que estos tratamientos quirúrgicos médicamente innecesarios pretenden forzar un cuerpo a que coincida con “estereotipos sexuales binarios” y que además de su irreversibilidad “pueden provocar un gran sufrimiento físico y psíquico a largo plazo”.⁶³ Entre los progresos se reconoce a Australia por prohibir la discriminación contra las personas intersex y en forma especial a Malta por ser el primer Estado en prohibir estos tratamientos en niños sin su consentimiento informado. Por último, se llama abiertamente a prohibir los tratamientos médicamente innecesarios en niños intersex, a que se tomen medidas legislativas para prohibir la discriminación contra estas personas y a sensibilizar a los prestadores de servicios de salud sobre las necesidades de las personas intersex.

Pasando a la dimensión de los Procedimientos Especiales, es menester mencionar dos documentos. El primero de ellos, es el Informe del Relator Especial sobre derecho a la salud, Anand Grover, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2009),⁶⁴ que menciona brevemente a las personas intersexuales, pero lo hace con bastante precisión. En primer lugar, se establece en su párrafo 46 que “algunos grupos precisan que se les dedique especial atención en lo relativo a la protección del consentimiento informado” y se citan los principios 17 y 18 de los Principios de Yogyakarta, que ponen en relieve la importancia de “salvaguardar el consentimiento informado de las minorías sexuales”. El experto indica que los prestadores de servicios de salud deben conocer las necesidades particulares de las personas intersex, entre otras, y “adaptarse a ellas”, y en el párrafo 49 es aún más categórico al sentenciar que “los proveedores de servicios de salud deben esforzarse en aplazar las intervenciones invasivas e irreversibles que no sean urgentes hasta que el niño tenga madurez suficiente para otorgar su consentimiento informado”. Esta afirmación se complementa con una nota a pie de página en la que señala su preocupación específica por la cirugía genital practicada a los niños intersex, la cual es definida como un tratamiento “doloroso y de elevado riesgo sin beneficios médicos demostrados”.

El segundo documento corresponde al Informe del Relator Especial Juan Méndez sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2013),⁶⁵ el que hace eco del informe de Grover y del de la Comisionada Pillay, para finalizar recomendando que los Estados prohíban la práctica de “tratamientos irreversibles e intrusivos, como la cirugía reconstructiva urogenital obligatoria, la esterilización

62 *Ibid.*, párr. 38.

63 *Ibid.*, párr. 53.

64 AGNU, 2009.

65 AGNU, 2013.

involuntaria, la experimentación contraria a la ética, [...] si se aplican sin el consentimiento libre e informado del paciente”.⁶⁶

Aprovechando la referencia que hiciera el Relator Grover, diremos que los Principios de Yogyakarta (2007) –parte integrante del *soft law*– contribuyen con el derecho internacional de los DDHH en tanto lo ayudan a interpretar la aplicación de los instrumentos de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, y si bien solo menciona en una ocasión (en su preámbulo) a las personas intersex para reconocerlas dentro del grupo de aquellos que históricamente han sufrido violaciones a sus derechos humanos, nos entrega dos principios fundamentales que son los que ya anunciaba Grover. El principio 17, sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” que tienen todos sin discriminación, en el que se reconoce como parte fundamental a la salud sexual y reproductiva, se reafirma el derecho de acceso a las historias clínicas, las que además deben tratarse con confidencialidad, el derecho a la autonomía y a un consentimiento “genuinamente informado”, entre otros. Y el principio 18, sobre la “protección contra los abusos médicos”, en donde se establece que nadie ha de ser obligado a someterse a tratamientos médicos o psicológicos en razón de su orientación sexual o identidad de género, que se debe garantizar el pleno resguardo contra procedimientos médicos dañinos asentados en “orientación sexual o la identidad de género, incluso en estereotipos, ya sea derivados de la cultura o de otra fuente, en cuanto a la conducta, la apariencia física o las que se perciben como normas en cuanto al género”. También se especifica que ningún niño o niña debe ser objeto de procedimientos irreversibles que busquen imponer una identidad de género sin su consentimiento “pleno, libre e informado”, en concordancia a su madurez y basándose en el interés superior. En suma, se insta a proteger a niños y niñas de cualquier eventual abuso médico.

Finalmente, hay que resaltar un hecho histórico, inédito y muy sobresaliente. En 2015, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó un informe sobre “Buenas prácticas y principales dificultades en la prevención y eliminación de la mutilación genital femenina” en la que se incluyó por primera vez la situación de niñas y niños intersex de cara a las cirugías cosméticas médicamente innecesarias y sus efectos perjudiciales.⁶⁷ Esto prueba que las denuncias, y el trabajo de la sociedad civil, han sido oídas y han dado frutos. El 22 de junio de 2015, en el contexto de la 29ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, el activismo intersex –a través de la activista intersex costarricense Natasha Jiménez– ha presentado una declaración dando las gracias al Alto Comisionado por este hecho.

66 *Ibíd.*, párr. 88.

67 HRC, 2015.

2.2. Sistemas Regionales

Partiremos citando un estudio elaborado por la CIDH (2012) en cumplimiento de una resolución de la Asamblea General de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, adoptada en 2011. Tal estudio se titula “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes” y en él se trata a las personas intersex como parte de las “minorías sexuales” en la sigla “LGTBI” (Lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales). La importancia de este documento radica en que visibiliza esta realidad y entrega una definición de “personas intersex” (usada en el primer párrafo de este capítulo). Un año después de su publicación terminaba el 147° período de sesiones de la Comisión, en el transcurso de la cual se había oído a tres personas intersex (Mauro Cabral de Argentina, Natasha Jiménez de Costa Rica, Pidgeon Pagonis de los Estados Unidos) y a una académica con más de diez años de experiencia en el tema (Paula Machado de Brasil). Esto llevó a que la CIDH emitiera un comunicado en el que toma nota de los abusos cometidos contra las personas intersex (los tratamientos, sus razones, sus nefastas consecuencias y la falta de consentimiento), y llama a los Estados a tomar “medidas urgentes” colocando especial atención en los menores de dieciocho años “a la luz del derecho de toda persona a la integridad personal, la dignidad, la privacidad, la identidad, la autonomía, el acceso a la información, los derechos sexuales y reproductivos y la salud”.⁶⁸ En el anexo del comunicado culmine del 147° período de sesiones, se califican los estándares de tratamiento de las personas intersex como “violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos”.⁶⁹ Para contribuir a acabar con esta situación, este órgano crea una Relatoría sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género que por primera vez incorpora la categoría “diversidad corporal”, en clara atención a las personas intersex.⁷⁰ Posteriormente, el 13 de mayo del presente, se emite un nuevo comunicado en el que se reafirma lo expuesto en 2013 pero agregando una consideración que no podemos perder de vista: que estos tratamientos “podrían constituir una forma de tortura o maltrato”.⁷¹

A continuación, revisaremos los aportes del Sistema Europeo desarrollado al alero del Consejo de Europa (en adelante, CdeE), y consideraremos como principales componentes –en atención a nuestro contexto– a la Asamblea Parlamentaria y al Comisario del Consejo de Europa para los derechos humanos (en adelante CdeE), elegido por esa

68 CIDH, 2013.

69 *Ibid.*

70 *Ibid.*

71 CIDH, 2015.

Asamblea cada seis años. Hay tres aportes claves sobre la intersexualidad que provienen de estas organizaciones.

En primer lugar, y recordando que nos encontramos en el contexto del *soft law*, tenemos que citar la Resolución 1952 (2013) de la Asamblea Parlamentaria del CdeE sobre el derecho de los niños a la integridad física. A dicha instancia le preocupa mucho una categoría de violación de esa integridad, que tiende a ser presentada por sus partidarios como beneficiosa para los niños pese a existir clara evidencia de lo contrario. Entre este tipo de violaciones a la integridad de los niños se encuentran la mutilación genital femenina, las intervenciones médicas en la temprana infancia de los niños intersex y la sumisión de niños a cirugías plásticas, *inter alia*. La resolución recuerda las disposiciones sobre el interés superior del niño como una consideración primordial y promueve la toma de medidas en pos de la protección de los niños contra toda forma de violencia física o mental mientras estén bajo la custodia de alguien. La Asamblea reconoce que, pese a sus esfuerzos para acabar con la violencia hacia los niños, jamás había considerado hasta ese momento la categoría de las violaciones a la integridad física a través de intervenciones médicamente innecesarias y que pueden tener efectos de larga duración en sus vidas.⁷² A raíz de lo expuesto se entregan recomendaciones, entre las que destacan: examinar la frecuencia de este tipo de intervenciones y las prácticas a su alrededor y analizarlas a la luz del interés superior del niño; sensibilizar sobre esta situación especialmente en aquellos lugares donde se pueda transmitir mejor la información a la familia (por ejemplo, el médico); capacitar sobre los riesgos y tratamientos alternativos, dar inicio a un debate público en aras de alcanzar un consenso sobre los derechos de protección del niño contra las violaciones a su integridad física en concordancia con los estándares de derechos humanos; condenar públicamente las prácticas más dañinas y prohibirlas jurídicamente; asegurar que los niños intersex no serán objeto de tratamientos médicos injustificados basados en lo cosmético más que en cuestiones de salud en la infancia o la niñez; garantizar su integridad corporal, autonomía y autodeterminación y proveer a sus familias de apoyo y asesoramiento idóneos. Finalmente, se exhorta a crear conciencia sobre la necesidad de asegurar la participación de los niños en aquellas decisiones que envuelvan su integridad física, y adoptar normas que prohíban la práctica de algunas operaciones hasta que el niño tenga edad suficiente para ser consultado.

En segundo lugar, en 2014, la máxima autoridad en derechos humanos del CdeE –Nils Muižnieks– publicó un Comunicado que tituló “*A boy or a girl or a person - intersex people lack recognition in Europe*” [Un niño una niña o una persona - las personas intersex no tienen

72 Consejo de Europa, 2013. Ver en: <http://semantic-pace.net/>

reconocimiento en Europa]. Entre los puntos destacables de este comunicado, encontramos que: 1) los padres están mal informados, los médicos proponen cirugías “correctivas” rápidas para “normalizar” el sexo del niño, que son cosméticas más que médicamente necesarias, lo que redundaría en asignaciones de sexo irreversibles y esterilizaciones sin el consentimiento informado parental y, aún más importante, sin el consentimiento de los niños, quienes usualmente sufren traumas y humillaciones, producto también de los largos y complicados post-operatorios. Falta transparencia de los servicios médicos sobre estadísticas de las operaciones, e incluso las personas tratadas tienen dificultades para obtener sus historiales médicos. 2) Estos tratamientos vulneran los derechos a la autodeterminación y la integridad física. Resulta claro que los bebés no pueden dar su consentimiento y el que dan los padres no es libre e informado, ergo, no considera el interés superior de niño. 3) El niño y sus padres requieren orientación y apoyo adecuados, labor en la que los defensores de las personas intersex de la sociedad civil deberían tener la oportunidad de participar, informando a las familias y a los profesionales médicos y sociales. Se requiere capacitación de los servicios sociales y de salud en intersexualidad desde la perspectiva de los derechos humanos. 4) Se necesita sensibilizar sobre el tema, y se destaca como un avance positivo la inclusión de la categoría intersex en la legislación australiana sobre discriminación, en tanto herramienta poderosa para fomentar la igualdad de estas personas respecto del resto.⁷³

En tercer lugar, tenemos que referir a un documento temático de muy reciente publicación titulado “Derechos humanos y personas intersex” (2015), cuya elaboración ha estado a cargo del mismo Comisario Muižnieks, que contiene recomendaciones notables como, por ejemplo: poner fin a los tratamientos “normalizantes” médicamente innecesarios practicados sin el consentimiento libre y completamente informado del individuo en cuestión; los eventuales tratamientos de asignación sexual deben llevarse a cabo cuando su destinatario esté en condiciones de expresar dicho consentimiento; los intersex y sus familias deben recibir apoyo y asesoramiento interdisciplinario, incluyendo ayuda entre pares (esto es, personas en la misma situación), y completo acceso a sus historiales médicos; las clasificaciones médicas nacionales e internacionales que patologizan las variaciones de las características sexuales deben ser sometidas a examen con miras a respetar los derechos humanos, particularmente el derecho al nivel más alto de salud posible; se debe respetar el derecho a la libre determinación, además de sensibilizar a la opinión pública y a los profesionales ligados a la atención de las personas intersex. También recomienda que las personas intersex y sus defensores tengan la oportunidad de participar

73 Consejo de Europa, 2014.

de las instancias de formación y capacitación, así como del desarrollo de medidas con el propósito de asegurar el pleno goce de sus derechos humanos. Además, se llama a investigar, reconocer públicamente y subsanar las violaciones a los derechos humanos de las que han sido, históricamente, víctimas las personas intersex. Debe haber garantías legales y de control judicial que aseguren el respeto de sus derechos humanos.⁷⁴ Finalmente, debemos precisar que este informe apunta a que los derechos humanos que están fundamentalmente en juego en esta temática son: el derecho a la vida, a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes,⁷⁵ al respeto de la vida privada,⁷⁶ el derecho a la salud⁷⁷ y los derechos del niño.⁷⁸

2.3. Creciente preocupación de organismos internacionales de derechos humanos respecto a situación de personas intersex en Chile

El martes 8 de julio de 2014, en el marco del sexto informe periódico de Chile ante el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, dicho órgano de tratado preguntó a la delegación chilena si “el Ministerio de Salud ha establecido un protocolo para asegurar que los niños intersex no sean sometidos a la mutilación y si el Ministerio de Educación tiene un protocolo para la integración de niños de diferentes sexualidades y géneros”.⁷⁹

En abril de 2015, el Comité sobre los Derechos del Niño publica su lista de cuestiones previas relativa a los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, entrega que se llevó a cabo entre el 14 de septiembre y el 2 de octubre de 2015. En esa publicación el Comité solicita al Estado chileno “proporcionar información sobre las medidas adoptadas para evitar que los niños intersex sean sometidos a intervenciones quirúrgicas innecesarias sin su consentimiento”.⁸⁰

Por otra parte, en junio del año en curso, Chile (a través del representante del Consejo Nacional de la Infancia) reconoce ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que el Estado chileno no posee cifras sobre el número de nacimientos intersex y que está trabajando en un protocolo de atención a NNA intersex.⁸¹

En el transcurso del segundo semestre de 2015, el Comité de Derechos del Niño emite sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile refiriéndose a la intersexualidad bajo los títulos de “no discriminación”, “derecho a la identidad” y

74 Consejo de Europa, 2015, pp. 9-10.

75 *Ibid.*, p. 30.

76 *Ibid.*, p. 31.

77 *Ibid.*, p. 32.

78 *Ibid.*, p. 33.

79 Human Rights Committee. *Summary record of the 3069th meeting*, CCPR/C/SR.3069 (2014).

80 Comité de los Derechos del Niño. Lista de cuestiones relativa a los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, 70° período de sesiones, CRC/C/CHL/Q/4-5 (2015).

81 *Camilo Godoy, op. cit.*, cap. IV.

“prácticas nocivas”. La principal recomendación al Estado, en el marco de la atención en salud de NNA intersex, fue la siguiente:

“Acelere el desarrollo y la aplicación de un protocolo de atención de la salud basado en los derechos para los niños intersexo, en el que se establezcan los procedimientos y los pasos que deben seguir los equipos sanitarios para que ninguna persona sea sometida a intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos innecesarios en la infancia o la niñez; se proteja el derecho de estos niños a la integridad física y mental, la autonomía y la libre determinación; se ofrezcan a los niños intersexo y a sus familiares apoyo y asesoramiento adecuados, también de personas en su misma situación; y se aseguren recursos efectivos a las víctimas, incluidas medidas de reparación e indemnizaciones”.⁸²

Finalmente, entre el 31 de marzo y el 1 de abril de 2016, se lleva a cabo el examen de Chile ante el Comité de las Naciones Unidas que vigila el cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del que emana lo siguiente: “El Comité solicita al Estado Parte revisar la Ley 20.584 y el Decreto 570, garantizando sin excepción el consentimiento libre e informado de personas, incluyendo a aquellas declaradas interdictas, como requisito indispensable para toda intervención quirúrgica o tratamiento médico, particularmente los de carácter invasivo y aquellos con efectos irreversibles tales como la esterilización y las cirugías a niños y niñas intersex. Lo anterior, en el marco del artículo 17 de la Convención, sobre ‘Protección de la integridad personal’”⁸³.

3. LA REALIDAD INTERSEX EN CHILE

3.1. Cifras de intersexualidad

El Ministerio de Salud no posee cifras oficiales/públicas respecto del número y/o frecuencia de nacimientos intersex en Chile. A esto se suma el enorme desconocimiento y el secretismo en torno a la temática y su tratamiento que hay en el país. Sin embargo, de acuerdo a un artículo publicado por la Revista Médica de Chile en 2001: “la tasa de prevalencia al nacimiento de los genitales ambiguos en los recién nacidos en la Maternidad del Hospital Clínico de la Universidad de Chile en los últimos 18 años es de 4,7 por 10.000 nacimientos. Esta tasa es superior a la encontrada en otras maternidades del país. En el mismo período, el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción tiene 1,9 por 10.000 nacidos vivos, el Hospital Gustavo Fricke en Viña y

82 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2015.

83 Comité Personas con Discapacidad, *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Chile*, CRPD/C/CHL/CO/1, 2016.

el Hospital Naval de Valparaíso registran una prevalencia de 0,9 por 10.000 nacimientos y el Hospital Regional de Valdivia informa una tasa de 2,6 por 10.000”.⁸⁴

Asimismo, el 2007, un artículo de la Revista Chilena de Pediatría hace eco de esta información, indicando que “datos nacionales señalan cifras de prevalencia entre 0,9 y 4,7 por 10.000 RNV”.⁸⁵

Por su parte, el Dr. Ronald Youlton Rivadeneira afirma que: “según el ECLAMC (Estudio Colaborativo Latino Americano de Malformaciones Congénitas), en una muestra de más de un millón seiscientos mil nacimientos, la tasa de genitales ambiguos es de 2,1 por 10.000 nacimientos. El Hospital Clínico de la Universidad de Chile en una muestra de 61.500 nacimientos da una tasa de 4,9 por 10.000 y el total de hospitales del ECLAMC de Chile, en una muestra de más de 350.000 nacimientos, tiene una tasa promedio alrededor de 2 por 10.000, con un rango entre 0 y 4,9 por diez mil. Otro hospital con tasa alta es el de Puerto Montt, 4,6 por 10.000”.⁸⁶ Igualmente, añade que: “la incidencia real de estas anomalías es aún superior a las cifras mencionadas, ya que ellas son en recién nacidos, y hay patologías frecuentes, como insensibilidad a los andrógenos, que pueden pasar inadvertidas en el período neonatal”.⁸⁷

Ahora bien, una de las cifras más citadas y respaldadas es la que brinda la Doctora Anne Fausto-Sterling, profesora emérita de biología y estudios de género de la Universidad Brown, quien concluye que la frecuencia de la intersexualidad corresponde al 1,7% de todos los nacimientos,^{88 89} subrayando que esta cifra “debe tomarse solo como un orden de magnitud y no como una estimación precisa” y que la “intersexualidad no se distribuye uniformemente en el mundo” (por ejemplo, el gen de la hiperplasia adrenocortical congénita está presente en dosis doble en 3,5 por mil de los recién nacidos de la etnia esquimal yupik, mientras que solo 5 neozelandeses por millón expresan el rasgo).⁹⁰ Es oportuno añadir, también, que algunos autores señalan que aproximadamente de 1 en 1.500 a 1 en 2.000 nacimientos, involucran

84 María Eugenia Hübner, Julio Nazer y otros, “Sexo ambiguo: prevalencia al nacimiento en la maternidad del Hospital Clínico de la Universidad de Chile”, *Revista Médica de Chile*, vol. 129, n. 5, 2001.

85 Francisca Ugarte y Carolina Sepúlveda, “Estudio del recién nacido con ambigüedad genital y gónadas palpables”, *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 78, n. 6, 2007, p. 579.

86 María Eugenia Hübner, Rodrigo Ramírez y otros, editores, *Malformaciones Congénitas: diagnóstico y manejo neonatal*. Santiago, Editorial Universitaria, 2005, pp. 1-321.

87 *Ibíd.*

88 Melanie Blackless, Anthony Charuvastra y otros, “How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis”, *American Journal of Human Biology* 12, 2000, pp. 161-166.

89 Anne Fausto-Sterling, *Cuerpos Sexuados: La política de género y la construcción de la sexualidad*. Madrid, Editorial Melusina, 2006, p. 74.

90 *Ibíd.*

a un bebé con genitales visiblemente “atípicos”,^{91 92} esto es, la intersexualidad evidente al momento de nacer.

En suma, la discrepancia entre las estadísticas dice relación con las diferentes opiniones médicas respecto de lo que constituye un caso de intersexualidad o no, y además porque no todas las condiciones intersex son identificadas al momento de nacer. Sin embargo, queda en evidencia que la intersexualidad es más común de lo que se piensa y para graficar aquello se ha de indicar que estas cifras son mayores que los casos de fibrosis quística, síndrome de Down y albinismo,^{93 94 95} y casi tan comunes como el cabello rojo.⁹⁶

3.2. Benjamín-Maricarmen: un caso de intersexualidad emblemático en Chile⁹⁷

Es el caso de un niño que nació el 10 de abril de 1993 en el Hospital de Talca. En el momento del parto se le informa a la madre que se trata de un varón, sin embargo, al otro día la matrona señala “que la niña era tan pequeña que no se podía ver con claridad el sexo, pero es una mujercita”.⁹⁸

El 3 de junio del mismo año los doctores notan que a la altura de su ingle el bebé tenía dos bultos, uno en cada pared abdominal. “Son hernias inguinales bilaterales y hay que operarlas”, les explicaron a los padres. La cirugía se concretó cinco días después, el 8 de junio de 1993, pero la hernioplastia tardó más de lo esperado ya que al abrir el abdomen bajo para ingresar un instrumento óptico y mirar el estado de las hernias, los médicos hallaron dos testículos que no se habían desarrollado.

El equipo médico concordó en que se trataba de un bebé intersex y que la apariencia (fenotipo) de los genitales exteriores del bebé parecían los de una mujer y, en base a ese hallazgo, decidió extirparle los testículos y su sistema reproductor masculino (conductos deferentes, epidídimo) sin practicar ningún examen previo ni informar de la duda a los padres. Se le asignó, entonces, el sexo femenino.

El padre del niño, afirma que le “explicaron que todos los bebés que nacen con este problema finalmente se quedan como niñas porque como hombres no tendrían una sexualidad plena, que el pene no les crece lo suficiente y que criarla como niña era mejor”.⁹⁹

91 Aracelis Escabí-Montalvo y José Toro-Alfonso, “Cuando los cuerpos engañan: un acercamiento crítico a la categoría de la intersexualidad”, *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 6, n. 3, 2006, p. 756.

92 Julie Greenberg, “Health Care Issues Affecting People with an Intersex Condition or DSD: Sex or Disability Discrimination?”, *Loyola of Los Angeles Law Review* 849, 2012, p. 855.

93 Escabí-Montalvo, op. cit., pp. 756-757.

94 Fausto-Sterling, op. cit., p. 73.

95 La Corporación Albinos Chile informa que 1 de cada 17.000 personas es albina.

96 OII Australia, *How common are intersex people?*, 2012.

97 *Revista Paula*: “Identidad Forzada”, 20 de junio de 2013.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*

Así, el 11 de junio de 1993 la bebé es dada de alta y su madre recibe la instrucción de volver a controlarla en el hospital cuando iniciase la pubertad para someterla a un tratamiento hormonal. Esto, según le dijeron, la ayudaría a desarrollarse igual que sus pares. No obstante aquello, la niña jamás se sintió cómoda con el sexo femenino asignado. Era tal su malestar que a los 10 años la niña afirmó que “se sentía hombre”. En ese contexto, un médico sugeriría hacer una ecografía genital y un cariógrama, y el día 8 de octubre de 2003 los resultados del examen mostrarían que la composición cromosomática de Maricarmen, nombre que le habían colocado sus padres, era 46 XY.

El 12 de agosto de 2005, la madre se querrela contra el Servicio de Salud del Maule,^{100 101} la demanda por daños y perjuicios se inició en el 4° Juzgado de Letras de Talca, pero terminó escalando hasta la Corte Suprema. El 14 de noviembre de 2012 la Corte condenó al Servicio de Salud del Maule por “falta de servicio” y a pagar una indemnización de 100 millones de pesos por los daños morales y psicológicos ocasionados al menor, llamado ahora Benjamín, y otros 5 millones para cada uno de los padres.¹⁰² El fallo establece que el hospital debió hacer exámenes que les permitieran a los padres y a la víctima “decidir acerca de la extirpación de dichos órganos y la condición de hombre o mujer con la que enfrentaría la vida y a la sociedad”.¹⁰³

Al ser consultado Benjamín sobre la posibilidad de realizarse una faloplastia con el dinero de la indemnización su respuesta es: “No confío en los médicos. Por lo menos no lo haría en Chile. Hace dos meses comencé a inyectarme testosterona porque no tengo testículos que la produzcan; fue una decisión que me costó, porque le tomé fobia a las agujas. Me he sentido invadido por médicos toda la vida. Quizá, en tres años más. Hoy solo quiero llevar una vida normal”.¹⁰⁴

El caso anterior grafica las terribles consecuencias que han llegado a tener los estándares médicos históricos sobre el manejo de la intersexualidad y si bien con el tiempo se ha ido tomando conciencia respecto de esta situación y procurando hacer cambios, los dogmas en torno al sexo y a la apariencia que hombres y mujeres “deben tener”, aún persisten. Tanto en la sentencia como en el tratamiento dado por la prensa, se abordó esta historia como un caso de negligencia médica puntual invisibilizando el hecho de que se trataba de una persona intersex que, al igual que sus pares, estaba expuesta a este tipo de violación

100 *Radio Cooperativa*: “Padres de menor diagnosticado con ‘sexo ambiguo’ demandaron a Hospital de Talca”, 16 de agosto de 2005.

101 *El Mercurio*: “Trágico caso de ‘sexo ambiguo’ queda al descubierto en Talca”, 16 de agosto de 2005.

102 *La Tercera*: “Condenan al H. de Talca por error al determinar sexo de bebé”, 24 de noviembre de 2012.

103 *Ibid.*

104 *Revista Paula*, op. cit.

de derechos humanos en cualquier servicio de salud del país al no contar el Estado con herramientas sólidas para reconocerla y protegerla.

3.3. Hacia un marco de protección en Chile

El primer elemento a considerar, en el plano de la protección, es la Constitución Política, instrumento fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, y en específico su artículo 5° en donde se establece que:

“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” (inc. 2).

A continuación, su artículo 19 asegura: “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona” (1°); “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” (4°); “la libertad de conciencia” (6°), “el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual” (7°) y “el derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud” (9°). Asimismo, el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet contempla que la nueva Constitución deberá incluir un catálogo de derechos entre los que se encuentra el “derecho a la vida, integridad física y psíquica”, asegurando, entre otras cosas, que ninguna persona pueda ser sometida a “torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes”. Y respecto de los niños, este documento programático indica que “se deben reconocer los derechos de los niños y niñas, de acuerdo a lo establecido en la Convención sobre Derechos del Niño [...] proteger al niño o niña contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental [...] Se requiere prohibir [...] cualquier tipo de violencia contra los niños y niñas, sea física o psíquica”.¹⁰⁵

Ahora bien, sabiendo que las violaciones a los derechos humanos de las personas intersex comienzan en el momento mismo del nacimiento y tienen lugar en el área de la salud, resulta fundamental recordar lo dispuesto por la Ley 20.584 que regula “los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud” (2012). Esta Ley también da testimonio del progresivo reconocimiento e importancia adquirido por el consentimiento informado de los pacientes en el ámbito de su atención en salud, respecto al cual establece que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud” y que “este derecho debe ser ejercido en

105 Programa de Gobierno Michelle Bachelet, pp. 30-31.

forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10” (art. 14). Dicho artículo 10, por su parte, consagra el derecho de todas las personas a ser informadas oportuna y comprensiblemente por el profesional tratante, sobre su salud, el diagnóstico, los tratamientos alternativos disponibles para su operación y de los riesgos que ello pueda representar “así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”. Cuando a juicio del profesional la condición de la persona no permita que se le entregue esa información directamente, ha de ser proporcionada a su representante legal o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Pero incluso en esas circunstancias, cuando el paciente esté recuperado debe recibir dicha información. Lo mismo debe suceder en las situaciones de urgencia o emergencia médica, entendiéndolas –según la ley establece– como “aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona” (art. 10).

La Ley 20.584 señala que normalmente el consentimiento informado se efectúa en forma verbal, pero cuando se trata de cirugías, procedimientos invasivos o que revistan un riesgo relevante y conocido para la salud del paciente, deberá constar por escrito en la ficha clínica del aludido. Cuando esto es efectivo y se cuenta con la firma del paciente en un documento explicativo del tratamiento que se realizará, se presume que este recibió toda la información pertinente. Por último, el artículo 15 reitera que no obstante lo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad cuando la vida de la persona esté en riesgo o pudiera haber secuelas funcionales graves de no ser tratado de forma inmediata e impostergable, y no se pueda contar con el consentimiento del paciente ni de su representante. Estas medidas se presentan “en orden a garantizar la protección de la vida” (inc. c).

Lo anterior proporciona elementos para argumentar que si una manifestación de la intersexualidad, como unos “genitales ambiguos” –en términos médicos–, no supone un riesgo vital para el recién nacido (en adelante, RN), ni generará secuelas funcionales graves (como si pudiera ser en el caso en que un RN nace sin un conducto para orinar), las intervenciones médicas invasivas, como las cirugías genitales, son ilegales en Chile.

Ahora, de acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud “la salud sexual es un proceso continuo de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad”,¹⁰⁶ situación reconocida

106 Jessie Schutt-Aine y Matilde Maddaleno, *Salud sexual y desarrollo de adolescentes y jóvenes en las Américas: Implicaciones en programas y políticas*, Organización Panamericana

por el Ministerio de Salud de Chile, cuyo Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo (2008) asevera que:

“La salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas a lo largo de su ciclo vital, se inicia en la niñez, se refuerza en la adolescencia, se ejerce en la vida adulta y sus consecuencias persisten en el período postreproductivo, y además de ello está centrada en las personas y en sus derechos y reconoce a las personas como sujetos activos que participan junto a las y los profesionales de salud en la búsqueda de una mejor calidad de vida para sí mismas, sus parejas y sus familias”.¹⁰⁷

Por consiguiente, según lo reconoce el organismo de salud más importante de nuestro país, es primordial resguardar los derechos sexuales y reproductivos de los NNA, pues las consecuencias de ese resguardo los acompañarán durante toda su vida.

Por último, entre los elementos útiles a efectos de construir un marco de protección a las personas intersex, especialmente NNA, se destaca la creación del Consejo Nacional de la Infancia, resaltando el hecho de que este organismo impulsa un cambio de paradigma pues tiene una mirada de los NNA como sujetos o titulares de derecho y, por ende, personas que deben participar en toda decisión que los involucre o afecte sus vidas.

3.4. Políticas públicas destinadas a las personas intersex en Chile

Hacia finales de 2015, existían solo dos políticas públicas en Chile que estaban –en parte– destinadas a proteger a las personas intersex. La primera corresponde a la Circular N° 21 del Ministerio de Salud –con fecha 14 de junio de 2012– que “reitera instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial”¹⁰⁸ y se ocupa básicamente de incentivar el respeto a la identidad de género de las personas trans e intersex, señalando que estas últimas “también pueden llegar a manifestar una situación similar, cuando el sexo genital, no se corresponde con la Identidad de Género que la persona va desarrollando”. Sin lugar a dudas el respeto a la identidad de género de las personas supone un enorme avance en el respeto de los derechos humanos, no obstante, esta Circular no trata el problema de fondo en torno a los protocolos imperantes de atención de personas intersex; solo alude al trato social que se les debe dar a la hora de requerir atención en un servicio de salud. Además, se refiere a personas intersex que ya están en condiciones de comunicarse y de manifestar su identidad de género. Ergo, esta política pública no contempla la invisibilizada realidad de las personas intersex –particularmente niños, niñas y

de la Salud, 2003, pp. 3-72.

107 Ministerio de Salud. *Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo*, 2008.

108 Este instrumento tiene como antecedente la Circular N° 34 del 13 de septiembre de 2011, que “instruye sobre la atención de personas trans y fortalecimiento de la estrategia de hospital amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial”.

adolescentes— al no pronunciarse sobre su derecho al consentimiento informado,¹⁰⁹ en el marco de los derechos de autonomía¹¹⁰ e integridad corporal.¹¹¹

La segunda política pública corresponde a la Circular N° 1297 del Servicio Médico Legal (en adelante, SML) del Ministerio de Justicia, que data del 9 de noviembre de 2012 e “Instruye cumplimiento de guía técnica pericial de sexología forense para casos de personas trans e intersex”. Este documento, al igual que el anterior, se refiere al respeto a la identidad de género de personas trans e intersex, pero además agrega una serie de indicaciones—que contemplan el respeto a los derechos humanos— para llevar a cabo pericias sexológicas de personas enviadas por magistrados a dicho SML en el contexto de una solicitud de rectificación del nombre, sexo o ambos, en sus partidas de nacimiento. Esta Circular también está destinada a personas adultas, por tanto, se encuentra lejos de tratar la problemática de fondo de las personas intersex en Chile.

Por último, el 22 de diciembre de 2015, se emite el primer instrumento público destinado a resguardar los derechos humanos de las personas intersex en Chile: la Circular 18 del Ministerio de Salud, que se describe más abajo.

3.5 Hechos relevantes 2015-2016

3.5.1. El proyecto de ley de sistema de garantías de derechos de la niñez

En septiembre de 2015, la Presidenta de la República envió al Congreso el proyecto de “Ley de Garantías de Derechos de la Niñez”, cuyo propósito es adaptar la legislación chilena a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, se ha incluido en dicho proyecto la categoría “características sexuales” bajo el artículo 8 sobre no discriminación, intentando, de esa manera, contribuir al resguardo de los derechos humanos de las personas intersex, especialmente de NNA.

Para el Consejo Nacional de la Infancia, organismo protagonista en la elaboración de este proyecto de ley, la temática intersex deviene parte de la agenda en materia de infancia, por lo que también en el transcurso del segundo semestre de 2015 se capacita en la materia.¹¹²

109 Garantizado por la ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), Ley 20.584, 2012.

110 La Constitución chilena establece que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1), y asegura a todas las personas: “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia” (art. 19, 4°) y “el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual” (art. 19, 7°), BCN, Constitución Política de la República de Chile, 1980.

111 *Ibid.*, El derecho a la integridad física y psíquica está garantizado en el marco del capítulo tercero (art. 19, 1°) sobre los derechos y deberes constitucionales de la Carta Fundamental chilena.

112 *Consejo Nacional de la Infancia*: “Consejo se capacita en el ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes intersexuales”, 4 de noviembre de 2015.

3.5.2. La Circular N° 18

El 22 de diciembre de 2015 el Ministerio de Salud de Chile emite la Circular N° 18 –firmada por la Subsecretaria de Redes Asistenciales (Doctora Gisela Alarcón) y el Subsecretario de Salud Pública (Dr. Jaime Burrows)– que “instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex”.

Este documento público es el primero en la historia de nuestro país en instruir de manera clara la suspensión de “los tratamientos innecesarios de ‘normalización’ de niños y niñas intersex, incluyendo cirugías genitales irreversibles hasta que tengan edad suficiente para decidir sobre sus cuerpos”. En segundo lugar, se solicita a cada Servicio de Salud de Chile que establezca una mesa de trabajo compuesta por especialistas (endocrinología, ginecología, psiquiatría, etc.) que sesione junto al Comité de Ética del servicio y determine la conducta a seguir en cada caso, que posteriormente pasará por una revisión final del Comité Central del Ministerio de Salud. Y en tercer lugar, se solicita mediante esta Circular nominar a un referente en cada Servicio de Salud que lidere la gestión y lleve el registro de casos.

En síntesis, no solo se llama a detener los tratamientos médicos innecesarios que buscan “normalizar” la apariencia de los NNA para ajustarla a lo esperado socialmente, sino que también se hace un llamado de atención a todos los profesionales del área de la salud informándoles que, de ahora en adelante, el tratamiento de estos casos no queda al arbitrio de un médico o de un equipo específico, sino del Ministerio de Salud en representación del Estado, que está atento a lo que pase con cada niño y niña intersex que nazca en Chile. En último lugar, se da inicio al registro de casos que permitirá, por fin, saber de cuantas personas intersex estamos hablando para así poder visibilizarlas y resguardarlas de mejor manera.

La creación de esta Circular recibe cobertura de prensa y apoyo del activismo intersex a nivel internacional y convierte a Chile en un país líder en el mundo. Si bien Malta es la primera nación del planeta en adoptar una legislación clara sobre el respeto a los derechos humanos de las personas intersex, el caso chileno es el primero en el mundo en adoptar una herramienta de protección concebida de manera oficial al alero del organismo de salud más importante del Estado.^{113 114 115 116 117}

113 *Washington Blade*: «Chilean officials oppose intersex children 'normalization' surgery», 11 de enero de 2016.

114 *OII Australia*: «Chilean Ministry of Health issues instructions stopping 'normalising' interventions on intersex children», 11 de enero de 2016.

115 *OII United States*: «Chilean officials oppose 'normalization' surgery for intersex children!», 10 de enero de 2016.

116 *Zwischengeschlecht*: «Chile > Ministry of Health Calls for Abolishing IGM Practices», 10 de enero de 2016.

117 *The Guardian*: «Is the world finally waking up to intersex rights?», 10 de febrero de 2016.

3.5.3. Constitución de Mesa de Expertos en Ministerio de Salud

El 28 de diciembre de 2015 se constituye en el Ministerio de Salud una Mesa de Expertos¹¹⁸ destinada a elaborar un protocolo de atención a NNA intersex, pretendiendo así dar cumplimiento a las recomendaciones recibidas por diversos Órganos de Tratado de las Naciones Unidas, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos del Niño.

3.5.4. Sentencia RIT P-598-2015: la justicia chilena reconoce la intersexualidad¹¹⁹

El 7 de marzo de 2016 la magistrada Susan Sepúlveda (Juzgado de Familia de Los Ángeles) dicta una sentencia histórica en lo que respecta al reconocimiento y protección de las personas intersex en Chile. Si bien el caso inicialmente versa sobre una medida de protección en favor de un niño de 4 años cuyo entorno familiar –particularmente su madre– venía siendo cuestionado en causas anteriores por no llevar a su hijo a controles médicos. La historia da un vuelco y la jueza en cuestión reconoce que se trata de un caso de intersexualidad, donde el niño había sido objeto de intervenciones quirúrgicas para “corregir” sus diferencias genitales “normalizando” su apariencia y que los derechos del niño intersex habían sido violados, situación que ninguno de los organismos que habían tenido incidencia en las sentencias anteriores, había reconocido. En este sentido, la sentencia establece que en virtud de la Circular 18 del Ministerio de Salud este caso debía ser analizado no solo desde la perspectiva médica (que ordenaba seguir interviniendo el niño) sino también con enfoque de derechos y género. Así es como la jueza analiza las obligaciones que tiene el Estado en relación a esta persona no solo como niño sino como niño intersex, citando así la Convención sobre los Derechos del Niño (en particular las recomendaciones recibidas por Chile en octubre de 2015), los Principios de Yogyakarta (ppio. 10 sobre tortura y ppio. 18 sobre protección contra abusos médicos) que Chile se comprometió a aplicar en el Examen Periódico Universal ante las Naciones Unidas en 2009. Además, cita diversos informes internacionales que llaman a respetar el consentimiento informado de NNA intersex, a criarlos como hombres o mujeres sin recurrir a las intervenciones de “normalización” y recordando la importancia de respetar la identidad de género de estas personas.

Así, se constata que los derechos del niño en cuestión fueron gravemente vulnerados por instituciones públicas, especialmente de salud, las cuales, incluso dos meses después de la emisión de la Circular 18 por

118 El autor del presente capítulo del *Informe 2016*, ha sido invitado a exponer sobre intersexualidad desde la perspectiva de los DDHH y a formar parte de esta Mesa.

119 El autor del presente capítulo del *Informe* ha tenido autorización para revisar esta sentencia en tanto capacitó al Tribunal en el marco de este caso.

parte del Ministerio del ramo, manifiestan a la magistrada que se debe operar al niño y no se pronuncian sobre si la no realización de tales cirugías podrían poner en riesgo la vida del infante. Otra institución cuestionada es el Servicio Nacional de Menores que, a través del DAM CODENI,¹²⁰ presentó un informe acusando a la madre de negligencia por no llevar a su hijo a someterse a las intervenciones quirúrgicas ordenadas por un servicio de salud pública, sin analizar los derechos del niño, en especial la necesidad de protegerlo contra “la mutilación de sus genitales” de la que sería víctima después de tal informe (en el mismo documento se llega a recomendar que el niño fuese ingresado en un centro de Sename para asegurar que se le trasladara al servicio de salud para ser operado). Finalmente, se reconoce la responsabilidad del sistema judicial en tanto una sentencia anterior obligó a la madre a someter a su hijo a las primeras intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo en 2014.

CONCLUSIONES

Las personas intersex en Chile viven en una invisibilidad absoluta y no existe ningún instrumento legal que les reconozca y que proteja su diversidad corporal o características sexuales. El Ministerio de Salud no posee cifras oficiales y/o públicas respecto del número de nacimientos intersex en Chile, ni tampoco un protocolo nacional vigente que garantice la protección de la integridad corporal de estos niños y niñas, siendo especialmente preocupante la situación de los recién nacidos pues aún persiste la idea de urgencia en torno a estos casos, la que no siempre dice relación con motivos de salud sino más bien con razones psicosociales como el temor de los padres o la discriminación social. No se cuenta con un registro histórico que permita saber cuántas personas han sido víctimas de intervenciones médicamente innecesarias y sin un consentimiento efectivamente informado, ni cuál ha sido su evolución en el tiempo. Si bien, la Circular 18 es un buen punto de partida con el propósito de visibilizar esta realidad y resguardar a estas personas, no existe un plan de capacitación en DDHH en los servicios de salud del país que permita a los profesionales de esta área comprender los alcances de este instrumento y su gran importancia.

120 Programa de Diagnóstico Ambulatorio que realiza evaluaciones periciales psicológicas y sociales a NNA en situaciones de grave vulneración o sospecha fundada de ello a requerimiento de Tribunales de Familia, Fiscalía y Tribunales de Garantía.

RECOMENDACIONES

En razón de los antecedentes anteriores se recomienda el Estado que:

1. Establezca medidas de protección legislativas para las personas intersex, particularmente NNA.
2. Asegure, a través del Ministerio de Salud, el efectivo cumplimiento de la Circular 18 (detener todo tipo de intervención médicamente innecesaria sin el consentimiento informado de sus destinatarios).
3. Establezca un protocolo de atención a NNA intersex con enfoque en DD.HH.
4. Capacite al sector público sobre intersexualidad y derechos humanos a efectos de visibilizar esta realidad, en especial salud, justicia y educación.
5. Establezca medidas reparatorias para todas aquellas personas intersex que han sido víctimas de intervenciones no consentidas o sin un consentimiento genuinamente informado en el marco de su atención en salud.
6. Apruebe el proyecto de ley de identidad de género para facilitar el proceso de cambio registral en aquellos casos en que la identidad de género no coincida con el sexo registrado al nacer.