

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2014
ISBN: xxx-xxx-xxx-xxx-x

Editor general
Tomás Vial Solar
Edición
Sergio Missana

Diseño
Felicidad

Impreso en Chile por
Salesianos Impresores S.A.

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl



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.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

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



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

INDICE

Presentación	09
1. ¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones pos-dictadura.	21
2. La huelga, un derecho fundamental.	63
3. Trabajadoras de casa particular: invisibilizadas y discriminadas.	109
4. Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile.	157
5. Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos.	203
6. El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: la percepción de las personas privadas de libertad.	245
7. Medio ambiente y derechos humanos: organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal.	291
8. Derechos de los migrantes y refugiados.	333
9. Derecho a la salud mental: la infancia olvidada.	377
10. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.	417
11. El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile.	447

12. Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. 477

Biografías autores Informe 2014 493

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su duodécimo *Informe Anual de Derechos Humanos*, relativo a los hechos ocurridos entre mediados de 2013 y mediados del presente año en diversos aspectos de los derechos humanos vigentes en Chile.

El *Informe*, que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de en qué medida el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que tiene como propósito informar y analizar en profundidad, desde esa óptica, aspectos de nuestra vida social que consideremos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad, teniendo además en consideración las experiencias existentes dentro de la Facultad de Derecho de la UDP. De esta forma, el *Informe* se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprehensivo en materia de derechos humanos. Tampoco pretende este ser una publicación de carácter exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su inicio, ha sido presentar, desde una perspectiva académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad social bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido. En la presente edición el *Informe* contiene 12 capítulos, los que se pasan a exponer sucintamente, junto con señalar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se efectúan.

El *Informe* se inicia, como ha sido costumbre, con un capítulo titulado “¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones posdictadura”, a cargo de la investigadora Cath Collins y fruto del trabajo del Observatorio de Justicia Transicional (antes de Derechos Humanos) de la UDP, dirigido por la autora, relativo a las violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura. Este capítulo permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, y realiza un acucioso estudio de cómo se están llevando

a cabo los procesos penales producto de esas violaciones, mostrando que, en materia de verdad, justicia y de hacer efectivas las responsabilidades, aún falta un largo camino por recorrer, sin perjuicio de valorar positivamente los recientes anuncios del gobierno en esta materia. El capítulo sostiene asimismo que, aun en los casos excepcionales en que se han dictado sentencias definitivas con penas de cárcel efectiva, los beneficios otorgados a los presos representan con frecuencia una denegación de la escasa justicia aplicada. También se analiza la situación de las instituciones estatales relacionadas con la investigación y reparación, tales como el Instituto Médico Legal o la PDI, destacando los aspectos positivos y los problemas que se han dado en el transcurso del año. Respecto a estos diversos aspectos, la autora recomienda al Estado de Chile, entre otras cosas, la derogación o el dejar sin efecto la ley de Amnistía, el establecimiento de una instancia permanente de calificación de las víctimas y sobrevivientes de violaciones de DD.HH., y la provisión de asesoría y representación a las víctimas de tortura y prisión política.

Los derechos de los trabajadores y trabajadoras en Chile son el tema común de dos de los capítulos del *Informe 2014*. Los profesores César Toledo y Karla Varas, en el capítulo “La huelga, un derecho fundamental”, analizan acuciosamente—en relación a las normas internacionales—la actual normativa del Código del Trabajo respecto al derecho a la huelga, así como también la situación de los funcionarios públicos en esta materia. Los autores afirman que el panorama es bastante desolador, pues no solo existe una deuda en materia legislativa, sino también en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por empleadores tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: resaltando situaciones puntuales de violencia invisibilizando el conflicto laboral de fondo que está detrás. Ante esta realidad, dos de las recomendaciones más relevantes son la de promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia, por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile, y consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales, en el sentido estricto del término, de acuerdo a los estándares de la OIT.

La situación de las trabajadoras de casa particular (TCP) es el tema abordado por las investigadoras Lidia Casas y Helena Olea en el capítulo titulado “Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y dis-

criminadas”. El propósito del capítulo es analizar la situación de las trabajadoras de casa particular en Chile a la luz de los estándares internacionales. En el análisis se consideran elementos fundamentales de la relación laboral de estas trabajadoras: contratación, salario, jornada laboral, dormitorio y alimentación, funciones o tareas, y violencia en el trabajo. Se aborda también la terminación de la relación laboral y la reclamación de derechos, ya sea en sede administrativa y judicial. Por último, se analizan los proyectos legislativos presentados y en discusión en el Congreso Nacional. En la investigación se aprecia también el importante aspecto migratorio que presenta hoy en Chile el trabajo doméstico. Las autoras concluyen que un régimen diferenciado en las condiciones laborales, de protección y reclamación de los derechos de las TCP, como el que existe hoy, perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas a quienes tienen más. Y que las actuales políticas migratorias facilitan el abuso. A fin de remediar estas graves violaciones a los derechos, las autoras recomiendan, entre otras cosas, garantizar la igualdad de derechos de las TCP con el resto de los trabajadores en lo relativo a la extensión de la jornada laboral, sin que medie un régimen de gradualidad, y diseñar y establecer un sistema que permita una efectiva fiscalización de parte de la Inspección del Trabajo de las condiciones de trabajo y habitación en que se desempeñan las TCP.

La problemática de los pueblos indígenas en Chile y el respeto de sus derechos humanos ha sido una constante de los diversos *Informes*. En este año se quiso analizar dos aspectos centrales de ella y que han sido además objeto de intenso debate público: la política de entrega de tierras y la exigencia de mecanismos de consulta libre, previa e informada respecto a los asuntos que afecten a los pueblos y comunidades indígenas en el contexto de proyectos de inversión en el norte de Chile.

La investigadora Antonia Rivas aborda el primer tema en el capítulo titulado “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile”. En él se analizan los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado, las situaciones especiales de cada pueblo indígena, y los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios. El estudio concluye afirmando que, lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y la sociedad chilena. Junto con ello, las deficiencias de la legislación y en la política pública, en particular la operación deficiente del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI y la demora en la titulación de las tierras fiscales, indican que se trata de una política pública fuertemen-

te expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas. Se señala también que se trata de una política pública fuertemente reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, que no tiene un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas. Y, junto con ello, la sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. A fin de avanzar en la solución de estas demandas, se recomienda generar un proceso participativo, impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios, las políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales; incrementar los presupuestos destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar la restitución a los pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados; y considerar la utilización de nuevos mecanismos como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado en la restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.

La exigencia de una consulta previa, libre e informada (CLPI) respecto a los actos que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas es el tema desarrollado por los investigadores Alonso Barros y Judith Schönsteiner en el capítulo “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”. El capítulo analiza, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la CPLI en relación a proyectos de inversión mineros en Chile; revisa el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del SEIA (DS 40), así como en el proceso de la “Mesa de Consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la CPLI en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN; y evalúa en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si le permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia. Se concluye que, tanto los procesos de elaboración de esos instrumentos como en lo sustantivo no se satisfacen los estándares impuestos por el derecho internacional. Ante esto, se recomienda dar

prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que se obligue a la CPLI de *todos* los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Además, el capítulo analiza los estándares requeridos por parte de los inversionistas, especialmente en los casos que el Estado no cumple con su deber de garante de los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, se recomienda que las empresas mineras debieran cumplir con los estándares internacionales aun en situaciones en las que el Estado no requiere la consulta, tales como el otorgamiento de concesiones, derechos de aguas, o exploraciones.

Para el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la UDP ha sido una constante preocupación el análisis de la situación de nuestro sistema carcelario y las políticas criminales desde la perspectiva de los derechos humanos. Este *Informe* no es la excepción: en el trabajo de los investigadores Olga Espinoza, Fernando Martínez y Guillermo Sanhueza, “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: La percepción de las personas privadas de libertad”, se aborda la situación de los derechos humanos en el sistema penitenciario de Chile, a partir del análisis de la relación entre política penitenciaria y derechos humanos, durante el último lustro, desde la doble perspectiva de los estándares normativos internacionales y de la opinión de las personas privadas de libertad. De esta forma, se logra contrastar el marco jurídico y de política pública, con los datos obtenidos a través de una encuesta de auto reporte, para establecer algunas hipótesis y delinear conclusiones y recomendaciones. En lo central se concluye que en Chile los avances en materia penitenciaria aún distan de ordenarse en un diseño de política pública integral, capaz de traducirse en una mejor satisfacción de las necesidades de las personas privadas de libertad y, con ello, en un mayor ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos. Se señala que persisten problemas graves, como la sobrepoblación y consecuente hacinamiento de los internos en una considerable cantidad de cárceles. La mantención de este problema revela una inadecuada política estatal en materia de infraestructura penitenciaria, pero, por sobre ello, la carencia de una política criminal dirigida a potenciar los sistemas semiabiertos (Centros de Educación y Trabajo) y abierto. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, fortalecer y diversificar los mecanismos de control externo de la ejecución penal, potenciando el rol del Programa de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, así como intensificar el control jurisdiccional e instalar el Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura; aumentar la inversión en mejorar la formación del personal institucional, tanto de oficiales como de suboficiales, así como del personal técnico. Ello incluye seguir incorporando transversalmente un enfoque de derechos humanos en la

formación de los gendarmes, avanzando hacia una mayor coherencia con la misión institucional (no solo de custodia, sino también de re-inserción) y hacia el desarrollo de perfiles de carrera diferenciados y oportunidades de formación permanente para su personal.

El análisis, desde una perspectiva de los derechos humanos, de los organismos genéticamente modificados (OGM) es el tema que aborda la investigadora Ignacia Mewes en su capítulo “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”. En él se identifican y analizan los principales aspectos involucrados en el debate generado en torno a la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura, y los riesgos socioeconómicos y ambientales que su empleo genera, así como las preocupaciones que surgen del consumo de este tipo de alimentos, incluyendo aquellos que contienen algún ingrediente o aditivo de esta naturaleza. Al respecto, el capítulo destaca la falta de transparencia que existió por años en nuestro país respecto de los cultivos transgénicos autorizados por el SAG, los pocos espacios de participación con que cuenta la ciudadanía, las carencias regulatorias e institucionales existentes en la materia, así como las dificultades que plantea para la conservación de nuestro patrimonio genético y para los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas la adhesión de Chile a la versión 91 del Convenio UPOV. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, ratificar el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, dictar una Ley de Bases de Bioseguridad que sea fruto de un amplio consenso político y ciudadano, y dictar en el más breve plazo los reglamentos y resoluciones que están pendientes y que son necesarios para aplicar disposiciones legales relevantes en esta materia.

Una de las áreas más relevantes de la labor del Centro de Derecho Humanos de la UDP, manifestada en la existencia de una Clínica de Migrantes y Refugiados y en capítulos de *Informes* anteriores, es la realidad de migrantes y refugiados en Chile. En este año, el capítulo “Derechos de los migrantes y refugiados” fue elaborado por los investigadores Patricio Rojas y Víctor Hugo Lagos, los que realizan un diagnóstico de la situación actual de las personas migrantes y solicitantes de refugio que residen en el país, examinando, por una parte, las principales vulneraciones de derechos humanos producto de una normativa legal desactualizada y cómo se han abierto, estos últimos años, alternativas para la efectiva protección de estos derechos y, por otra parte, realizando un análisis acerca de la efectividad de la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados en el país desde 2010. Se concluye, en base al tratamiento que los migrantes reciben por parte de la administración del Estado, que Chile necesita un cambio legislativo en la materia para responder al fenómeno migratorio actual. Chile

carece actualmente de una política migratoria clara y con un enfoque de derechos humanos, implementando soluciones parche que no han tenido una debida aplicación en los casos que lo ameriten. En materia de refugio, si bien la entrada en vigencia de la Ley 20.430 significó un gran avance en lo relativo a la temática y en general de la legislación relativa a los derechos humanos de las personas extranjeras en nuestro país, su aplicación, al menos hasta el 2013, no fue satisfactoria respecto a los estándares de derechos humanos, lo que provoca que Chile vulnere los instrumentos internacionales ratificados. En base a lo anterior, se recomienda que el Estado de Chile lleve a cabo un nuevo marco regulatorio en materia de migración, el que en su discusión y aprobación debe incorporar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de tratados; en materia de protección de refugiados, es necesario que elimine las prácticas arbitrarias que limitan el ejercicio pleno del derecho al asilo. Por último, se recomienda corregir las prácticas discriminatorias en frontera por parte de la PDI, en particular mejorando el monitoreo y la capacitación de los funcionarios.

En el *Informe 2013* se abordó una temática novedosa, al menos en Chile, en materia de derechos humanos: la salud mental como derecho humano. Este año, profundizando esta línea, las investigadoras Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, en su capítulo titulado “Derecho a la salud mental: La infancia olvidada”, estudian cómo el Estado cumple sus obligaciones en esta materia particular. Para ello, el capítulo examina la situación relacionada con el estado de salud mental de niños, niñas y adolescentes (NNA) chilenos/as, analizando la oferta de programas públicos y las posibilidades de acceso a la promoción y a la atención en salud mental. Se concluye que los resultados son dramáticos y se constata la presencia de importantes inequidades sociales, que, mediante procesos de discriminación, impiden el acceso oportuno, equitativo y de calidad, vulnerando con ello los derechos de NNA. De esta forma, se afirma, el Estado está en deuda con un derecho que es fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos. A fin de remediar lo anterior, se recomienda, entre otras cosas, destinar más recursos para la prevención, promoción y atención en salud mental infanto juvenil de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio; elaborar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore dentro de su normativa la salud mental de NNA; y elaborar una política nacional de salud mental infanto-juvenil que establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos y reclamables los derechos de NNA.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son también materia de preocupación del capítulo de las investigadoras Camila de la Maza

y María Paz Riveros, titulado “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Su estudio se enfoca en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil, a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema, preguntándose si estos han dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído. Se focaliza también en la situación de aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias. De este estudio se concluye que el Estado actúa aún a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y sus prácticas a la protección integral de derechos; que no existe intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, habiendo una carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, lo que se manifiesta, entre otras cosas, en que el Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. Y, en materia de residencias, se concluye que aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, están en una situación de grave vulneración de derechos. La constatación de estas realidades fundamenta que se recomiende dictar una ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores; fortalecer institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto para que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA. Y en cuanto al sistema residencial, se señala que es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional, y en consecuencia se apliquen causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen, determinando plazos para internación y efectivo control de la judicatura sobre ellos.

Otro aspecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes que aborda el presente *Informe* es la cuestión de cómo el sistema educativo integra la realidad de los estudiantes con discapacidad. Las investigadoras Pilar Muñoz y Liliana Ramos, en su trabajo “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile”, analizan aspectos relativos a la implementación de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) en Chile, particularmente en lo referido al derecho a la educación en el sistema escolar, en los niveles de educación básica y media. El informe muestra que, si bien en Chile se evidencian avances respecto de los desafíos educativos planteados por la Convención, existen vacíos

importantes que deben ser abordados para asegurar el acceso y permanencia de las personas en situación de discapacidad en sistemas escolares inclusivos y con foco en el aprendizaje de todos y todas. Estos vacíos se agudizan por la ausencia de disposiciones legales efectivas que aseguren los mandatos de la CDPcD en materia de educación y por la presencia de instrumentos legales que no se ajustan a su enfoque sobre discapacidad y educación inclusiva. Se afirma que la realidad chilena es la de un país que mantiene un sistema de educación segregado para NNA con discapacidad, el cual convive con un sistema escolar común que, en forma parcial y voluntaria, ofrece algunos espacios para que estudiantes con discapacidad puedan ser parte de él. Para ajustar esta realidad a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, se recomienda, entre otras cosas, alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la CDPcD. La Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; y el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos. También aparece como necesario instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable.

Otra temática que ha sido constante en los *Informes* anteriores son los derechos de las personas LGTBI. En este año, los investigadores Juan José Álvarez y Tomás Vial, en el capítulo “Homoparentalidad en Chile y derechos humanos”, abordan cómo el Estado asegura el igual ejercicio de la parentalidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida, de hombres y mujeres gay, lesbianas y trans. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega ese derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una infracción a los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional. Para remediar esta situación, se recomienda establecer, tanto en el proyecto de Acuerdo de Vida Pareja como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos; la dictación de una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo; y modificar la ley de adopciones en el sentido expreso

de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.

La publicación del *Informe de Derechos Humanos 2014* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos que este contiene, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y a todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece en particular a Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho, sin la cual el *Informe* no podría ser difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Sergio Missana, que tendrá siempre algo que decirnos sobre nuestra forma de escribir y en ayudarnos a transmitir mejor nuestro análisis, y la generosa colaboración de los ayudantes Sebastián Latorre e Israel Meliqueo en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Felipe Gana y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la edición de este *Informe*, así como a la misma Universidad por apoyar económicamente su publicación.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

Dra. Judith Schönsteiner
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

HOMOPARENTALIDAD EN CHILE Y DERECHOS HUMANOS¹

¹ Capítulo elaborado por Juan José Álvarez y Tomás Vial, con la valiosa cooperación de los alumnos de la Facultad de Derecho de la UDP María Paz Díaz, Carolina Durán, Guillermo Briceño, Gabriela Durán y María Paz Daza.

SÍNTESIS

El presente capítulo analiza los derechos de las personas LGTBI respecto a cómo el Estado asegura su igual ejercicio de la paternidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega este derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una grave infracción de los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional.

PALABRAS CLAVES: Homoparentalidad, Gays, Lesbianas, Adopción, Fertilización asistida.

INTRODUCCIÓN

La igual protección de los derechos de todas y todos en Chile es aún un deber incumplido del Estado y un principio que la sociedad chilena no termina de asumir plenamente. Esto es particularmente claro, como lo demuestran los *Informes* anteriores, respecto a los hombres y mujeres que son discriminados por su orientación sexual o identidad de género. Y es probable que no haya aspecto en el cual el trato desigual, que solo demuestra un rechazo a esa orientación o identidad, sea más patente y serio en sus efectos que en lo relativo a la capacidad y posibilidad de ejercer la paternidad y maternidad. El presente capítulo se enfoca en abordar, de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, cómo el Estado de Chile cumple sus compromisos en materia de entregar igual protección a las personas gay, lesbianas y trans en materia de parentalidad. Para esos efectos, la sección primera describe el marco normativo de los derechos humanos más directamente aplicables a este asunto. La segunda, analiza la situación actual de la legislación nacional y la tercera, hechos y casos ocurridos desde 2013 hasta agosto del presente año que tengan relación con el ejercicio de la parentalidad por parte de personas LGTBI. Se finaliza con unas conclusiones y recomendaciones.

1. MARCO DE DERECHOS HUMANOS APLICABLE

1.1. La no discriminación en razón de orientación sexual y género

El marco del derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile y que es aplicable a la situación de las personas gays, lesbianas y trans, incluye aquellas normas que aseguran la igualdad y la no discriminación a todas las personas. Existen numerosas convenciones internacionales que prohíben la discriminación en términos generales, como, por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) o el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Otras tienen

como objetivo central la prohibición de la discriminación por un motivo particular, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM). A nivel del sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) tiene la aplicación más general, además de estar Chile obligado a la jurisprudencia de su corte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). La Convención, en forma similar al PIDCP, contiene en su artículo 1 una cláusula general que asegura la no discriminación respecto a los derechos consagrados en ella y una norma independiente, en su artículo 24, que asegura la igualdad ante la ley y a la igual protección.

En estos cuerpos no se prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Ha sido la jurisprudencia de las cortes y de los organismos encargados de aplicar esos tratados la que ha precisado cuándo y cómo se entiende que existe ese tipo de discriminación. Así, el Comité de Derechos Económicos y Sociales, órgano aplicador del PIDESC, en su Observación General 20, expresamente señala que el término “otra condición social”, contenido en el artículo 2.2 del PIDESC, relativo a la no discriminación, reconoce también la identidad de género, agregando que las personas transgénero, transexuales e intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o lugares de trabajo.²

En el sistema interamericano, la decisión más relevante al respecto ha sido la del caso *Atala contra Chile*, en la cual la Corte IDH expresamente señaló que, dentro de la categorías prohibidas por la Convención, se encuentran la orientación sexual y la identidad de género,³ en base a una interpretación evolutiva y más favorable al ser humano de la expresión “otra condición social”, contenida en el artículo 1.1 de la CADH.

A nivel regional es también relevante la muy reciente Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, aprobada por la Asamblea General de la OEA en junio del 2013 y que Chile aún no ratifica, pues en ella expresamente se incorpora como categoría de discriminación, en su artículo 1, la orientación sexual y la identidad y expresión de género.

Sin perjuicio de que estas convenciones no definen qué se entiende por “orientación sexual” o “identidad de género”, son numerosas las declaraciones de los órganos de los sistemas de la ONU y de la OEA que las precisan y señalan además la prohibición de discriminación al respecto.

Al respecto, las definiciones aceptadas en el sistema interamericano han sido las que establecen los Principios de Yogyakarta, acordados

² ONU, Comité DESC, Observación General 20, E/C.12/GC/20, 2009.

³ Corte IDH, *Caso Atala contra Chile*, párr. 91.

en una reunión de expertos en esa ciudad de Indonesia en 2007.⁴ Los términos propuestos por esa declaración han sido recogidos por un estudio realizada por la CIDH a petición de la Asamblea General de la OEA, sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género,⁵ de 2012. En junio de este año, la Asamblea General de la OEA, en su declaración “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”,⁶ toma nota de este estudio y expresamente condena la discriminación contra personas por razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género, siendo esta la sexta declaración consecutiva de la Asamblea General, desde 2008, que condena la discriminación por estos motivos.

Simultáneamente, la Asamblea había pedido al Comité Jurídico Interamericano un estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, evacuado en marzo del presente año en forma de un estudio preliminar,⁷ que acoge las categorías de Yogyakarta.

Esta breve síntesis normativa entonces plantea que el Estado chileno está obligado a tratar a las gays, lesbianas y trans con la misma consideración y respecto que a los demás habitantes de Chile, sin que pueda haber discriminación alguna a su respecto.

1.2. El derecho a la vida privada

Tanto la CADH como el PIDCP contienen cláusulas que aseguran este derecho. Así, la primera, en su artículo 11, dispone:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El ámbito de las relaciones personales, afectivas y familiares se entiende habitualmente protegido por la garantía de la vida privada. Como ha señalado la Corte IDH, en el *caso Fernández Ortega y otros*

4 Principios de Yogyakarta. Principios sobre aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

5 CIDH, Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y expresiones relevantes, 2012.

6 Asamblea General OEA, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, ag/res.3807 (xliii-o/13).

7 Comité Jurídico Interamericano, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género*, CJI/doc.41/12. Rev.1

contra México, de 2010, “el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”.⁸ Luego, la Corte IDH en *Artavia Murillo contra Costa Rica* (2012), relativo a la prohibición de sistemas de fertilización asistida, sostiene en su considerando 143:

Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. [notas omitidas].⁹

Por lo anterior una intromisión o falta de igual protección en los aspectos de las relaciones personales y afectivas, y entre ellas sin duda que están consideradas las filiales, por parte del Estado constituye una infracción de los deberes de respeto y protección que el Estado debe asegurar a todos sus habitantes.

1.3. El derecho a establecer una familia y concepto de familia

Otro derecho humano directamente atinente al tema en estudio en este capítulo es el poder establecer una familia. Al respecto, la CADH, en su artículo 17, dispone:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protec-

⁸ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros contra México*, de 2010.

⁹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo contra Costa Rica*, párr. 143.

ción necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

El artículo 24 del PIDCP establece el derecho a la familia en términos similares.

Respecto al concepto de familia, es clara la jurisprudencia de los órganos de tratados en entender este como un concepto amplio, no limitando a la familia matrimonial, ni menos a una exclusivamente construida en una relación entre hombre y mujer.

En ello radicó la diferencia de enfoque con lo que había postulado la Corte Suprema de Chile, al fallar la queja en contra de las sentencia de segunda instancia en el caso de la jueza Karen Atala. La Corte acogió la queja fundado en que los jueces de instancia habían “preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja”.

La Corte IDH en *Atala contra Chile*, de 2012, rechaza de plano esa argumentación, indicando que en la CADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma (párrafo 141). Agrega que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho en que las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. De esta forma, la Corte IDH constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile, relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social” y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención, al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”) (párrafo 144).

La misma Corte IDH, en su opinión consultiva 17, de 2002, había adelantado esta comprensión amplia citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, señalando: “Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar ‘no está reducid o únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio’”.¹⁰

¹⁰ Corte Europea de DD.HH., *Keegan contra Irlanda*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párr.

Al respecto, la Corte Europea ha sido muy clara en su jurisprudencia. En 2010, en el caso *Schalk y Kopf contra Austria*, la Corte reconoció que las relaciones homosexuales entran dentro del ámbito de la vida privada y familiar protegida por el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). El concepto de familia que recoge la Corte no solo comprende las relaciones matrimoniales heterosexuales, sino también aquellas *de facto*, vale decir, donde las partes que la componen conviven pero fuera del matrimonio.¹¹ El que las familias LGTBI entren dentro de la esfera de protección del artículo 8 muestra la creciente apertura en la Unión Europea para incluir a las familias LGTBI en la noción de familia. Así, la Corte considera actualmente que resulta artificial mantener que la pareja homosexual no puede gozar de la protección del artículo 8.¹² Y, a partir del caso *EB contra Francia*, de 2008, la Corte de Estrasburgo se ha ido mostrando cada vez más a favor de las familias homoparentales. En este caso se analizó la negativa para adoptar un hijo a una mujer lesbiana, únicamente por su orientación sexual. En opinión de la Corte, si las razones presentadas para tal diferencia de trato fueron basadas solo en consideraciones sobre la orientación sexual de la demandante, ello vulnera la garantía de no discriminación establecida en el artículo 14.

Por su parte el Comité de Derechos del Niño, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Observación General 7, de 2006, en su párrafo 15, afirmó: “El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño”. Sostuvo, en su párrafo 19: “El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”.

2. LEGISLACIÓN NACIONAL Y LA DENEGACIÓN DE LA FAMILIA HOMOPARENTAL

Como se aprecia, el marco del derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Chile establece que están prohibidas las discri-

44.

¹¹ Corte Europea de DD.HH., *Caso Schalk y Kopf contra Austria*, sentencia del 21 de junio de 1999, párr. 90.

¹² *Ibíd.*, párr. 94.

minaciones en razón de orientación sexual e identidad de género, que existe un derecho a establecer una familia y que esta no pueden entenderse de una forma estereotipada, como reducida al matrimonio ni a las relaciones heterosexuales. Esta ciertamente no es la situación en Chile.

Para efectos de analizar la correspondencia de nuestro ordenamiento nacional con las normas del sistema de derechos humanos vigentes en Chile, en relación a la homoparentalidad, se revisaran tres ámbitos: familia y matrimonio, adopción e inseminación artificial.

En cuanto a la familia y el matrimonio, la Constitución, al definir en su artículo 1° a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, no lo liga, pese a las opiniones de alguna doctrina, con el matrimonio. Será la ley la que lo haga. La Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947, en su artículo 1°, afirma que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”.

El propio Código Civil, en su artículo 102, dispone: “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. De esta forma, la relación que nuestra legislación hace entre familia y matrimonio heterosexual es directa. Ello se contradice claramente con el entendimiento del derecho internacional de los derechos humanos sobre la no discriminación y la valoración de una diversidad de familias, aspectos que fueron expresamente considerados en el fallo *Atala contra Chile* de la Corte IDH como veremos. Esta falta de reconocimiento tiene consecuencias directas en la posibilidad de proteger a las parejas del mismo sexo en su paternidad y maternidad, tanto en el régimen de filiación como en el de adopción.

Respecto a la filiación matrimonial, esta está claramente anclada en el matrimonio heterosexual. Pero, en el caso de la no matrimonial, el Código Civil, en su artículo 186, dispone que ella queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación. De esta forma, tampoco se permite el reconocimiento de un/a hijo/a por parte de dos personas del mismo sexo.

En cuanto al régimen de adopción, la Ley 19.620, sobre adopción de menores, permite la adopción por un matrimonio, por lo que nuestra legislación excluye a las parejas homosexuales o lesbianas, o por personas solteras, sin que en este segundo caso, al menos en la letra de la ley, se señale una condición que excluya a una persona homosexual de la posibilidad de adoptar.

En materia de reproducción asistida, en el presente en Chile no existe normativa legal sobre ella. La única regulación son las Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria,

Resolución Exenta 1072, de 1984, del Ministerio de Salud. A partir de 2014, el sistema de salud público, FONASA, y las Isapres han incorporado el tratamiento de fertilización en su modalidad de libre elección.¹³ Tanto en la regulación como en la información pública entregada respecto a los programas de salud se señala que ella es para “parejas”, sin que se especifique si son hetero o no. Dadas las prácticas de discriminación prevalentes en nuestra sociedad, esta ambigüedad permite, en los hechos, discriminaciones hacia parejas no heterosexuales.

Como describe el informe de la organización lésbica Rompiendo el Silencio, “no existe la doble maternidad o coadopción, lo que implica que tampoco existe el derecho a acudir al sistema de salud para acceder a la inseminación artificial para la procreación. En efecto, el sistema público no lo reconoce y el privado, en general, lo prohíbe. Por ello, la pareja interesada primero debe buscar algún establecimiento que ‘acceda’ a las circunstancias o simplemente omitir su orientación y pareja [...] deben pagar altas sumas para luego someterse a exámenes psicológicos, donde tener una sexualidad diversa es evaluado por la entidad privada antes de autorizar que las interesadas puedan realizarse el procedimiento. Algunas parejas han optado por realizar procedimientos caseros de inseminación, muchas veces, apoyadas por algún funcionario de salud que las conoce o tiene algún tipo de conexión con el mundo LBT”.¹⁴

Con independencia de si una pareja homosexual puede o no acceder a estos programas, el problema mayor que presenta la actual legislación es que ella no permite inscribir a dos personas del mismo sexo como padres o madres cuando el/la hijo/a es producto de la fertilización asistida de uno de los miembros de la pareja. La normativa del Código Civil señala, en su artículo 182, lo siguiente:

Art. 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

Sobre esta materia central no existe en el Congreso, ni anunciado por el gobierno, un proyecto de ley que modifique esta situación.

13 Superintendencia de Salud, 14 de mayo de 2014.

14 Rompiendo el Silencio, “*Diagnóstico inicial sobre la situación social y cultural de las lesbianas y bisexuales en Chile*”, marzo de 2014, p. 10.

3. OPINIÓN PÚBLICA Y CASOS RECIENTES

Las omisiones de la legislación nacional y la exclusión de la posibilidad de construir familias homoparentales, sin duda son reflejo de una sociedad que todavía entiende el que gays, lesbianas y transexuales formen familias como algo abiertamente inmoral o erróneo, y contrario al interés de los menores involucrados.

Sin embargo, tal como indica la Encuesta Nacional UDP,¹⁵ elaborada por Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO) de esta casa de estudios, esa percepción negativa, sin duda aún mayoritaria, está cambiando. Así, ante la pregunta de si una pareja de mujeres lesbianas puede criar a un hijo tan bien como una pareja heterosexual, en 2013 un 39% estaba de acuerdo o muy de acuerdo con esa aseveración. En 2010, por ejemplo, la cifra era de un 29,9%. En cuanto a una pareja de hombres gays, la respuesta positiva fue de un 34% en 2013 y un 23% en 2010. Respecto a la adopción por parte de parejas homosexuales, en cuanto a si debieran tener derecho a ello, la respuesta positiva (acuerdo o muy de acuerdo) fue de un 32,6 % en 2013 y un 22% en 2010.

Estas opiniones mayoritariamente negativas son ratificadas por lo que parte de la elite política piensa sobre este tema. La revista *Qué Pasa*¹⁶ realizó una encuesta a los parlamentarios recién electos en 2013, preguntando, entre otras materias, si estaban de acuerdo con la adopción por parejas del mismo sexo. En el caso del Senado 12 senadores estuvieron de acuerdo, 20 en desacuerdo y 6 no respondieron; mientras que 34 diputados opinaron a favor, 73 en contra y 13 no respondieron.

Al respecto, parece algo más promisorio la reciente declaración del actual ministro de Justicia, relativa a que el gobierno analizaría la posibilidad de la adopción homoparental.¹⁷ Lo fue también, como describe el Informe anual del MOVILH, el nivel de rechazo a una moción de reforma constitucional presentada por cuatro diputadas UDI, que agregaba al artículo 1º, inciso segundo, de la Constitución la frase “El menor solo tendrá por padres a un hombre y una mujer”.¹⁸

En el mismo Informe se señala que el Estado, en materia educacional, avanzó en reconocer en sus manuales la familia homosexual, publicando el texto “Discriminación en el contexto escolar, orientaciones para promover una escuela inclusiva”. En él se señala expresamente que existen diversos tipos de familia, incluyendo las familias homosexuales.¹⁹

¹⁵ ICSO, Encuesta Nacional 2013.

¹⁶ *Qué Pasa*, “Se abre la sesión”, 13 de noviembre de 2013.

¹⁷ Emol: “Gómez: Gobierno analizará posibilidad que parejas homoparentales puedan adoptar”, 14 de junio de 2015.

¹⁸ MOVILH, *XII Informe anual de los derechos de la diversidad sexual en Chile*, 2014.

¹⁹ *Ibid.*, p. 113.

Sin embargo, el aún mayoritario rechazo a la homoparentalidad se ve reflejado en los casos en que hombres y mujeres gays, lesbianas o trans se ven enfrentados/as a dificultades, acoso o directamente discriminaciones al ejercer roles paternos o maternos.

Una revisión de los hechos a partir del 2013 tanto de la prensa como de las informaciones que entregan las propias organizaciones de la diversidad sexual, atestiguan lo anterior.

Como describe el Informe del MOVILH, en 2013, en diversas ocasiones y puntos del país, madres lesbianas fueron amenazas por sus ex parejas de entablar acciones para quitarles la tuición de sus hijos por el hecho de haber iniciado relaciones con otras mujeres.²⁰

La organización lésbica Rompiendo el Silencio, en su Informe anual, también describe varios casos. Así, en octubre de 2013, el colectivo lésbico Co-Madres denunció que los hijos de una pareja lesbiana no pudieron ingresar al jardín Infantil Caminito Montessori por “no cumplir con las reglas del establecimiento”, referido a que las personas que cuidaban a los niños (es decir la pareja) eran del mismo sexo.²¹ En el mismo mes, se señala el caso de Doris Palma, cuya hija fue expulsada del colegio Garden School de la comuna de La Florida en Santiago de Chile porque sus madres eran lesbianas. Según narra el Informe, “la directora del colegio y profesora a cargo del curso las denunció delante de otros apoderados, llevando a votación si los otros padres deseaban que la niña siguiera en el curso. ‘Los niños deben tener clara la correcta estructura familiar, y el colegio es una de las bases primordiales para enseñar lo que corresponde y lo correcto’, dijo la educadora. Incluso, la directora insinuó que la niña estaría siendo violentada por una de ellas. Doris y su pareja negaron todas las acusaciones y decidieron retirar a su hija del colegio, ante la amenaza de la directora de sacarlas con la policía del recinto. Meses después, Doris tuvo que ir a comparecer a un tribunal ante la denuncia efectuada por la directora de maltratar a su hija y que se trataría de un ‘par de enfermas’ que no estarían dando buena educación a la niña. La denuncia no fue acogida por el tribunal ante la falta de pruebas”.²²

Quizás el caso de 2013 con una posible mayor repercusión jurídica en materia de homoparentalidad sea el de Alexandra Benado y Alejandra Gallo, una pareja de mujeres lesbianas que, luego de una relación de varios años, decidió en 2009 iniciar un proceso de fertilización asistida, producto del cual nacieron mellizos en 2010. Al momento de inscripción, los inscribieron con los apellidos Benado Gallo, figurando Alejandra Gallo como madre, expresando su inten-

²⁰ *Ibíd.*, p. 84.

²¹ Rompiendo el Silencio, *Diagnostico inicial sobre la situación social y cultural de las lesbianas y bisexuales en Chile*, marzo de 2014.

²² *Ibíd.*, p. 5.

ción de ser reconocidas ambas como madres. En marzo de 2013, solicitaron al Registro Civil el reconocimiento de madre de Alexandra Benado. El Registro Civil negó la inscripción, en razón de la norma del artículo 182 del Código Civil antes transcrita. A raíz de ello, la pareja, asesorada por la Corporación Humanas, interpuso un recurso de protección, alegando la arbitrariedad de la resolución del servicio y la afectación de sus derechos a la igualdad y no discriminación, respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia, la integridad física y derechos de los niños. La Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibile el recurso en abril, señalando que por ese medio se pretendía cambiar la legislación sobre filiación, por lo que “excede las materias que deben ser conocidas por la presente acción constitucional, atendida su naturaleza cautelar”. Ante esta resolución, los recurrentes interpusieron recurso de reposición ante la misma corte, el que fue rechazado. Luego de esta resolución se interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema. En mayo, la Corte Suprema rechazó el recurso, por considerar que la resolución recurrida no era de aquellas susceptibles de recurso de queja. Se interpuso recurso de reposición por esta última sentencia, el que también fue denegado. A consecuencia de este proceso, y considerando agotados todos los procedimientos internos, la pareja decidió establecer una denuncia ante el sistema interamericano, presentándola ante la CIDH en diciembre del año pasado, con la asistencia legal de la Corporación Humanas y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. En ella se alega que se ha violado los derechos a la igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad, vida privada y familiar, las garantías judiciales, el acceso a la justicia y la especial protección de los derechos de los niños, contemplados en los artículos 3, 5, 8, 11, 17, 19, 24 y 25 de la CADH. Al cierre de este *Informe*, septiembre del presente año, aún estaba pendiente la resolución de admisibilidad por parte de la CIDH.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis de la legislación chilena y de las opiniones aún prevalentes en nuestra sociedad permiten concluir que en ella se está muy lejos de reconocer a las personas gays, lesbianas y transexuals como sujetos en igualdad de derechos respecto a la posibilidad de ejercer un aspecto tan central de la vida humana como es el ser padres o madres. La negativa a un reconocimiento de las parejas del mismo sexo impide ejercer esa paternidad/maternidad de común. La ausencia de un normativa clara en materia de fertilización obstaculiza o derechamente niega que las parejas del mismo sexo puedan llevar a cabo esos

procedimientos. Lo mismo sucede con la posibilidad de adoptar: si bien la legislación no discrimina en cuanto a personas solteras gays o lesbianas, sí lo hace respecto a parejas del mismo sexo.

En vista de lo anterior se recomienda al Estado lo siguiente:

1. Reconocer, tanto en el proyecto AVP como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos.
2. Dictar una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo.
3. Modificar la ley de adopciones en el sentido expreso de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.
4. Impulsar, dentro de los programas y administración educacionales, el reconocimiento a las parejas del mismo sexo como padres y madres en igualdad de condiciones que las heterosexuales.