

# IDENTIDAD DE GÉNERO: UN DERECHO IMPLÍCITO CUYA DEFICIENTE CONFIGURACIÓN SE ERIGE COMO UNA BARRERA DE ACCESO A LA JUSTICIA. COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL 88713-2021 DE LA CORTE SUPREMA

## *GENDER IDENTITY: AN IMPLICIT RIGHT WHOSE POOR CONFIGURATION IS ESTABLISHED AS A BARRIER TO ACCESS TO JUSTICE. COMMENT ON JUDGMENT ROL 88713-2021 OF THE SUPREME COURT*

Lorena Espinosa Olguín\*

Recibido el 20/09/2022

Aceptado el 25/11/2022

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objetivo analizar la sentencia de la Corte Suprema, rol 88713-2021, de fecha 18 de abril de 2022. Se trata de un fallo que, conociendo de la apelación de un recurso de protección, tuvo que resolver si el actuar del Hospital de Carabineros de Chile en cuanto a dilatar la ejecución de

**ABSTRACT:** The objective of this paper is to analyze the judgment of the Supreme Court, Rol 88713-2021, dated April 18, 2022. It is a ruling that, hearing the appeal of a protection resource, had to resolve whether the act of the Hospital de Carabineros de Chile in terms of delaying the execution of a sex reassignment operation to a per-

\* Abogada. Profesora y estudiante de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. LL.M in Human Rights, University College London (UCL). Correo electrónico: [lorena.espinosa@mail.udp.cl](mailto:lorena.espinosa@mail.udp.cl). Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5850-1022>.

una operación de reasignación de sexo a una persona mayor de edad, calificaba como una acción arbitraria e ilegal. Se trata de una sentencia relevante no solo porque marca una nueva línea jurisprudencial al reconocer la existencia de un derecho implícito a la identidad de género, sino porque nos permite precisar el concepto de identidad de género y argumentar cómo, una inadecuada comprensión de ella, se erige como una barrera de acceso a la justicia.

**PALABRAS CLAVE:** Identidad de género – Acceso a la Justicia – Barreras de Acceso a la Justicia.

*son of legal age, qualified as an arbitrary and illegal action. This is a relevant ruling not only because it marks a new jurisprudential line by recognizing the existence of an implicit right to gender identity, but also because it allows us to specify the concept of gender identity and argue how an inadequate understanding of it can be stands as a barrier to access to justice.*

**KEY WORDS:** *Gender identity-justice access-barrier to access to justice.*

## I. LA SENTENCIA

V.D., un hombre transgénero de 19 años, recurrió de protección en contra del Hospital de Carabineros de Chile por habersele postergado por casi dos años la realización de una histerectomía abdominal.

Había comenzado su proceso de transición corporal del género femenino al masculino el año 2017. Dentro de este proceso se encontraba pendiente la realización de una histerectomía abdominal, la cual se había programado para diciembre del año 2018.

Sin embargo, dicha operación se fue postergando a lo largo del tiempo, aduciendo el hospital que para su ejecución debía contarse con un protocolo de atención para personas transgénero, además de requerir documentos notariales de liberación de responsabilidad suscritos por el progenitor y la progenitora.

Esta dilación fue considerada como una vulneración a los derechos fundamentales de la parte recurrente, motivando la interposición de un recurso de protección en contra del hospital. El recurrente argumentó que el hecho de impedir que él siguiera con su transición revestía el carácter de un acto arbitrario que vulneraba sus garantías constitucionales. Preciso que las referidas dilaciones se debían, al parecer, a que *“algunos profesionales y el establecimiento de salud referido no están de acuerdo con reconocer y dar protección a la identidad de género de las personas trans”*.<sup>1</sup>

El resultado de dicho recurso de protección fue favorable al recurrente, acogándose la acción con fecha 3 de noviembre de 2021 y señalando la Corte de Apelaciones de Santiago *“que el hospital ha obstaculizado la realización de la intervención quirúrgica, mediante acciones y omisiones, de carácter arbitrario e ilegal, que constituyen actos de discriminación que atentan contra la identidad de género del recurrente”*.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Primero.

<sup>2</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Segundo.

Dicha sentencia fue apelada por la parte recurrida por considerar que no se encontraba acreditado ningún acto ilegal ni arbitrario por parte del Centro Asistencial, argumentando que las dilaciones del hospital estuvieron siempre argumentadas y justificadas, documentando las circunstancias que justificaban la no realización de la referida operación. Indicó en su recurso, además, que la realización de dicha intervención quirúrgica constituía el “*último eslabón de una cadena que reconoce varias etapas previas*” consistentes en prestaciones médicas que el hospital había cumplido en tiempo y forma. Agregó que debe tenerse en consideración que se encuentra en proceso de estudio y revisión un protocolo médico aplicable para estas situaciones y que el COVID-19 también fue un factor que influyó en esta dilación.<sup>3</sup>

Con fecha 18 de abril de 2022, la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada, declarando que, al no haber realizado la histerectomía abdominal, el Hospital de Carabineros de Chile incurrió en un acto ilegal y carente de razonabilidad que vulneró las garantías constitucionales reguladas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución, ordenando que éste debe programar la histerectomía abdominal dentro de un plazo de treinta días.

En parte de su razonamiento, la Corte indicó que, tanto de la suscripción de Tratados Internacionales como de la legislación interna, el Estado chileno ha reconocido la identidad de género como un derecho fundamental implícito. Lo consideró como “*un elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la igualdad ante la ley, cuyo reflejo se traduce en el respeto al principio de no discriminación arbitraria y que, en la especie, se concreta en el ejercicio del derecho a elegir y concretar, por parte del recurrente, su identidad de género*”.<sup>4</sup>

Se trata de una sentencia de suma relevancia por tres razones. Primero, porque reconoce y aplica un derecho fundamental que ya se encuentra desarrollado en el derecho internacional, acercándonos con ello al cumplimiento de estándares internacionales. Segundo, porque nos permite analizar el concepto de identidad de género y precisar su contenido. Tercero, porque marca una línea jurisprudencial que de seguirse, contribuirá de cierta manera a disminuir los exorbitantes niveles de violencia y discriminación que sufren diariamente las personas trans.

## II. ANÁLISIS

Si bien la presente sentencia ofrece varias áreas interesantes y relevantes de analizar, el objetivo de este comentario se acotará a analizar la configuración que hizo la Corte sobre el derecho implícito a la identidad de género.

En este contexto, este trabajo sostiene que, por un lado, la sentencia acierta en reconocer este derecho y las obligaciones correlativas del Estado, fijando con ello una línea jurisprudencial que es de

---

<sup>3</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Tercero.

<sup>4</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Quinto.

esperar se repita y se proyecte a todo el sistema judicial. Por otro lado, sin embargo, yerra en parte de la configuración de este derecho, confundiendo categorías y, con ello, involuntariamente, configurando una barrera de acceso a la justicia.

#### **A. El reconocimiento expreso de la identidad de género como un derecho constitucional implícito**

Uno de los argumentos medulares de esta sentencia es la existencia de la identidad de género como un derecho implícito que se conecta con otros derechos expresamente reconocidos por nuestra Constitución. Esta conclusión se erige como un importante progreso en materia de derechos, aliándose con los estándares que se han venido desarrollando en el derecho internacional.

El punto de partida de la Corte a este respecto es la suscripción de Tratados Internacionales, los cuales unidos a la legislación interna, permiten concluir que nuestro país ha reconocido la identidad de género como un derecho implícito. En este sentido, lo que ha hecho la Corte ha sido formular una norma implícita, es decir, una norma que no ha sido creada por la autoridad legislativa pero que se concluye sobre la base de otras normas explícitas, las que fungirían como premisa del silogismo.<sup>5</sup>

Este razonamiento de la Corte es similar a lo que han hecho, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y su análoga europea en la interpretación de sus respectivos instrumentos.

Por ejemplo, en la “Opinión Consultiva OC-24/17”, considerada como uno de los documentos regionales referentes en esta materia, la Corte IDH realiza una extensa interpretación jurídica que termina por concluir que la identidad de género es un derecho que pertenece al ámbito de la libre determinación y que se encuentra protegido dentro de otros derechos explícitos, como lo sería el derecho a la vida privada, a la autonomía o a la libertad de expresión.<sup>6</sup>

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha conocido casos contenciosos en materia de identidad de género desde el año 1986, ha llevado a cabo un trabajo similar.

En efecto, y a pesar de que el derecho a la identidad de género no se encuentra por sí sólo explícitamente consagrado en el Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH), la Corte ha afirmado en reiteradas ocasiones que éste se encuentra garantizado al alero del artículo 8, formando parte del derecho al respeto de la vida privada. Por ejemplo, en el caso *A.P., Garçon y Nicot v France*, y mientras enfatizaba la importancia de la noción de “autonomía personal” como un importante principio subyacente a la interpretación de las garantías del artículo 8, la Corte sostuvo que la autonomía incluía un derecho a la autodeterminación, del cual la libertad de definir la propia identidad de género era uno de los elementos esenciales más básicos.<sup>7</sup> Así lo ha interpretado también, *Cannoot y Dunne*, que

---

<sup>5</sup> GUASTINI (2015).

<sup>6</sup> CORTE IDH (2017), párrafos 88, 87, 89, 93, 96.

<sup>7</sup> *A.P., Garçon and Nicot v. France* (2017), párrafo 93.

consideran que el derecho a definir la propia identidad de género se fundamenta firmemente en el derecho a la autonomía personal, el que se encuentra consagrado en el artículo 8 del CEDH.<sup>8</sup>

Reconocer un derecho implícito a la identidad de género, además, se condice con uno de los instrumentos internacionales más importantes en la materia, el que a pesar de tener una naturaleza jurídica no vinculante, ha sido determinante en el entendimiento de la sexualidad en el contexto del discurso jurídico, de manera tal que no importe discriminación:<sup>9</sup> los Principios de Yogyakarta. Estos principios surgieron como fuente de protección a las identidades trans, y proporcionan las directrices básicas para la aplicación de las obligaciones que en materia de derechos humanos tienen los Estados, en cuestiones relativas a “Orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales”.<sup>10</sup>

Por lo mencionado, me parece que la Corte Suprema lleva razón al considerar que la identidad de género es un derecho fundamental implícito que se vincularía y relacionaría con la igualdad, la dignidad humana y con la “*facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad*”, lo cual incluiría, justamente, “*la libertad de determinar su identidad de género*”.<sup>11</sup> Como pudo apreciarse, se trataría de un desarrollo jurisprudencial en línea con los estándares internacionales y que espero pueda consolidarse no solo a nivel de la Corte Suprema, sino que en todos los tribunales y en las esferas de nuestro país.

## **B. Confusiones e imprecisiones en la configuración del derecho a la identidad de género**

A pesar del importante progreso referido, la sentencia en comento presenta importantes incoherencias y errores al momento de configurar la identidad de género, puesto que la Corte confunde categorías y se aparta de desarrollos conceptuales asentados en la materia.

Para situar la referida conclusión y su respectivo análisis, es preciso, primero que todo, abordar adecuadamente la cuestión terminológica y definir los principales conceptos y categorías involucradas.

### **1. Precisiones terminológicas previas**

Una primera distinción que debe realizarse para verdaderamente comprender el derecho a la identidad de género es la diferencia entre sexo y género. Por sexo se entienden todas aquellas características biológicas que suelen definir a un ser humano como femenino o masculino, y entre las cuales se incluye el aspecto genital, gonadal, cromosómico y hormonal.<sup>12 13</sup> Dicha definición suele realizarla

---

<sup>8</sup> CANNOT (2019), p. 19.

<sup>9</sup> ARRUBIA (2019).

<sup>10</sup> Principios de Yogyakarta.

<sup>11</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Sexto.

<sup>12</sup> WINTER, et al (2016), p. 391; RAVETLLAT (2018), p. 403; RAVETLLAT (2019), p. 46; GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 367.

<sup>13</sup> La Corte IDH lo define como: “Diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que

la sociedad al momento de nacer, y se basa casi exclusivamente en la observación de los genitales de la persona recién nacida.<sup>14</sup> Por su parte, el género suele asociarse al ámbito cultural,<sup>15</sup> y comprende las actitudes, identidades, emociones, roles, significados, comportamientos y atributos que se asignan a una persona en función de su sexo biológico.<sup>16 17</sup>

En este contexto, la identidad de género -que es distinta a la identidad biológica/anatómica asignada externamente al momento de nacer-, se entiende como el sentido profundo, íntimo y personal que las personas tienen acerca de su género, el que como tal, es totalmente independiente del sexo asignado al nacer.<sup>18</sup> Básicamente, se trata de la experiencia del individuo en cuanto a ser femenino, masculino, intermedio, no binario, o fluido, lo cual puede o no puede concordar con el sexo biológico.<sup>19</sup> Por su parte, la Corte IDH la define como

*“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– 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”.*<sup>20</sup>

A su vez, la identidad de género se considera una expresión concreta del derecho a la identidad general, derecho que “implica el reconocimiento de la persona con su propia individualidad, de sus atributos y el aseguramiento de las condiciones que permitan el desarrollo de la misma resguardando de mejor manera las posibles vulneraciones de derechos”.<sup>21</sup> En específico, el derecho a la identidad de género implica respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de “definir de manera autónoma su identidad sexual y de género, y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos”.<sup>22</sup>

Se trata de un derecho que, según la Corte IDH, se encuentra protegido por la Convención Americana al alero de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.1), a la privacidad (artículo 11.2) al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y al derecho al nombre (artículo 18), y

---

se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”, CORTE IDH (2017), párrafo 32.

<sup>14</sup> WINTER, et al (2016), p. 391; GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 367.

<sup>15</sup> RAVETLLAT (2018), p. 403; RAVETLLAT (2019), p. 46.

<sup>16</sup> WINTER, et al (2016), p. 391; CORTE IDH (2017), párrafo 32.

<sup>17</sup> Para SCOTT (2015), el género es una categoría analítica compleja que se compone de dos grandes dimensiones. En sus palabras: “El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder” (p. 272).

<sup>18</sup> WINTER, et al (2016), p. 391; RAVETLLAT (2018), p. 404; GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 367; RAVETLLAT (2019), p. 46.

<sup>19</sup> WINTER, et al (2016), p. 391.

<sup>20</sup> CORTE IDH (2017), párrafo 32.

<sup>21</sup> GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 365.

<sup>22</sup> GAUCHÉ (2021), pp. 199 y 200.

que implica obligaciones concretas para los Estados.<sup>23</sup> Entre ellas, las de respetar y garantizar que las personas puedan efectuar cambios, rectificaciones o adecuaciones de cualquier componente esencial de su identidad, y sin interferencias por parte del Estado o de terceros.<sup>24</sup>

Finalmente, un último concepto que es importante definir y diferenciar es el de orientación sexual, pues si bien suele asociarse y/o ir acompañado de la identidad de género en tanto forman parte de la categoría analítica género y de motivos prohibidos de discriminación,<sup>25</sup> son categorías distintas que no pueden, en modo alguno, considerarse como sinónimos, pues importan experiencias personales situadas en planos distintos.

Así, mientras la identidad de género se vincula con la experiencia interna o estado psicológico de una persona en cuanto a su género,<sup>26</sup> la orientación sexual se define como “la 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 las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas”.<sup>27</sup> Los Principios de Yogyakarta también diferencian, de manera expresa, identidad de género y orientación sexual, definiendo esta última como la capacidad de cada persona de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, y de tener relaciones íntimas y sexuales con personas que pueden pertenecer a su mismo sexo, a un sexo diferente, o a más de uno.

## 2. Definiciones de la Corte

La Corte Suprema define y desarrolla este derecho en su considerando séptimo. Si bien comienza con una definición coherente con las citadas anteriormente y en las cuales hay consenso más allá del ámbito jurídico, al hacer la bajada de dicha definición legal la Corte se equivoca y confunde categorías.

En efecto, el razonamiento inicia citando la Ley Nº 12.120 y definiendo la identidad de género como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento” (artículo 1 de la Ley Nº 21.120).<sup>28</sup>

Seguido a ello, y al parafrasear la definición, la Corte indica que se trataría del “derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual”.<sup>29</sup> En el considerando octavo entiende que la transexualidad sería una “opción de libertad”, y que en las personas trans se da una discordancia “entre su cuerpo

---

<sup>23</sup> CORTE IDH (2017), párrafo 115.

<sup>24</sup> CORTE IDH (2017), párrafo 115.

<sup>25</sup> Principios de Yogyakarta.

<sup>26</sup> GAUCHÉ (2021), pp. 183.

<sup>27</sup> CORTE IDH (2017), párrafo 32.

<sup>28</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Séptimo.

<sup>29</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Séptimo.

*biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual*”.<sup>30</sup> Más adelante, en el último párrafo del mismo considerando, y a propósito de un argumento vinculado a la Organización Mundial de la Salud, la Corte vuelve a citar un ejemplo relativo a la orientación sexual y no a la identidad de género, al indicar que la asamblea de dicho organismo “declaró que la orientación sexual no era por sí mismo un trastorno y, en junio de 2018, definitivamente lo eliminó de la lista de enfermedades mentales”.<sup>31</sup>

Como podrá advertir la o el lector, la Corte confunde dos categorías que, para el tribunal que se encuentra en la cúspide del sistema y que está reconociendo un derecho tan importante como éste, me parece injustificable. Así, si bien creo correcto y celebro que la Corte reconozca el derecho a la identidad género en nuestro ordenamiento, considero bastante preocupante que en dicho quehacer se confundan categorías esenciales de la configuración de dicho derecho. Dicho de otro modo, se reconoce un derecho cuyo contenido no se comprende a cabalidad. Esto me parece preocupante no sólo por el error conceptual que implica, sino porque, como argumentaré en lo que sigue, dichas confusiones tienen un impacto práctico en el ejercicio de los derechos y, de hecho, se configuran como una barrera de acceso a la justicia.

Así entonces, cabe recordar que la identidad de género tiene relación con la experiencia íntima de una persona en cuanto a su género, lo cual podríamos decir que se sitúa en un plano psicológico. Se trata de la matriz dentro de la cual se define si una persona es cis, transgénero o no binaria, por ejemplo. Por otro lado, la orientación sexual se asocia a un plano afectivo/sexual, y no de identidad. En este caso la definición resulta en ser homosexual, pansexual, heterosexual, o bisexual.

Como puede advertirse, una persona trans no tiene nada que ver con aspectos de orientación sexual, pues se trata de una definición de una categoría distinta. En este sentido, creo que un compromiso con el derecho a la identidad de género exige comprensión y distinción de estas categorías, para así no confundir las aguas que en instrumentos jurídicos y no jurídicos aparecen diferenciadas con total claridad.

### **C. La deficiente configuración del derecho a la identidad de género como una barrera de acceso a la justicia**

Como adelanté, me parece que la distinción a la que he hecho referencia no es una mera precisión conceptual. Por el contrario, creo que confundir categorías en la configuración de un derecho que pretende, a lo menos, reconocer legalmente una identidad de género no hegemónica, tiene un impacto práctico en el ejercicio de los derechos. Esto, pues detrás de la inadecuada comprensión y reconocimiento de las personas trans subyace un tema de inteligibilidad con un correlato práctico en el acceso a la justicia.

---

<sup>30</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Octavo.

<sup>31</sup> V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Octavo.

En efecto, en la medida que no se reconozcan y diferencien adecuadamente dichas experiencias y subjetividades, éstas seguirán sin “existir” adecuadamente y/o se enfrentarán a mayores obstáculos y discriminaciones por parte de la sociedad. Con esto me refiero a una idea que plantea Judith Butler al desarrollar su matriz cultural de inteligibilidad.<sup>32</sup> En términos simples, y a propósito de las identidades de género no binarias, Butler recalca la importancia de un adecuado reconocimiento de lo no binario como tal, toda vez que, en la medida que ciertas identidades no se adaptan a las reglas de inteligibilidad cultural, “dichas identidades se manifiesta[rán] únicamente como defectos en el desarrollo o imposibilidades lógicas”.<sup>33</sup> En otras palabras, en la medida que ciertas identidades no puedan ser comprendidas culturalmente por la sociedad, éstas se percibirían como identidades inexistentes o defectuosas, cuestión que va en el sentido totalmente contrario a lo que se persigue con el reconocimiento del derecho a la identidad de género.

Lo anterior tiene un correlato en términos de teorías de la justicia, pues reviste el carácter de una injusticia por reconocimiento o injusticia cultural, la que para Fraser se encuentra “*arraigada en los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación*”.<sup>34</sup> Ejemplos de este tipo de injusticia serían:

*“la dominación cultural (estar sujeto o sujeta a modelos de interpretación y comunicación que están asociados con una cultura ajena y son extraños y/o hostiles a la propia); la falta de reconocimiento (estar expuesto o expuesta a la invisibilidad en virtud de las prácticas de representación, comunicación e interpretación legitimadas por la propia cultura); y la falta de respeto (ser constantemente difamado o despreciado por medio de estereotipos en las representaciones culturales públicas y/o en las interacciones cotidianas).”*<sup>35</sup>

Por su naturaleza, este tipo de injusticia no requiere acciones redistributivas en los términos clásicos (redistribución justa o equitativa de bienes, sean éstos materiales o inmateriales), sino que requieren un cambio simbólico y cultural cuyo objeto principal es reconocer y respetar aquellas identidades que han sido fuertemente discriminadas y marginadas de la sociedad.<sup>36</sup> Para ello, un remedio esencial puede ser el reconocimiento legal de un derecho, como el de la identidad de género. Pero igualmente importante será configurar adecuadamente dicho derecho, de manera que la experiencia subjetiva que se quiere reconocer sea adecuadamente comprendida. No creo que podamos hablar de un adecuado reconocimiento sin comprender, previamente, lo que estamos reconociendo.

A mi modo de ver, todo lo dicho anteriormente tiene un correlato práctico importante en términos de acceso a la justicia. En concreto, en cuanto a barreras de acceso.

---

<sup>32</sup> BUTLER (2016).

<sup>33</sup> BUTLER (2016), p. 73.

<sup>34</sup> FRASER (1997), p. 19.

<sup>35</sup> FRASER (1997), p. 14.

<sup>36</sup> YOUNG (1990); FRASER (1997).

Tradicionalmente se han estudiado, con cierta preeminencia, las barreras de acceso a la justicia que se vinculan con obstáculos socioeconómicos, como por ejemplo, la falta de recursos para poder contratar un abogado o abogada, o costear los costos directos o secundarios del proceso. Por ello, los principales mecanismos para remover dichos obstáculos, en nuestro país, han sido las CAJ, los abogados o abogadas de turno, el privilegio de pobreza, por mencionar algunos.

Sin embargo, hoy en día se reconoce que existen muchos más obstáculos que pueden impedir el efectivo acceso a la justicia de una persona.<sup>37</sup> Por ejemplo, Beqiraj y McNamara<sup>38</sup> identifican barreras de acceso a la justicia de distinta naturaleza, las que clasifican en barreras sociales y culturales, y en barreras institucionales. Dentro de las primeras, identifican a la discriminación como una barrera *“que puede afectar en todos los aspectos del acceso a la justicia, desde el conocimiento y la comprensión de los derechos legales hasta el acceso a un abogado y a los mecanismos de resolución de conflictos y, finalmente, al logro de soluciones justas, imparciales y exigibles.”*<sup>39</sup>

Para el caso de las personas trans, creo que una errada configuración de su derecho y una inadecuada inteligibilidad de su identidad puede entenderse como un acto discriminatorio en sí mismo y, sobre todo, como una de las 5 caras de la opresión que identifica Young: la del imperialismo cultural, el que envuelve la imposición, por parte de los grupos dominantes, de su experiencia y de su cultura, y del establecimientos de éstas como la norma.<sup>40</sup> Así, como explica la autora, todos los grupos que difieren de la norma se configuran como grupos inferiores o desviados, y son, paradójicamente, marcados por estereotipos y al mismo tiempo invisibilizados.<sup>41</sup>

En este contexto, es difícil imaginar que el derecho de acceso a la justicia sea efectivo para aquellas personas cuyas experiencias subjetivas no son inteligibles para la sociedad (y por ende, menos para el sistema de justicia y sus operadores y operadoras), que son estereotipadas, discriminadas, o derechamente, invisibilizadas. En un sentido similar lo ha entendido Radi,<sup>42</sup> el que sostiene que uno de los grandes obstáculos que las personas trans y travestis experimentan al momento de acceder al sistema de justicia se plantea en términos conceptuales. Lo anterior, explica, se debe a la ausencia de *“categorías adecuadas para hacer inteligible la situación específica de las personas travestis y trans\*”*, lo que lleva a que, al *“momento de interpretar las experiencias de estos colectivos se recurr[a] a conceptos, términos y figuras elaboradas para otros sujetos, que resultan inadecuadas para comprender la realidad de las personas trans\* y travestis”*.<sup>43</sup>

A mayor abundamiento, me parece importante destacar que la CIDH ha determinado que las perso-

---

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo: PLEASENCE, BALMER, y DENVER (2015); MAFFÍA (2015); GHERARDI Y BIRGIN (2018); BOCARD, et al (2019).

<sup>38</sup> BEQIRAJ y MCNAMARA (2014).

<sup>39</sup> BEQIRAJ y MCNAMARA (2014), p. 16.

<sup>40</sup> YOUNG (1990).

<sup>41</sup> YOUNG (1990).

<sup>42</sup> RADI (2017).

<sup>43</sup> RADI (2017), p. 8.

nas LGBT se enfrentan a barreras de acceso a la justicia específicas, las que, si bien la Comisión no vincula directamente con lo aquí expuesto, considero son manifestaciones concretas de esta injusticia cultural a la que he hecho referencia. En efecto, en su informe *Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*,<sup>44</sup> del año 2015, la CIDH reportó, entre otras, las siguientes barreras específicas (sin desconocer que dicho colectivo se enfrenta, además, a todas aquellas barreras a las que se enfrenta toda la población en general):

*“actitudes negligentes y prejuiciadas del personal encargado de hacer cumplir la ley; presunciones estereotipadas que se manifiestan en las investigaciones sobre las motivaciones de los crímenes basadas en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima; mayor miedo de nueva victimización o represalias, que genera un efecto inhibitorio para denunciar estos delitos; (...) actitudes discriminatorias de jueces, juezas y otros funcionarios dentro del sistema de administración de justicia; y alto riesgo de que se cuestione la credibilidad de las víctimas y de sus denuncias; entre otras.”*<sup>45</sup>

A nivel local, el estudio sobre *Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la Justicia*,<sup>46</sup> documentó diferentes tipos de barreras de acceso a la justicia, entre las cuales se identificaba la “falta de voluntad”, la que se asocia a la falta de capacidad o empoderamiento de las personas para emprender alguna acción frente a una necesidad jurídica. Entre los factores que se explica pueden influir en lo anterior, se encontraría “el temor a emprender acciones”, factor especialmente prevalente “en extranjeros, personas de la tercera y cuarta edad y minorías sexuales”.<sup>47</sup>

En definitiva, a mi juicio, una comprensión integral del derecho de acceso a la justicia y los obstáculos a los que puede verse enfrentada una persona, exige ir más allá de las barreras económicas o institucionales, y comprender que hay muchos otros factores que pueden dificultar la búsqueda de justicia. Entre dichos factores se puede identificar la injusticia cultural, dentro de la cual se sitúan múltiples obstáculos que experimenta la población trans, como la discriminación, los estereotipos y la inadecuada inteligibilidad de su identidad, cuestiones observadas en la errada configuración que ha hecho la Corte Suprema sobre el derecho implícito a la identidad de género.

### III. CONCLUSIÓN

En este comentario se ha valorado positivamente la sentencia de la Corte Suprema en cuanto al reconocimiento de un derecho implícito a la identidad de género, cuestión que representa un gran avance en materia de derechos de la población trans y que se alinea con los estándares internacionales en la materia. Se ha sostenido también que, a pesar de dicho avance, la Corte Suprema confundió la

---

<sup>44</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015).

<sup>45</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015), párrafo 460.

<sup>46</sup> CENTRO DE JUSTICIA Y SOCIEDAD (CJS-UC) (2020).

<sup>47</sup> CENTRO DE JUSTICIA Y SOCIEDAD (CJS-UC) (2020), p. 142.

identidad de género y la orientación sexual, y con ello, configuró de manera deficiente el derecho a la identidad de género. Se argumentó que la relevancia de dicha confusión no se limitaba a un tema conceptual, sino que implicaba una inadecuada comprensión y reconocimiento de la experiencia y de la identidad trans, lo cual se erigía como una injusticia de tipo cultural y como una barrera de acceso a la justicia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### Doctrina

- ARRUBIA, Eduardo J. (2019): "The Human Right to Gender Identity: From the International Human Rights Scenario to Latin American Domestic Legislation", en: *International Journal of Law, Policy and the Family* (Vol. 33, Nº 3), pp. 360-379.
- BEQIRAJ, Julinda y McNAMARA, Lawrence (2014): *International Access to Justice: Barriers and Solutions* (Bingham Centre for the Rule of Law Report 02/2014), International Bar Association.
- BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (2018): "Introducción", en: BIRGIN, Haydée y GHERARDI (coordinadoras), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, 2ª Edición (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- BOCARD, Alejandra, et al (2019): *Conflictividad Civil y Barreras de Acceso a la Justicia. Informe de Relaciones de Pareja y Familias* (Santiago, OCCA: Centro de Estudios de Justicia de las Américas).
- BUTLER, Judith (2016): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad* (Argentina, Paidós Studio).
- CANNOT, Peter (2019): "The pathologisation of trans\* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition", en: *Netherlands Quarterly of Human Rights* (Vol. 37, Nº 1), pp. 14-35.
- CENTRO JUSTICIA Y SOCIEDAD (CJS-UC) (2020): *Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la Justicia. Informe final* (Santiago, Corporación Administrativa del Poder Judicial).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015): *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América* (Washington D.C., Organización de los Estados Americanos).
- DUNNE, Peter (2017): "Legal gender recognition in Europe: sterilisation, diagnosis and medical examination requirements", en: *Journal of Social Welfare and Family Law* (Vol. 39, Nº 4), pp. 1-4.
- FRASER, Nancy (1997): *Justice Interruptus: critical Reflections on the «Postsocialist» condition* (New York, Routledge).
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena y LOVERA PARMO, Domingo (2019): "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", en: *Revista Ius et Praxis* (Año 25, Nº 2), pp. 359-402.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2021): "Identidad de Género e Igualdad: Aportes desde la Necesidad de Reconocimiento a las Identidades Trans", en: RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y LEPIN MOLINA, Cristián (directores), *Identidad de Género* (Valencia, Tirant lo Blanch): pp. 175-213.
- GUASTINI, Riccardo (2015): "Interpretación y Construcción Jurídica", en: *ISONOMÍA* (Nº 43), pp. 11-48.
- MAFFÍA, Diana (2015): "Barreras en el ejercicio de los derechos humanos" en: *Boletín Nº 07, Observatorio de Género en la Justicia* (Buenos Aires, Consejo de la Magistratura CABA), disponible en: <https://>

- [consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/genero/44D00C70D8092AC1ACC9B72036FD499A](https://consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/genero/44D00C70D8092AC1ACC9B72036FD499A) (fecha de consulta: 17 de septiembre de 2022).
- PLEASENCE, Pascoe, BALMER, Nigel J., y DENVER, Catrina (2015): *How People Understand and Interact with the Law* (Cambridge, PPSR), disponible en: [https://research.thelegaleducationfoundation.org/wp-content/uploads/2018/03/HPUIL\\_report.pdf](https://research.thelegaleducationfoundation.org/wp-content/uploads/2018/03/HPUIL_report.pdf) (fecha de consulta: 17 de septiembre de 2022).
- RADI, Blas (2017): "Acceso de las personas travestis y trans a la Justicia", en: *Boletín Nº 12, Observatorio de Género en la Justicia* (Buenos Aires, Consejo de la Magistratura CABA), disponible en: <https://consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/genero/9248DF3F083AB1BFC48ACEB1700A825B> (fecha de consulta: 20 junio 2022).
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2017): "El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación", en: *Actualidad Civil* (Nº 9), pp. 42-62.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2018): "Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile", en: *Revista Ius et Praxis* (Año 24, Nº 1), pp. 397-436.
- SCOTT, Joan (2015): "El género una categoría útil para el análisis histórico", en: LAMAS, Marta (compiladora), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, 2ª edición (México, Bonilla Artigas Editores): pp. 251-290.
- WINTER, Sam, et al. (2016): "Transgender people: health at the margins of society", en: *The Lancet* (Vol. 388, Nº 10042), pp. 390-400.
- YOUNG, Iris M. (1990): *Justice and The Politics of Difference*, Reedición de Bolsillo 2011 (Princeton, Princeton University Press).

#### **Normativa citada**

Ley Nº 21.120, reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, 10 de diciembre de 2018.

Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 10 de noviembre de 2017.

#### **Jurisprudencia citada**

- A.P., *Garçon and Nicot v. France* (2017): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 abril de 2017, Applications 79885/12, 52471/13 and 52596/13.
- CORTE IDH, OC-24/17, Solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, de 24 de noviembre de 2017.
- V.D. con *Hospital de Carabineros de Chile* (2022): Corte Suprema, de 18 de abril de 2022, Rol Nº 88713-2021.